

En Madrid, a 7 de febrero de 2012.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 25 de mayo de 2011 se dictó por el Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid auto por el que se desestimaba el sobreseimiento y demás peticiones efectuadas por el Procurador de los Tribunales Sr. de Luís Otero en representación de Juan Jesús y la Perito Tedax Núm. 0001.

Las peticiones de falta de competencia, sobreseimiento por cosa juzgada y prescripción de los delitos y falta de indicios habían sido formuladas por primera vez mediante escrito de los querellados de fecha 21 de diciembre de 2009, con fecha de entrada de 28 de diciembre de 2009.

Mediante escrito de 21 de octubre de 2010 con fecha de entrada 22 de octubre de 2010 se solicitaba la notificación de una nueva personación en la causa, así mismo se recordaba que su petición anterior no se había resuelto todavía, solicitando que se resolviese la misma.

El 10 de marzo de 2011 se volvió a presentar escrito interesando nuevamente el sobreseimiento y por providencia de 17 de marzo de 2011 el Juzgado procedió a la devolución del mismo a la parte con el argumento de que no se había identificado la resolución que se recurría.

Finalmente por escrito de 25 de febrero de 2011, con sello de entrada de 28 de febrero de 2011, se volvieron a reiterar todas las alegaciones anteriormente expresadas. Peticiones que fueron contestadas mediante Auto de 25 de mayo de 2011, resolución que fue recurrida en apelación. Del mencionado recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas y se elevó a esta Audiencia Provincial para su sustanciación.

SEGUNDO.- El recurso de apelación contra el Auto de 25 de mayo de 2011 se elevó a esta Audiencia Provincial de Madrid, se formó el oportuno rollo, habiéndose señalado día para la deliberación y votación del citado recurso el 27 de enero de 2012.

Ha sido designada Ponente por turno de reparto la Magistrada Sra. Brobia Varona, que manifiesta el unánime parecer de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Mantienen los apelantes que el Juzgado de Instrucción no sería el competente para conocer de esta querrela ya que olvida la Jueza de Instrucción que también se han calificado los hechos como un delito de encubrimiento de un hecho terrorista. Si bien en el recurso de apelación se hace mención a esta posible incompetencia en sus alegaciones, aunque no se traslada al suplico del recurso la petición de conocimiento del asunto por la Audiencia Nacional, entraremos a examinar en primer lugar este aspecto, puesto que sí fue expuesto en extenso en el escrito de la parte que ha dado lugar al auto recurrido, y puesto que la competencia funcional sería la primera cuestión a debatir.

SEGUNDO.- En efecto, la querrela origen de este procedimiento daba una calificación jurídica de los hechos denunciados como constitutivos de un delito de omisión del deber de perseguir los delitos del art. 408 del CP, un delito de falso testimonio del art. 458.1 y 459 del CP, y un delito de encubrimiento de un hecho de terrorismo del art. 451. 3º a) del CP.

Mantenían los apelantes que puesto que el supuesto hecho que se les imputaba era el de ayudar a eludir la investigación de un hecho terrorista tendría que conocer del mismo la Audiencia Nacional.

Deberemos por tanto examinar cuales son las competencias de la Audiencia Nacional. Estas competencias se regularon la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de mayo de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la disposición Transitoria de dicha ley se decía “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 con la actuación de aquellos grupos o individuos. Conocerán también de los delitos conexos con los anteriores.”.

Esta disposición continúa en vigor y dicha competencia no se ha visto incluida expresamente en la redacción del art. 65 de la LOPJ, teniendo encaje en su punto 7º: “La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá: De cualquier otro asunto que le atribuyan las leyes.”

Sería por tanto competente la Audiencia Nacional para conocer de hechos cometidos por personas que de cualquier modo cooperen y colaboren con la actuación de bandas armadas o terroristas. La cuestión es si el encubrimiento es una forma de colaboración.

No debemos olvidar que esta competencia de la Audiencia Nacional se fijó en 1988, es decir estando vigente el antiguo Código Penal de 1973 (Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto

refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre) en el que el encubrimiento estaba configurado como una forma de participación en el delito.

Decía en art. 12: “Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

1º) Los autores.

2º) Los cómplices.

3º) Los encubridores”.

Describiendo el art. 17 lo que se consideraba encubrimiento:

“Son encubridores los que, con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen con posterioridad a su ejecución de alguno de los modos siguientes:

1º) Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.

2º) Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito o falta para impedir su descubrimiento.

3º) Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera.- La de intervenir abuso de funciones públicas por parte del encubridor.

Segunda.- La de ser el delincuente reo de traición, homicidio del jefe del Estado, o su sucesor, parricidio, asesinato, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos y estragos.”

Sin embargo, el Código Penal de 1995 cambio la concepción del encubrimiento sacándolo del Título II “de las personas responsables de los delitos y faltas” como una forma de participación en todo tipo de delitos y lo incorporó en el Título XX “Delitos contra la Administración de Justicia”, configurándolo como un delito autónomo. Por lo que no es posible la configuración jurídica como encubridor de cualquier delito de los llamados terroristas, con aplicación de la figura del responsable criminal definido en la parte general, sino que deberemos acudir a la configuración del tipo con los elementos que se establecen en el tipo autónomo de encubrimiento del art. 451 del CP.

También hay que destacar que ni en el Título XXII “Delitos contra el orden público” y más concretamente en el Capítulo VII “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo” ni en la Sección Primera “De las organizaciones y grupos terroristas” existe un concepto equiparable al del

encubrimiento en el sentido de ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes.

Sí que lo hay en la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas penado en el art. 576.2 del CP como una forma de colaboración y que podría ser coincidente lo establecido en el 451.3 como norma de encubrimiento, ayudando a los supuestos responsables de un delito a sustraerse a su busca o captura.

Entendemos que ayudar a los supuestos responsables de un delito de terrorismo a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes podría ser una forma de encubrimiento, pero no un delito de terrorismo en sí mismo, y el bien jurídico protegido, atendiendo a la situación sistemática que el legislador ha dado a este tipo penal, es el de preservar la Administración de Justicia. Es decir, conseguir que se persiga y enjuicie a los culpables, lo que en sí mismo no es un delito de terrorismo. Es más, no existe dato alguno, ni siquiera indiciario, de que los querellados formen parte o hayan colaborado con alguna organización terrorista.

De hecho, tras estudiar la jurisprudencia, no hemos encontrado ningún acto de encubrimiento similar al denunciado del que haya conocido la Audiencia Nacional de manera autónoma. Siempre se ha enjuiciado en concurso con otros delitos, por conexidad o por no alterar la continencia de la causa.

En definitiva, entendemos que de los hechos calificados por el querellante como delito de encubrimiento del art. 451. 3º a) del Código Penal, al no poder incardinarlos como delitos de terrorismo o colaboración con grupos terroristas, la competencia para conocer de los mismos es la jurisdicción ordinaria y no la Audiencia Nacional.

Este motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- Proponen igualmente los apelantes la existencia de cosa juzgada.

Mantienen que ya en los autos dictados por el Juzgado Central de Instrucción 6 y por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional se resolvía, no solamente cuestiones sobre el análisis de los explosivos, sino que literalmente se rechazaba la petición de la Asociación querellante de reabrir el procedimiento del 11M en relación con la recogida y entrega de muestras. Mencionan los apelantes tres autos: el de 25 de agosto de 2009 del Juzgado Central de Instrucción 6, el de 4 de febrero de 2009 de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, y el de 14 de diciembre de 2009 de Sección Tercera, alegando que en el contenido de los mismos se concluye que existe cosa juzgada material. Denuncian los apelantes que nada dice la Jueza de Instrucción sobre estas resoluciones.

Entienden que la denuncia formulada en la querrela descansa en unos hechos que ya han sido valorados por el Juzgado Central de Instrucción núm. 6, y por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional y posteriormente por el Tribunal Supremo.

Mantienen que el auto de 25 de agosto de 2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, confirmado por la Sección Tercera en el auto de 14 de diciembre, no deja dudas a que existe cosa juzgada material en relación, no solo a los análisis de los explosivos explosionados, sino a la petición de la parte al interpretar de forma crítica y discorde con el método usado para poner los vestigios y muestras a disposición de los peritos que practicaron con carácter anticipado una de las periciales del explosivo de los atentados del 11M. Así la Sección Tercera, resolviendo otro recurso de apelación formulado contra el auto de 25 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, en auto de 4 de febrero de 2009 en su rollo de Sala 343/08, manifiesta que hacen suyas las apreciaciones de la instancia que han avocado a la denegación de diligencias de instrucción, toda vez que todas las pruebas y, en especial, la pericial química acordada durante la vista del juicio oral, han sido valoradas por la Audiencia sentenciadora y analizada la inferencia con motivo del recurso de casación sustanciado en el Tribunal Supremo en sentencia 503/08 de 17 de julio de 2008.

En definitiva entienden los apelantes que el fondo de la cuestión ya ha sido resuelto y que el propio auto de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional habla de que los hechos “participan de la cualidad de cosa juzgada material”. Y que el auto de 19 de diciembre de 2009 de la Sección Tercera mantiene que “la cuestión planteada ha sido ya decidida en resolución firme de toda firmeza, de modo que el recurso y la adhesión al mismo no pueden en modo alguno pretender que -con sentencia del Tribunal Supremo o sin ella- la Sala acepte la utilización de un cauce procesal anómalo o extravagante para vulnerar la vinculación de la cosa juzgada material y formal, modificando, cuantitativa o cualitativamente, hechos ya declarados probados”.

Mantienen los apelantes que la resolución que aquí recurren incurre en el terrible defecto de no apreciar la cosa juzgada cuando se le está diciendo expresamente que ya la Audiencia Nacional establece que, tanto la realización de los análisis como la recogida y puesta a disposición de las muestras, es cosa juzgada.

CUARTO.- Examinadas las resoluciones citadas obrantes al tomo IV, aportadas con el escrito de los querrelados de fecha 28 de diciembre de 2009, hemos podido comprobar que las mismas se produjeron en el ámbito de las diligencias previas 309/05 en las que se pretendían la reapertura del sumario 20/2004 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6, rollo 5/2005 de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional y que dio lugar a la sentencia 65/2007 de 31

de octubre de 2007, revisada en vía casacional por sentencia de TS 503/2008 de 17 de julio de 2008.

En el auto de 25 de agosto de 2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 en esas DP. 309/05 se dice al comienzo de los razonamientos jurídicos que “las partes solicitan cuestiones relativas a la ocultación de muestras y vestigios recogidos en distintos focos de las diversas explosiones de los atentados del 11 de marzo de 2004 por parte de los custodios policiales, y su no puesta dolosa a disposición de los peritos de una de las periciales practicadas como prueba anticipada como paso previo a la realización de su análisis, y con el objeto de que de existir todavía, se practique nueva pericial que determine los componentes de los explosivos usados por ellos”, lo cierto que es dicho procedimiento lo que pretendía no era el enjuiciamiento de los custodios policiales, sino que su interés era que se investigase si en efecto se había producido ese ocultamiento y, en caso de que las pruebas todavía existiesen, realizar nuevos análisis periciales químicos de los componentes que se pudieran encontrar en los vestigios.

El auto de 25 de agosto de 2009 del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 fue recurrido en apelación, recurso que se resolvió en auto de 14 de diciembre de 2009 (Rollo de sala 241/09 de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional) desestimando el mismo y reiterando lo manifestado hasta la fecha, manifestando que la petición era extemporánea y redundante, no tratándose de ningún aspecto novedoso, sino en la valoración aislada uno de los componentes de la pericia global que se practicó, que ganó cualidad de cosa juzgada formal y material al llegar hasta la instancia casacional.

El 25 de noviembre de 2008 el Juzgado Central de Instrucción dictó otro auto, en el que decía que este tema ya había sido resuelto en el marco del Sumario 20/04, donde se había examinado la pertinencia de realizar nuevas periciales, procedimiento en el que se practicó pericial de análisis de los explosivos a través de la prueba acordada por la Sala de enjuiciamiento como prueba anticipada.

Prueba que fue practicada por ocho peritos y que fue ratificada en el acto del juicio oral, por lo que fue debatida en el plenario y valorada posteriormente en la sentencia con el resto de pruebas practicadas. El Juzgado Central de Instrucción mantuvo que el informe realizado en los laboratorios Tedax fue sometido a crítica y análisis en los informes de Policía Científica. Concluye que en definitiva hubo más de un informe pericial sobre los explosivos en el Sumario 20/2004. Ese auto de 25 de noviembre de 2008 fue recurrido en apelación resolviéndose en el otro auto que cita la parte de fecha 4 de febrero de 2009 dictado en el rollo de apelación 343/08 de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional, confirmando el anterior auto, haciendo hincapié en que se

hicieron pruebas periciales diferentes de los informes de los Tedax y que la realización de más pruebas era improcedente y de imposible realización.

Pues bien, es respecto a esta cuestión, ya analizada en varias ocasiones, cuando el Juzgado Central de Instrucción en el auto de 25 de agosto de 2009 mantiene que es cosa juzgada. Añadiendo que por mucha que sea la insatisfacción o impotencia que el resultado de las pruebas periciales genere en las partes procesales, no es posible volver a discutir sobre su necesidad, pues el proceso viene regulado legalmente y no se pueden practicar cualquier prueba en cualquier orden o momento, ni se puede practicar siempre la misma prueba hasta llegar al resultado que satisfaga los intereses de las partes. De ahí que declare la existencia de cosa juzgada material, puesto que la conclusión sumarial llegó hasta la instancia casacional.

En definitiva aquellas resoluciones habidas tanto en el Sumario 20/2004, como en las Diligencias Previas 309/05 que pretendían la reapertura del Sumario 20/2004, en modo alguno pueden suponer cosa juzgada respecto de las imputaciones que se están efectuando en este procedimiento contra los querellados Sr. Juan Jesús y contra la Perito Tedax Núm. 0001, pues allí lo que se pretendía era la realización de nuevas pericias químicas de los vestigios de la explosiones habidas el 11M.

QUINTO.- Los apelantes proponen igualmente la existencia de cosa juzgada en relación al procedimiento en el que se dictó auto de sobreseimiento libre el 19 de junio de 2009 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, a raíz de la denuncia presentada contra el Sr. Juan Jesús, la Perito Tedax Núm. 0001 y contra otros funcionarios y peritos.

La denuncia se basaba en las averiguaciones realizadas por el perito Ricardo, y que habían sido presentadas en el libro "Titadyn". Alegan los apelantes que aquella denuncia ya imputaba a los ahora también denunciados la contaminación de pruebas de manera voluntaria o dolosa, la negativa del Sr. Juan Jesús a mostrar a los peritos los cromatogramas, la no conservación de pruebas o de los restos de las mismas, mantener que lo que había explotado era Titadyn, nombre comercial, aunque los expertos dijeron que nunca se podía conocer el nombre comercial del explosivo explosionado. Mantienen que concluía la denuncia que las conclusiones técnicas a las que llegaba el estudio del Sr. Ricardo eran contradictorias con los hechos declarados probados en la sentencia y que de ser ciertas sus tesis, evidenciaban la realización de delitos contra la administración de justicia de los contenidos en los artículos 458 y siguientes y concordantes del CP por parte de los peritos, funcionarios, y profesionales que intervinieron en la investigación de los hechos.

Mantienen los apelantes que el auto citado del Juzgado Instrucción núm. 6 de Madrid dictó el sobreseimiento libre puesto que los hechos que se denunciaban no eran constitutivos de infracción penal.

Alegan los apelantes que en el auto que recurren de la Jueza de Instrucción núm. 43, al contestar a esta pretensión, tan solo hace referencia a que existen dudas sobre el análisis de los explosivos, sobre la recogida y entrega de muestras, cuando estas dudas ni siquiera serían constitutivas de ilícito penal alguno.

SEXTO.- a) Pasemos a examinar el objeto de las Diligencias Previas 2476/2009 seguidas en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid. Se inició por denuncia interpuesta por D. Oscar en representación del partido político Alternativa Española. La denuncia se dirigía contra el Comisario Tedax Juan Jesús, la perito química Tedax ...2 (conteniendo un error de trascipción, pues consta al folio 1.397 de estas actuaciones que tal perito con ese número no existe, que es un error, por lo que siendo la única perito actuante de los Tedax, la Núm. 0001, es evidente que en aquella ocasión hubo un error material al dar el número de la perito, confundiendo el 3 por el 8) y contra comisarios de policías, Subdirector General de la Policía, Alférez de la UCO, Jefe de Policía Científica y otros funcionarios.

Dicha denuncia basaba los hechos en lo descubierto en la investigación realizada por el perito D. Ricardo, investigación que publicó y prologó Casimiro García Abadillo en el libro "Titadyn".

En cuanto al análisis de los explosivos intactos se dice en la denuncia que el Sr. Ricardo encontró en la M4 metenamina, que no se reportaba en el informe 173- Q2-04, no sabía si porque no se detectó o porque no se quiso informar del hallazgo. Se plantea si el director de la pericia se negó a mostrarles los cromatogramas que hubieran permitido comprobar o descartar la presencia de la metenamina en la muestra.

En cuanto a los restos de las explosiones se dice que no se conservaron los extractos de las piezas lavadas con agua y acetona para ulteriores análisis.

Además se dice que con el lavado se pueden haber eliminado, de haber estado presentes, gran parte de los compuestos. Añaden que la eliminación de estos extractos no tiene justificación alguna en la práctica correcta de un análisis químico.

Considera el perito que es extraña la presencia de DNT en todos los focos, pues se dejó de fabricar en 1999 y cualquier resto estaría inservible.

Considera igualmente que no es descartable que tanto en los explosivos no explosionados, como en los vestigios de las explosiones se de la presencia de metenamina.

Mantiene la denuncia que las conclusiones del perito Sr. Ricardo son contradictorias con los hechos declarados probados en la sentencia de la Sección Segunda de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 31 de octubre

de 2007 y que de ser ciertas, no solo desmontarían la tesis adoptada por la resolución, sino que evidenciarían la realización de hechos presumiblemente ilícitos y constitutivos de delitos contra la administración de justicia contenidos en los artículos 458 y siguientes y concordantes del Código Penal por parte de los peritos funcionarios y profesionales que intervinieron en la investigación.

No hay que olvidar que la denuncia se presentó junto con el libro "Titadyn", y que según dice el Juez de Instrucción en su auto, éste leyó el libro para conocer todos los hechos que se estaban denunciando. También hay que destacar que el mencionado libro contiene, no solo análisis químicos sino sus conclusiones, y las conclusiones y comentarios del Sr. García Abadillo en el prólogo.

Pero es más, en el recurso de apelación interpuesto por el partido político denunciante contra el auto de 19 de junio de 2009, éste sigue explicando sus imputaciones, y así se dice que según se desprende del libro en su prólogo e informe se ocultaron o manipularon pruebas, siendo relevante su alteración, falta de custodia, obstrucción al conocimiento de los hechos o de otros autores, lo que evidenciaría actuaciones tipificadas en el art. 458 y siguientes del CP. Se continúa haciendo hincapié en el recurso que, o no se detectó o no se quiso informar de que se había encontrado metenamina en los análisis, manifestando que el director de la pericia se negó a mostrar los cromatogramas que hubieran permitido comprobar la existencia o no de ese componente.

Añade el citado recurso, que alguien se opuso a entregar información, alguien quiso ocultar información tan relevante. También denuncia que hay que investigar la cadena de custodia de las muestras y las actitudes obstruccionistas del director de la pericia. También destaca que hay que investigar las contradicciones habidas en las declaraciones de las personas que intervinieron en las pericias. Mantiene que se debe igualmente investigar la actuación irregular del responsable de los Tedax. Destaca la supuesta irregular gestión que sobre la información y las pruebas pudieran haber llevado a cabo determinadas personas.

Como se puede apreciar la narración de hechos contenida en la denuncia de la que conoció el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, en el libro que la soportaba y en las matizaciones contenidas en el escrito de recurso de apelación, pone de relieve la ocultación de pruebas o vestigios, la ocultación de resultados, y el faltar a la verdad en las pericias o en las testificales de aquellos profesionales, peritos y funcionarios encargados de realizar las mismas y en sus responsables. Hechos todos ellos encuadrables tanto en el propio art. 458 y siguientes (único precepto que cita la denuncia), como en los artículos 408 del CP -de omisión del deber de perseguir los delitos, o en el art. 451. 3º a) del CP. -delito de encubrimiento de un hecho de terrorismo-.

b) Hasta aquí hemos expuesto los hechos que se denunciaban en aquel procedimiento que fue archivado con sobreseimiento libre por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid.

Pasemos a analizar los hechos que se denuncian en la querrela presentada por la Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11M contra Juan Jesús y contra la perito con carnet profesional Núm. 0001 y contra el resto de personas que resulte de la investigación tramitada por el Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid en este procedimiento.

En la misma se narra, como después de las explosiones del 11M se procedió por agentes de los Tedax desplazados a los cuatro escenarios a recoger todo tipo de vestigios, explosivos sin detonar, agua y acetona de aquello que estuvo en contacto con la explosión y no pudo ser trasladado al laboratorio en cada uno de los focos. Restos que fueron debidamente etiquetados, que se metieron en bolsas y que se llevaron a la Unidad de Desactivación de explosivos de Canillas, haciéndose cargo tal unidad de su custodia. Mantienen que la perito querrellada dio fe de la llegada de los mencionados vestigios según informe firmado por ella pero que no tiene fecha y que fue remitido a la autoridad judicial mes y medio después.

De todo ese material se hizo cargo el querrellado, Sr. Juan Jesús, como jefe de la unidad.

Hace mención la querrela que el laboratorio de los Tedax es un laboratorio con muy pocos medios, que no está homologado como laboratorio oficial y solo dispone de un perito químico, la querrellada con carnet profesional Núm. 0001. Describe también la querrellante que el segundo laboratorio existente es el de la Comisaría General de Policía Científica, homologado y con los mejores medios de Europa. Mantienen que el laboratorio de los Tedax hace un primer análisis rápido, urgente, con una técnica de cromatografía de capa fina, técnica que se dice de escaso valor científico pero rápida, lo que permite conocer el explosivo con el que se están enfrentando los Tedax en las posibles desactivaciones que tengan que realizar.

Manifiesta que después de ese análisis de urgencia se remiten los vestigios al laboratorio de la Comisaría General de Policía científica para analizarlos con rigor.

Se señala así mismo, que la perito Núm. 0001 realizó el primer análisis y que ella misma en las sesiones del juicio oral del 11M manifestó que en sus análisis utilizó la mínima cantidad necesaria de muestra, en previsión de que esa disolución o extracto se pudiera estropear, por lo que se reservaban muestras sin tocar, reconociendo que de las muestras o restos de los doce focos de explosión quedaron muestras sin someter a disolvente con agua y acetona.

Resalta que ni la perito ni el jefe de los Tedax redactaron informe alguno por escrito con el resultado de las muestras recogidas en los trenes. Que la perito solo se limitó a informar verbalmente de los resultados a su superior el Sr. Juan Jesús, el cual habló con otros compañeros manifestando que se había utilizado Titadyn. Mantienen que un mes y medio después en el informe facilitado por la perito al Juzgado Central se decía que, en cada uno de los doce focos se habían identificado componentes genéricos de la dinamita, sin dar marca ni nombre de ninguno de ellos. Así, cuando la perito declaró ante la Audiencia Nacional manifestó que encontró en inorgánicos, nitritos, nitratos y amonio (nitrato amónico), y en orgánicos, nitroglicol (dinamita), pero que nunca se podía identificar la marca o el nombre comercial de un explosivo explosionado, pues la explosión hace desaparecer los aditivos que puedan identificar la marca. Mantienen que solicitado por el Presidente del Tribunal sus notas de trabajo de aquellos días, la perito aportó tres hojas manuscritas arrancadas de un cuaderno, que era lo único que conservaba de sus análisis de aquellos días.

Manifiesta la querellante como conclusión, que la perito hizo desaparecer los extractos de agua y acetona impidiendo poder realizar cualquier contra análisis.

Así mismo mantiene que una vez realizados los análisis por la perito del laboratorio de los Tedax, los vestigios debieron llevarse al laboratorio de Policía Científica, pero esto no fue así, ya que el Policía Nacional núm. 002 manifestó que no le llegó ningún vestigio de las explosiones, con la excepción de restos del polvo de un extintor de unos de los trenes. Entiende la querellante que los Tedax impidieron a la Policía Científica analizar los vestigios de los focos de la explosión de un atentado terrorista.

Añaden que en el acto del juicio oral el querellado Sr. Juan Jesús fue preguntado por qué no enviaron los centenares de vestigios recogidos en las explosiones a Policía Científica, y manifestó que según el protocolo si son restos de explosivos explosionados siempre se quedan en la unidad Tedax para analizar los restos no pesables y que nunca se enviaban al laboratorio de Policía Científica.

Concluye la querellante que estas afirmaciones son falsas, ya que este dato fue contradicho por el facultativo Policía Nacional núm. 002 y prueba de ello son las numerosas remisiones que en otros atentados terroristas se habiendo hecho. Que la intención del querellado al faltar a la verdad al Tribunal y negar que la práctica habitual era enviar los restos -pesables o no- a Policía Científica, fue para desviar la atención sobre la escandalosa ocultación a la Policía Científica de las decenas de vestigios recogidos por los Tedax en los doce focos. Una ocultación, dicen, que impidió que la investigación pudiera determinar la marca comercial del explosivo utilizado por los terroristas del 11M y que el Sr. Juan Jesús quiso ocultar al Tribunal.

Mantiene la querellante que la ocultación a Policía Científica de los vestigios, hizo que el Tribunal acordase como prueba anticipada un nuevo análisis de los vestigios de los restos de las explosiones por el Laboratorio de Policía Científica. Añaden que las muestras recibidas por dicho laboratorio fueron solo 23, procedentes de los doce focos, por lo que entonces, desaparecieron piedras, agua y acetona que se recogieron en los trenes, y otros tipos de vestigios arena, tierra etc.

Desapareciendo por tanto los vestigios no lavados con agua y acetona y que dijo haber guardado la perito Núm. 0001.

Concluye su relato la querellante manifestando que con su actuación los dos querellados evitaron que Policía Científica pudiera analizar los vestigios de los focos de las explosiones, haciendo desaparecer la mayoría de vestigios antes de que pudieran ser peritados por los peritos designados por el Tribunal, impidiendo que se pudiera determinar la marca de los explosivos, y perseguir a los autores.

Añade que hubo empeño en los querellados en faltar a la verdad ante el Tribunal del 11M, que no era sino otro medio de ocultación de pruebas.

Los querellantes califican estos hechos como constitutivos de un delito de omisión del deber de perseguir los delitos del art. 408 del CP, un delito de falso testimonio del art. 458.1, 459 y 460 del CP, y un delito de encubrimiento de un hecho de terrorismo del art. 451. 3º a) del CP.

c) Pues bien, puede que la narración de los hechos, realizada por diferente persona, no sea, como no puede ser otra manera, idéntica en la primitiva denuncia y en la actual querrela, pero en ambos escritos y procedimientos se narra de manera absolutamente coincidente la -afirmada- ocultación que tanto el Sr. Juan Jesús como la perito química núm. Núm. 0001 realizaron de las pruebas obtenidas en los doce focos de la explosiones del 11M. Primero, no enviando los hallazgos al laboratorio de Policía Científica; segundo, equivocando con sus resultados a los investigadores, dejando sin investigar líneas de investigación, ocultando el resto de vestigios que no analizaron y no guardando las aguas y amoniacos de las muestras que fueron lavadas, evitando así, ulteriores contrapruebas, y por último faltando a la verdad ante el Tribunal en el acto del juicio oral respecto a cuál era su protocolo de actuación, y sobre los resultados de los análisis realizados.

En conclusión, consideramos en esta segunda instancia que los hechos que se denunciaron por el partido político Alternativa Española y de los que conoció el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid en sus Diligencias Previas núm. 2476/2009, son los mismos hechos que fueron denunciados por la Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11M y de los que está conociendo el Juzgado de

Instrucción núm. 43 de Madrid en las presentes Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 5569/2009.

SÉPTIMO.- Pasemos a analizar la consecuencia de esta coincidencia de hechos.

Establece el art. 300 de la LECr. que “cada delito de que conozca una autoridad judicial será objeto de un sumario”.

Por lo tanto, si los hechos denunciados son los mismos, no cabe duda que dichos hechos solamente deben ser objeto de instrucción en un mismo y único procedimiento y por un mismo juzgado, de tal forma que al presentarse una segunda denuncia (la presentada por la Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11M) denunciando los mismos hechos, en una rigurosa y no siempre fácil aplicación de las Normas de Reparto de Asuntos entre los Juzgados de Instrucción de Madrid -de preceptiva aplicación para garantizar el derecho al juez natural predeterminado-, debería haberse repartido o turnado al Juzgado de Instrucción núm. 6, pues la Norma Octava establece que “las querellas o denuncias conocidas ya por un juzgado atraen la competencia sobre cualquier otra querella o denuncia presentada después por los mismos hechos” Por lo tanto, ante la identidad de hechos denunciados, quizás hubiera sido concluyente el reparto de la segunda denuncia -la interpuesta por la Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11M- al Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, bien desde un primer momento desde el Decanato -lo que consideramos quizás inadecuado pues exigiría un conocimiento del fondo de sendas denuncias, función ajena a la “mecánica” del reparto-, o bien una vez constatado en el Juzgado de Instrucción núm. 43 la identidad de los hechos denunciados con los que conocía el Juzgado de Instrucción núm. 6, tal como se le puso de manifiesto en reiteradas ocasiones.

Pero esta circunstancia no ha ocurrido. El Juzgado de Instrucción núm. 43 ha asumido el conocimiento de los hechos denunciados a pesar de ser los mismos que los conocidos en su día -y previamente- por el Juzgado de Instrucción núm. 6.

En ese momento procesal en el que nos encontramos, resolviendo el recurso de apelación en el que expresamente se plantea la Cosa Juzgada, debemos estudiar las consecuencias que debe tener en este procedimiento de Diligencias Previas 5569/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 43, la decisión que adoptó el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid decretado el sobreseimiento libre de la denuncia presentada el 4 de junio de 2009.

La denuncia del partido político Alternativa Española tuvo entrada en Decanato el 5/06/2009 con núm. de Registro General 0242905/2009 que se repartió al Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, mientras que la querella de Asociación de Ayuda a las Víctimas del 11M tuvo su entrada en Decanato el

9/07/09 con número de reparto 0292637/2009 y se repartió al Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid.

Parecería una solución evasiva remitir por inhibición las presentes Diligencias Previas 5569/2009 del Juzgado de Instrucción núm. 43 al Juzgado de Instrucción núm. 6 (primero que conoció del asunto), cuando en su momento, estando todavía en trámite ambos procedimientos, no se hizo, y cuando ahora ya consta la decisión del Juzgado de Instrucción núm. 6 decretando el sobreseimiento libre y archivo desde el día 19 de junio de 2009.

Más aún cuando los recurrentes han planteado de forma expresa la apreciación de la cosa juzgada lo que, en una aplicación analógica al Procedimiento Abreviado de los artículos 666.2º y 675 de la LECr, de considerarse cosa juzgada, daría lugar al sobreseimiento libre.

La institución de cosa juzgada es una consecuencia inherente al principio non bis in idem, el cual ha de considerarse implícitamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, incluido en el artículo 25 de la Constitución Española. En suma, un derecho fundamental que impide castigar dos veces por un mismo delito o falta, todo ello de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 14.7 del Pacto de Nueva York de 1966 sobre Derechos Civiles y Políticos, ratificado en España el día 13 de abril de 1977, según el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el que ya haya sido condenado o absuelto en virtud de sentencia firme de acuerdo con la ley de procedimiento penal de cada país (Véanse SSTs. 23.12.1992; 08.04.1998 y 10.06.1998).

Así la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 594/2000, de 24 de abril (Pte: Sánchez Melgar, Julián) establece:

“Esta Sala viene considerando la cosa juzgada como cuestión que, aunque de orden procesal, puede ser discutida en trámite casacional, y ya la Sentencia de 24 de noviembre de 1987, declaró que aquella constituía una verdadera causa de no punibilidad, semejante a la prescripción, a la amnistía o indulto, que ausente del artículo 112 del CP 1973, aparece sin embargo junto a éstos, como artículo de previo pronunciamiento en el artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ha de afirmarse que la misma es una consecuencia inherente al principio “non bis in idem”, el cual ha de entenderse implícitamente vinculado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, incluido en el artículo 25 de la Constitución Española. En suma, un derecho fundamental que impide castigar doblemente por un mismo delito, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, en relación con el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el que, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto en virtud de sentencia firme “de acuerdo con la Ley de Procedimiento Penal de cada país”.

A diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho, la única eficacia que produce la cosa juzgada material en el ámbito penal, es la preclusiva o negativa, lo que significa que no se puede seguir otro procedimiento de semejante orden penal sobre el mismo hecho y respecto de la misma persona, cuando la causa criminal fue resuelta con anterioridad por sentencia firme o resolución similar. Asimismo, frente a la identidad subjetiva, objetiva y de causa de pedir exigida en el ámbito civil, se han restringido los requisitos para apreciar la cosa juzgada en el orden penal, bastando los dos primeros, careciendo de significación, al efecto, tanto la calificación jurídica como el título por el que se acusó, cuando la misma se base en unos mismos hechos.

Tal doctrina está totalmente consolidada por una jurisprudencia muy reiterada, pudiendo citarse entre otras las Sentencias de 16 de febrero y 30 de noviembre de 1995, 17 octubre y 12 de diciembre 1994, 20 junio y 17 noviembre 1997, y 3 de febrero y 8 de abril de 1998.” La cosa juzgada, como institución que afecta al derecho fundamental a un proceso con toda las garantías, es una cuestión de orden público procesal que puede ser apreciada de oficio por el Tribunal en cualquier momento del proceso, con independencia de que no se plantee como una cuestión previa o incluso con independencia de que no se haya planteado directamente por las partes (Véase STS. 07.05.1997).

La eficacia de cosa juzgada material la producen no solamente las sentencias sino también todas aquellas resoluciones asimiladas a las sentencias, que no pueden ser atacadas en otro proceso posterior relativo al mismo objeto antes enjuiciado y ya definitivamente solventado.

En cuanto a cuáles son las resoluciones asimiladas a las sentencias, el TS en sentencia de Sala 2ª, S 23-5-2005, núm. 663/2005, rec. 2428/2003. Pte: Berdugo y Gómez de la Torre, Juan Ramón EDJ 2005/157539 establece: “Se consideran resoluciones que producen cosa juzgada las sentencias y los autos de sobreseimiento libre firmes (STS. 3.2.98 EDJ1998/982).

Resulta esencial por tanto, dice la STS. 488/2000 de 20.3 EDJ2000/2216, examinar qué resoluciones judiciales de las que ponen fin al proceso producen la mencionada eficacia preclusiva de la cosa juzgada material, es decir, impiden la existencia de otro proceso sobre el mismo hecho o a la reapertura del ya antes concluido.

Desde luego la sentencia firme produce esa eficacia de cosa juzgada material.

En principio solo esta clase de resoluciones, por lo que suponen de enjuiciamiento definitivo de un hecho contra una persona que ha soportado una acusación y un juicio, encierra la mencionada consecuencia preclusiva. Excepcionalmente se asimilan a las sentencias firmes los autos también firmes, de sobreseimiento libre, en contraposición a los de sobreseimiento provisional que no alcanzan tal eficacia por su propia naturaleza.

En lo que está de acuerdo reiterada jurisprudencia de esta Sala es que no producen eficacia preclusiva las resoluciones en las que se rechaza una querrela o una denuncia por entenderse que los hechos en que se funda no son constitutivos de delito conforme a los arts. 313 y 269 LECrim. tampoco los autos de sobreseimiento provisional (arts. 641 y 689.5.1º LECr. EDL1882/1, ni los llamados autos de archivo, previstos en el mismo art. 789.5.1 para los casos en que se estima que el hecho no es constitutivo de infracción penal, que es el auto que fue dictado en las Diligencias en las que se apoya la invocada vulneración constitucional.

En efecto, al menos hasta la reforma operada por la Ley 38/2002 de 24.10 EDL2002/41133, que parece dotar al auto que dicta el Juez de Instrucción tras la investigación del verdadero carácter y efectos del sobreseimiento que proceda (art. 779.1.1º) ha sido doctrina específica y reiterada de esta Sala que el auto de archivo, que conforme al art. 789.5.1º de la LECrim., en el texto vigente al tiempo de dictarse el auto cuestionado en el recurso, no producía en ningún caso el efecto de cosa juzgada.

Expresiva de esta línea jurisprudencial son las sentencias de 16 de febrero de 1995 EDJ1995/574, que declara que a primera vista puede parecer que, dada la coincidencia de este supuesto con el previsto en el núm. 2º del art. 637 como causa de sobreseimiento libre (“cuando el hecho no sea constitutivo de delito”), esa resolución de archivo de tal regla 1ª del art. 789.5 habría de equipararse a esta modalidad de sobreseimiento libre. Pero estimamos que, precisamente por haber huido el legislador del término sobreseimiento libre en ese párrafo 1 de la citada regla 1ª, cuando en el párrafo siguiente se utilizó sin remilgo alguno el de sobreseimiento provisional, hemos de entender lo contrario; esto es, que la ley no quiere conceder a estos autos de archivo la eficacia preclusiva propia del sobreseimiento libre.

En la Sentencia de esta Sala 3 de febrero de 1998 EDJ1998/982, citando otras, expresa que no son equiparables al sobreseimiento libre, ni producen cosa juzgada, los autos dictados por los Juzgados en el Procedimiento Abreviado, acordando el archivo de las actuaciones por entender que los hechos no eran integrantes de delito, al amparo del inciso primero de la regla primera del apartado 5 del art. 789 de la LECrim. Igual criterio se mantiene en las sentencias de 15 de octubre EDJ1998/26884 y 18 de noviembre de 1998 EDJ1998/28168, en las que se expresa que no producen eficacia preclusiva las resoluciones dictadas al amparo del artículo 313 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que rechazan una querrela o denuncia por estimarse que los hechos denunciados no constituyen delito ni el supuesto contemplado en el art. 789 -regla 5ª- apartado 1º previsto para el ámbito del Procedimiento Abreviado en el que se prevé el archivo si el hecho no es constitutivo de infracción penal, estimando que tal archivo no es equivalente al sobreseimiento

libre y que por tanto del mismo no puede derivarse la naturaleza preclusiva de los sobreseimientos libres a los efectos de impedir un nuevo proceso.

Igualmente la S. 2507/2001 de 29.12 EDJ2001/59015 proclama que: “Cuando el Instructor estima, como en este caso ocurrió, que no son constitutivos de delito los hechos que han sido puestos en su conocimiento mediante una denuncia o la interposición de una querrela y, de acuerdo con dicha estimación, pone término a las diligencias previas que inició, no lo puede hacer mediante un auto de sobreseimiento libre sino, como claramente dispone el art. 789.5.1º LECr, mediante un auto de archivo que no puede ser equiparado al auto de sobreseimiento libre previsto en el art. 637 de la misma Ley porque, entre otras razones de menor entidad, la resolución que manda simplemente archivar las actuaciones no produce efecto de cosa juzgada material, como señalan las Sentencia de esta Sala de 16-12-95 EDJ1995/574, 3-2-98 EDJ1998/982, 15-10-98 EDJ1998/26884, 18-11-98 EDJ1998/28168 y 25-10-01 EDJ2001/40667.

Conforme a la doctrina que se deja expresada el auto dictado al amparo del art. 789.5.1º LECrim. por el que se acordó el archivo de las diligencias no impide su reapertura posterior, careciendo pues, de eficacia preclusiva y eso es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa. No se han producido las vulneraciones constitucionales alegadas y el motivo no puede ser estimado.” Esta doctrina citada podría hacer parecer que el sobreseimiento libre adoptado por el Juez de Instrucción núm. 6 mediante auto de 19 de junio de 2009, al que nos estamos refiriendo, no produciría el efecto de cosa juzgada. Sin embargo no hay que olvidar que esta doctrina del Tribunal Supremo se ha visto superada por la reforma legal operada en la LECr. por la Ley 38/2002, de 24 de octubre. Ref. BOEA- 2002-20823 por la cual el art. 779 quedó redactado de la siguiente manera:

“1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo...”.

El antiguo art. 789.5 decía: “Practicadas sin demora tales diligencias, o cuando no sean necesarias, el Juez adoptará alguna de las siguientes resoluciones: Primera.-Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando el archivo”.

En la actualidad el art.779.1.1º permite adoptar cuando los hechos denunciados no sean constitutivos de infracción penal el sobreseimiento que corresponda. Para ello deberemos acudir al sobreseimiento establecido cuando los hechos no sean constitutivos de infracción penal, es decir el sobreseimiento libre del art. 637.2.º “Cuando el hecho no sea constitutivo de delito”.

Examinemos cual era la exégesis del antiguo 789.5.1º y porqué hablaba de archivo y no se sobreseimiento libre.

Llama la atención en primer lugar la distinción que hacía este artículo entre los conceptos “archivo” y “sobreseimiento provisional”, evitaba el término sobreseimiento libre, pretendiendo diferenciarlo de la finalización del procedimiento ordinario o sumario (artículos 634 y siguientes).

La doctrina ha venido entendiendo por sobreseimiento la resolución judicial que adopta la forma de auto y que produce la terminación del proceso penal o la suspensión del mismo, por faltar los presupuestos necesarios para poder decretar la apertura de juicio oral. El sobreseimiento libre aunque no adopta la forma de sentencia, tiene carácter de resolución definitiva, produciendo los efectos de cosa juzgada material, lo mismo que la sentencia. El sobreseimiento provisional representa la manifestación de un estado de duda que impide al Tribunal decretar, de momento, la apertura de juicio oral o el sobreseimiento libre.

Es claro que por entonces se pretendía dar un trato diferenciado entre el sobreseimiento regulado entre las normas generales en el sumario ordinario y del procedimiento abreviado. Dicha diferencia ya existía en la regulación anterior a la redacción de 1988 (El artículo 789 decía en esa previa redacción conforme a la Ley 3/1967, de 8 de abril que modificó el Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para regular el Procedimiento de Urgencia para determinados delitos: “Si (el Juez) estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal, mandará archivar las actuaciones. Si, aún estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional, ordenando asimismo el archivo”).

Hasta esa fecha, el único procedimiento por delito existente era el procedimiento ordinario, que encomendaba la fase de instrucción al Juez de Instrucción y las fases intermedia y de juicio oral a la Audiencia Provincial, siendo sólo este Tribunal quien podía dictar sentencia o cualquier decisión de sobreseimiento (los artículos 637 y 641 de la LECr. que se ubican en la fase intermedia y se dictan siempre por la Audiencia Provincial).

Ante la nueva regulación del artículo 789 en el Procedimiento de Urgencia, se argumentó por las Audiencias que el nuevo precepto intentaba evitar que la resolución de sobreseimiento libre quedara en manos de un juez unipersonal,

por entonces el único juez unipersonal era el Juez de Instrucción, ya que en el sumario ordinario dicha resolución correspondía siempre al órgano sentenciador, en esos momentos el Tribunal, la Audiencia Provincial. De tal forma, el Juez de Instrucción solamente podía decretar el sobreseimiento provisional o una resolución, hasta entonces inexistente, llamada archivo, sin que se determinara por la ley si su contenido se correspondía con el sobreseimiento libre o con el provisional.

Dicha diferenciación ya carecía de consistencia sistemática antes de la actual redacción por los siguientes motivos: El archivo previsto en el artículo 789.5.1º procedía cuando el hecho no era constitutivo de infracción penal, archivo coincidente con la causa 2ª del artículo 637 de la LECr. que determina el sobreseimiento libre. La cuestión es por qué el legislador no lo llamó así. Además existían más supuestos de sobreseimiento libre (637.1 Inexistencia del hecho denunciado; 637.3 Causas de exención de la responsabilidad penal como la cosa juzgada del art. 666.2 o la prescripción del art. 666.3 o la amnistía o indulto del art. 666.4. Si bien los supuestos del artículo 666 de la LECr. son artículos de previo pronunciamiento, que de estimarse determinan el sobreseimiento libre conforme al artículo 675).

Una vez que la Audiencia Provincial no es el único órgano de enjuiciamiento de los delitos –pues después se crearon los juzgados de lo Penal, no existe razón alguna para que las decisiones de sobreseimiento libre no las pueda apreciar el juez instructor (unipersonal) y que sea éste quien dé por finalizado el procedimiento.

Además, las decisiones de sobreseimiento libre se podían aplicar también perfectamente en el Procedimiento Abreviado, bien en la fase instructora, o bien en la siguiente fase de preparación de juicio oral conforme al artículo 790.3 y 6.(art. 790.3 “Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los artículos 637 y 641 de esta Ley, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1º, 3º, 7º y 10º del artículo 8º del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos, en su caso, de los artículos 8 y 20 del Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas”. Y 790.6: “Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 de esta Ley o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641 de esta Ley, siendo su resolución susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial”).

Los citados párrafos 3 y 6 del artículo 790 preveían el sobreseimiento libre conforme al artículo 637. Por lo que, si lo podía decretar el mismo Juez de Instrucción, aún en fase de preparación de juicio oral en el Juzgado de Instrucción, igualmente lo podría decretar en la anterior fase, artículo 789.5.1º.

Similar redacción tenía el artículo 791.2º de la LECr. en la redacción de 1967 (El art. 791.2 la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción de la Ley 3/1967 establecía:

“Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que previenen los artículos 637 y 641 de esta Ley, lo adoptará el Juez, adoptando las decisiones complementarias que procedan” por lo que cabe la misma argumentación, aunque ahora cambie el órgano sentenciador.

Pues bien, esta cuestionable técnica legislativa que se dio en el pasado quedó solventada con la reforma de la Ley 38/2002 que introdujo en el art. 779.1 la posibilidad de que el Juez de Instrucción pudiera acordar el tipo de sobreseimiento que considerase adecuado, incluyendo el sobreseimiento libre en todas sus modalidades.

En la propia sentencia del Tribunal Supremo citada de 23 de mayo de 2005, se decía que “al menos hasta la reforma operada por la Ley 38/2002 de 24/10, que parece dotar al auto que dicta el Juez de Instrucción tras la investigación del verdadero carácter y efectos del sobreseimiento que proceda”.

Por lo que, si el Juez de Instrucción puede adoptar el sobreseimiento libre porque los hechos denunciados no sean constitutivos de delito, ese sobreseimiento libre será una resolución de las que pueden dar lugar a apreciar la cosa juzgada.

OCTAVO.- Debemos por lo tanto estudiar si los hechos investigados por el Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid, ya fueron resueltos por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid mediante resolución asimilada a las sentencias firmes que produzca su misma eficacia (auto de sobreseimiento libre), y que puedan ser considerados como cosa juzgada.

Según el Tribunal Supremo (véanse SSTs. 23.12.1992 y 08.04.1998) para la estimación de la cosa juzgada es necesario que entre el proceso terminado mediante sentencia o resolución firme y definitiva y el nuevo procedimiento exista:

1º. Identidad del hecho.

2º. Identidad de la persona inculpada.

Como ya hemos expuesto la identidad del hecho se ha producido. Así mismo también se da la identidad de la persona inculpada, pues si bien el procedimiento del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid se dirigía contra más personas, los dos aquí querellados también se apuntaban como imputados en aquel procedimiento.

Nada obsta para apreciar la cosa juzgada, que no coincidan ni la identidad de quienes ejercitan la acción, ni la calificación jurídica que se hubiese pretendido.

Así la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 12-12-1994, núm. 2164/1994, rec. 942/94. Pte: Vega Ruiz, José Augusto establece que:

“Posteriormente los límites de la cosa juzgada se han concretado en el hecho y en la persona inculpada. Ni la identidad de quienes ejercitan la acción ni el título por el que se acusó, o precepto penal en que se fundó la acusación, tienen trascendencia alguna. De un lado, siendo habitual la intervención del Fiscal, el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el primer proceso quiera hacerlo después en el segundo, habida cuenta además la amplitud con que en la norma procesal se considera la personación de las partes. De otro es también indiferente la norma penal en que se funda la acusación pues no cabe acusar después a la misma persona en otro proceso posterior, tratándose de hechos idénticos, con el pretexto de que se ejerce una acción penal diverso en tanto se acusa por delito diferente... Lo fundamental es indicar que el objeto del proceso no cambia aunque se modifique la calificación, de una parte porque el Tribunal puede variarla haciendo uso de la facultad que le concede el art. 733 procedimental, o puede variarla en el caso de figuras penales homogéneas porque este cambio jurídico no implica vulneración del principio acusatorio, si no afecta esencialmente a la pena. Por otra parte porque la potencial existencia de varias partes acusadoras comporta también una potencial posibilidad de calificaciones jurídicas diversas de unos mismos hechos.

De lo contrario bastaría alterar la calificación jurídica para ignorar las exigencias del principio “non bis in idem” (STC 23 mayo 1986).” “La acusación en el proceso penal la ejerce, por regla general, el Ministerio Fiscal, lo que, por esta misma circunstancia, es un elemento indiferente a los efectos aquí examinados.

Si hubo o no antes acusación particular o popular, y luego en el proceso posterior existe otra distinta, que es precisamente lo que ocurrió en el caso presente, ello no puede ser obstáculo para la operatividad de la eficacia preclusiva de la cosa juzgada, pues el derecho fundamental del acusado a no verse envuelto en un nuevo proceso penal por el mismo hecho ya enjuiciado no puede quedar sujeto a la circunstancia de que alguien que no actuó en el proceso anterior quiera hacerlo después ejercitando la acción penal en el

nuevo proceso, máxime cuando nuestro Derecho positivo es tan abierto en esta materia permitiendo la acusación por cualquier persona, incluso aunque no sea perjudicada por el delito.

Por razón semejante tampoco tiene eficacia alguna, en orden a impedir la producción de la cosa juzgada material, la norma penal en que se funda la acusación. Por los mismos hechos ya enjuiciados e imputados a una misma persona no cabe acusar a ésta después en otra causa distinta con el subterfugio de pretender que se trata del ejercicio de distinta acción penal porque se le acusa por delito diferente.

Lo antes expuesto son criterios pacíficamente admitidos en la doctrina que enlazan con lo que esta Sala ha venido proclamando en esta materia en Sentencias de 24 de septiembre de 1981, 3 de marzo de 1983, 24 de abril de 1984 y 24 de noviembre de 1987, entre otras".(Tribunal Supremo Sala 2ª, S 23-12-1992, núm. 2787/1992, rec. 5974/1990. Pte: Delgado García, Joaquín.) En definitiva, entendemos que el procedimiento seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid el Diligencias Previas 2476/2009 que acabó con auto de sobreseimiento libre de fecha 19 de junio de 2009 que devino firme, constituye cosa juzgada material respecto del procedimiento seguido en el juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid en la Diligencias Previas 5569/09 al existir identidad de hechos y de personas imputadas, ya que aquel instructor practicó todas las diligencias que consideró necesarias, concretamente el examen de la documentación aportada con la denuncia, y puesto que entendió que los hechos denunciados no eran constitutivos de delito tal cual estaban descritos, acordó el sobreseimiento libre del art. 779.1 de la LECr.

Este segundo procedimiento que se ha seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 43 no hace sino reproducir aquel, siendo procedente, por todo lo expuesto, el sobreseimiento libre de este procedimiento por cosa juzgada, al amparo -en una interpretación analógica de la normativa del Procedimiento Ordinario en el Procedimiento Abreviado- de los artículo 666.2ª y 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues de otra forma los aquí imputados podrían verse avocados a procedimientos sin fin que evaluaran idéntica conducta.

Podría alegarse que se acuerda este sobreseimiento cuando en la instrucción se han practicado numerosas diligencias, pero no hay que olvidar como ya citábamos anteriormente, que en sentencia de TS. 07.05.1997 se establece que la cosa juzgada puede ser apreciada, incluso de oficio por el Tribunal, en cualquier momento del proceso.

Lo cierto es que en este procedimiento los querellados ya propusieron esta cuestión mediante escrito de fecha 28 de diciembre de 2009 (folio 995 tomo IV) que reiteraron en diversas ocasiones, al no ser resuelto por la Jueza de Instrucción, y ésta a su vez reiteró en numerosas ocasiones al Ministerio Fiscal

para que informase al respecto, según se puede comprobar en los antecedentes de hecho del auto recurrido de 25 de mayo de 2011.

En definitiva este motivo de apelación debe ser apreciado.

NOVENO.- Al haber sido apreciado el anterior motivo de apelación deviene innecesario entrar a tratar el resto de los motivos de apelación alegados.

DÉCIMO.- La decisión que adopta este Tribunal al apreciar la cosa juzgada no impide que las partes personadas en éste procedimiento, que no intervinieron en el procedimiento del Juzgado de Instrucción núm. 6, puedan solicitar se les notifique el auto de sobreseimiento libre de 19 de junio de 2009 dictado por dicho Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, al amparo del art. 270 de la LOPJ que establece que:

“Las resoluciones dictadas por jueces y tribunales, así como las que lo sean por secretarios judiciales en el ejercicio de las funciones que le son propias, se notificarán a todos los que sean parte en el pleito, causa o expediente, y también a quienes se refieran o puedan parar perjuicios cuando así se disponga expresamente en aquellas resoluciones de conformidad con la ley”.

UNDÉCIMO.- Este Tribunal va a pronunciarse sobre los recursos que caben contra esta resolución.

La sentencia de Tribunal Supremo Sala 2ª, S 18-11-1998, núm. 1437/1998, rec. 3839/1997. Pte.: Ramos Gancedo, Diego Antonio EDJ 1998/28168 mantiene que “Es aquí donde interviene un elemento de trascendental y definitiva relevancia que ya puso de manifiesto esta Sala en su Sentencia de 5 de mayo de 1997 EDJ1997/2954. Se advertía en ella de que el nuevo procedimiento abreviado abarca no sólo los casos que son enjuiciados y fallados por los Juzgados de lo Penal con apelación ante la Audiencia (es decir, aquellos en los que se da la doble instancia sin casación), sino también otros en los que el conocimiento y fallo corresponde a la Audiencia en única instancia con casación ante este Tribunal Supremo. Y, en base a tal realidad procesal se impone el criterio de que solamente tendrá acceso a la casación el sobreseimiento recaído en un Procedimiento Abreviado del que, en su caso, hubiera de conocer la Audiencia por sistema de juicio oral y en única instancia, según las reglas de competencia objetiva establecidas en el art. 14, cuarta de la Ley Procesal, esto es, cuando se trate de delitos castigados con pena privativa de libertad superior a seis años. Únicamente es posible casación contra los Autos de sobreseimiento libre cuando estos Autos se dictan en procedimiento en los que la ley permite casación contra la sentencia con la que habría de terminar aquél si el trámite llegara a su fin. Pero no cabe la vía casacional contra esos mismos Autos de sobreseimiento libre cuando se hayan dictado en asuntos que deben ser sentenciados por el Juzgado de lo Penal según las normas de competencia mencionadas, pues estos procedimientos

tienen ya una doble instancia, terminando con apelación ante la Audiencia y sin posible casación.

De tal suerte que, a modo de resumen, debemos ratificar la conclusión a la que llegaba la sentencia reseñada: si en un Procedimiento Abreviado no cabe casación contra la sentencia que recaiga o pudiera recaer en el mismo por corresponder su enjuiciamiento al Juez de lo Penal, tampoco cabe contra el Auto de sobreseimiento libre recaído en ese procedimiento.

En el caso presente se trata de un Procedimiento Abreviado de esta última naturaleza, como se acredita por el escrito de acusación de la parte querellante, por la pena solicitada por ésta respecto de la establecida en el art. 252 en relación con el 249 del C.P. para el delito imputado y, en fin, de la propia resolución del Juez de Instrucción que en su Auto de apertura del Juicio Oral señala como órgano competente para el enjuiciamiento y fallo del proceso al Juez de lo Penal.” Como vemos, el Tribunal Supremo interpreta el art. 848 de la LECr. en el sentido de que contra los autos de sobreseimiento libre, dictados por el Juez de Instrucción en Procedimientos Abreviados por delitos de los que hubiera tenido que enjuiciar el Juzgado de lo Penal, no cabe recurso de casación, pero sí que cabría tal recurso contra los sobreseimientos libres dictados por el Juzgado de Instrucción, en procedimientos en los que hubiera tenido que enjuiciar la Audiencia Provincial.

En el presente procedimiento se estaban haciendo calificaciones como las del art. 459 por delitos penados con penas “de inhabilitación profesional de seis a doce años”, por lo que según establece el art. 14.3 de la LECr. al exceder de 10 años la pena de inhabilitación serían enjuiciados por la Audiencia Provincial.

Pero a mayor abundamiento, para el enjuiciamiento de los aquí querellados, -al ser éstos miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, según el art. 8.1 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986, de 13 de marzo, LO 2/1986 de 13 marzo 1986-, sería la competente la Audiencia Provincial.

Y ello puesto que la sentencia 55/1990, de 28 de marzo, del Pleno del Tribunal Constitucional, dictada en las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 487/1986, 158/1987, 495/1987 y 510/1987, en relación con el artículo 8.1, párrafos segundo y tercero de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, solo declaro inconstitucional dicho artículo “en cuanto que (el art.8.1) atribuye la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones a la Audiencia correspondiente”, pero nada dijo en cuando al enjuiciamiento al que también se refería el mencionado art. 8.1 de la citada LO.

Es decir, que en la presente causa, de haberse llegado a la fase de enjuiciamiento, hubiera sido competente para ello la Audiencia Provincial, siendo posible en consecuencia el recurso de casación contra la sentencia que se hubiese dictado en su día. Por lo que el auto de sobreseimiento libre que ahora se acuerda es susceptible de recurso de casación, según la propia doctrina del Tribunal Supremo antes citada.

DUODÉCIMO.- Procede declarar de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

En atención a lo expuesto,

PARTE DISPOSITIVA

La Sala acuerda estimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. de Luís Otero en representación de Juan Jesús y la perito Tedax Núm. 0001 contra el auto dictado el 25 de mayo de 2011 por el Juzgado de Instrucción núm. 43 de Madrid, resolución que se revoca. Se decreta el sobreseimiento libre de la causa por constituir la misma cosa juzgada material.

Las costas procesales causadas en esta alzada se declaran de oficio.

Contra esta resolución cabe recurso de casación.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las demás partes, y remítase al Juzgado de procedencia testimonio de lo acordado.

Así por nuestra resolución, pronunciamos, mandamos y firmamos. José Luís Sánchez Trujillano.- Ramiro Ventura Faci.- Rosa Brobia Varona.