

A LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

EL FISCAL, en relación con el auto de 16-10-2008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las diligencias previas 399/06, transformadas el 17-10-2008 en sumario 53/08, en el que a juicio del Ministerio Fiscal se declara indebidamente competente para la instrucción penal de los hechos delictivos que se investigan en el indicado procedimiento, considera que el Juzgado instructor carece manifiestamente de competencia objetiva y funcional para la investigación de los mismos, por lo que promueve ante este Tribunal el incidente previsto por el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el objeto de examinar la competencia del citado órgano judicial en atención a las siguientes consideraciones:

1. El Ministerio Fiscal ha interpuesto recurso de apelación contra el auto de 16-10-2008 – se acompaña copia de ambos- al estimar que la resolución no es ajustada a derecho, puesto que el Instructor vulnerando manifiestamente las normas de competencia objetiva y funcional legalmente previstas como a continuación se expondrá se ha declarado competente para la investigación de los siguientes delitos:

a) la sublevación militar acaecida en el año 1936 contra el legítimo Gobierno de la II República como delito contra los altos organismos de la Nación y contra la forma de Gobierno, y

b) de los miles de detenciones ilegales perpetradas durante la Guerra Civil y en los primeros años de la Dictadura franquista sin que

se haya dado razón del paradero de las personas detenidas en el contexto de crímenes contra la humanidad, aunque como es público y notorio fueron asesinadas y ajusticiadas en ese período,.

Con independencia de la decisión de admisión o inadmisión a trámite del recurso que pueda adoptar el órgano judicial "a quo", en previsión de que se susciten incidentes procesales que pudieran generar un importante retraso en su tramitación y en el traslado de las actuaciones al Tribunal superior competente, circunstancia que dificultaría notablemente la resolución por éste del meritado recurso, y teniendo en cuenta la naturaleza imperativa de las normas de competencia objetiva y funcional, se considera necesario que el Tribunal superior en aras del principio de legalidad y de seguridad jurídica resuelva con la máxima celeridad y rapidez el conflicto competencial que se plantea, lo que justifica sobradamente la utilización de la vía procesal que contempla el art. 23 LECriminal.

2. Incompetencia del órgano judicial instructor. Sobre la competencia del órgano jurisdiccional, cabe señalar que, atendiendo a las reglas ordinarias que regulan la distribución de asuntos en el orden jurisdiccional penal, la competencia para los delitos de detención ilegal sin dar razón del paradero (art. 166 del Código Penal vigente) no corresponde a la Audiencia Nacional sino a los diferentes órganos judiciales territoriales de los lugares en los que se hayan cometido tales crímenes (extremo que llega a reconocer el auto en su fundamento jurídico 12º, página 50).

Como primer referente de esta cuestión debe indicarse que la competencia de la Audiencia Nacional en la jurisdicción penal, en cuanto órgano especializado "por razón de la materia" o con competencia objetiva, se encuentra claramente delimitada por el art. 65 de la LOPJ, sin que pueda interpretarse de manera extensiva conforme a reiterada doctrina jurisprudencial. Muy al contrario, un

buen número de resoluciones de nuestro más Alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria sostienen que las reglas de atribución de competencia a la Audiencia Nacional deben ser objeto de interpretación restrictiva en cuanto suponen una atracción excepcional de la competencia que rompe con las reglas generales (Autos del Tribunal Supremo de 29-10-98, 23-11-98, 17-12-01 y 17-1-05).

2.1. Efectivamente, los crímenes de genocidio y lesa humanidad son perseguibles obviamente cuando se hayan cometido en territorio español en aplicación del principio de territorialidad de la ley penal y no del de justicia universal (art.23.1 LOPJ), pero por el órgano de la jurisdicción que corresponda de acuerdo con los criterios ordinarios de delimitación de competencias que establecen los artículos 82.1.1, 87 de la LOPJ, y 14 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los cuales atribuyen la competencia para enjuiciar y para instruir, respectivamente, a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de Instrucción de todas las causas por delito, salvo aquellas que de forma excepcional se atribuyan a otros órganos judiciales.

En este sentido, ni el art. 65 LOPJ ni las normas de competencia complementarias (significadamente, la Ley Orgánica 4/88 en cuya Disposición Transitoria se le asigna la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales por delitos relacionados con bandas armadas y organizaciones terroristas), contemplan como competencia objetiva exclusiva de la Audiencia Nacional los crímenes de genocidio y lesa humanidad. Tampoco los delitos denunciados son "per se" competencia de este órgano judicial, sino de los Juzgados del lugar donde se hayan cometido los hechos.

2.2. Cuando la Audiencia Nacional ha conocido de los crímenes de genocidio, lesa humanidad o tortura lo ha sido en casos en los que los delitos han ocurrido fuera de nuestro territorio, bien por ser ciudadanos españoles los autores (principio de personalidad activa ex

art. 23.2 LOPJ), bien por el principio de persecución penal universal ex art. 23.4 de la LOPJ.

La atribución competencial de tales crímenes a la Audiencia Nacional se justifica por la aplicación conjunta de dos preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

- el art. 65.1.e) le otorga la competencia para los delitos cometidos en el extranjero y
- el art. 23.4 establece la jurisdicción de los Tribunales españoles para un catálogo cerrado de delitos cuando se cometen fuera del territorio nacional (entre ellos el genocidio y aquellos que según los tratados o convenios internacionales deban ser perseguidos en España), por su condición de crímenes internacionales que afectan a bienes jurídicos cuya titularidad ostenta la comunidad internacional (principio de justicia universal), o por resultar afectados intereses legítimos del Estado (principio real o de defensa).

Pero en ningún caso se le asigna específicamente en las normas procesales y orgánicas la investigación y el enjuiciamiento de crímenes de esa naturaleza perpetrados en territorio nacional, sean cuales sean las circunstancias de su comisión (a diferencia de lo que sucede con otras infracciones penales como las defraudaciones económicas o los delitos de tráfico ilegal de drogas-apartados c) y d) del art. 65.1 LOPJ- en los que la concurrencia de determinados presupuestos justifica la alteración de las normas ordinarias de competencia: por ejemplo, la presencia de un grupo organizado, la producción de efectos en más de un territorio, la generalidad de perjudicados, el grave perjuicio para la economía nacional o la grave afectación del tráfico jurídico mercantil).

2.3. En cuanto a la calificación jurídica de los hechos como un delito contra la forma de Gobierno, introducida "ex novo" por el

Instructor en su auto como elemento determinante de la atribución competencial a la Audiencia Nacional conforme al art. 65.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al considerar que el alzamiento en armas contra el Gobierno legítimo de la República es un hecho penalmente perseguible susceptible de ser calificado como tal, aunque es evidente que el delito ha prescrito y que le es de aplicación la ley de Amnistía de 1977, ha de recordarse que efectivamente el Código penal de la República aprobado por ley de 27 de Octubre de 1932 -norma penal vigente en el momento de su comisión- contemplaba esta conducta como un delito contra la forma de Gobierno expresamente tipificado en los art. 167.1º y 170:

Art. 167: "Son reos de delito contra la forma de Gobierno establecida por la Constitución, los que ejecutaren cualquiera clase de actos encaminados directamente a conseguir por la fuerza o fuera de las vías legales uno de los objetos siguientes:

1º. Reemplazar al Gobierno republicano establecido por la Constitución por un Gobierno monárquico o por otro anticonstitucional"

También la sancionaba como un delito de rebelión consistente en alzarse públicamente y en abierta hostilidad contra el Gobierno constitucional en los arts. 238 y siguientes dentro del título III de los Delitos contra el orden público

El Código Penal de 1973 reproducía ambos tipos penales en parecidos términos, el primero en el art. 163 igualmente como un delito contra la forma de Gobierno, y el segundo en el art. 214 y siguientes, ambos como delitos contra la seguridad interior del Estado. Sin embargo, el Código penal vigente ha suprimido los delitos contra la forma de Gobierno (categoría delictiva hoy inexistente), y en el capítulo correspondiente a los delitos contra las Instituciones del Estado no se incluyen tipos penales de semejante factura, pasando a integrarse la conducta definida como un delito contra la forma de

Gobierno en el tipo penal de la rebelión (art. 472 del vigente CP en la modalidad comisiva del apartado 6º).

En definitiva, aun considerando que los hechos son constitutivos de un delito de rebelión (conforme el Código Penal de 1932 y al actualmente vigente), este delito nunca ha formado parte de los delitos contra la forma de Gobierno, ni en el Código Penal de la 2ª República, ni en los Códigos Penales posteriores, por lo que es absolutamente injustificado concluir de forma taxativa que la Audiencia Nacional posee competencia para su investigación y enjuiciamiento ya que la calificación de los hechos como un delito contra la forma de Gobierno carece de vigencia en este momento.

Ahora bien, asumamos como hipótesis jurídicamente defendible la calificación de los hechos consistentes en la sublevación militar del año 1936 y su actuación en la postguerra como un delito contra la forma de Gobierno a los efectos de determinar las normas de competencia aplicables.

Los delitos contra la forma de Gobierno se incluían en el Código Penal de 1932 dentro del título de los Delitos contra la Constitución, y en los Códigos Penales posteriores de 1944 y de 1973 bajo el título de Delitos contra la seguridad interior del Estado, con la particularidad de que bajo la vigencia de este último se aprueba en 1978 la Constitución de la democracia, cuyas disposiciones en materia penal deben interpretarse en referencia al Código Penal vigente en ese momento.

Pues bien, también en este caso carecería de competencia el órgano judicial instructor ya que conforme a los arts. 102 de la Constitución y 57.1.2ª de la LOPJ la responsabilidad penal del Presidente y miembros del Gobierno sólo es exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Teniendo en cuenta que el auto considera como imputados, al menos a los efectos de declarar la extinción de la responsabilidad criminal por fallecimiento, al Jefe del Gobierno y miembros de los primeros Gobiernos de la Dictadura, al amparo de las normas antes citadas sólo cabe concluir que la competencia con carácter exclusivo y excluyente para la tramitación, sustanciación y resolución del procedimiento corresponde a la más alta instancia jurisdiccional de nuestra Nación: el Tribunal Supremo.

2.4. Por último, aun aceptando que el órgano judicial instructor fuera competente para la investigación del delito contra la forma de Gobierno al amparo del art. 65.1.a) LOPJ, no se pueden violar las reglas de la conexión (art. 17 LECriminal) hasta el punto de que, utilizando las mismas, se incoe una causa general cuyo objeto son todos los asesinatos, secuestros, ajusticiamientos, detenciones y demás delitos cometidos como consecuencia de la sublevación militar, en la guerra civil y en la posguerra, con desconocimiento de las reglas territoriales de competencia. Por lo que invalidada esa conexidad, las investigaciones sobre las detenciones ilegales con desapariciones forzadas deberían trasladarse a cada uno de los órganos judiciales territorialmente competentes a los efectos que hemos indicado en el apartado 1 de este escrito

3. Inaplicación de las normas de prescripción a los delitos para los que se declara competente. Cualquiera que sea la legislación penal aplicable –Código Penal de la 2ª República (art. 116) o Código Penal vigente (art.131)- la prescripción de las conductas delictivas denunciadas –excluida la calificación jurídica de crimen de lesa humanidad- y la consecuente extinción de cualquier responsabilidad criminal son incuestionables al haber transcurrido sobradamente los plazos previstos por las legislaciones penales anteriormente citadas desde las fechas de comisión de los hechos denunciados (15 años en el Código Penal de 1932 y 20 años en el

Código Penal vigente en la actualidad) tanto respecto a las detenciones ilegales como respecto al delito de rebelión o contra la forma de Gobierno.

La aplicación de la prescripción a los hechos objeto del proceso se ha cuestionado atendiendo esencialmente a dos razones: 1ª) la naturaleza de delito permanente de la detención ilegal en los casos de desaparición forzada y no recuperación del cuerpo (sobre la que se argumenta en el fundamento jurídico 9º del auto); y 2ª) la imprescriptibilidad de estos delitos derivada de su consideración de crímenes contra la humanidad conforme al Estatuto de la Corte Penal Internacional (art. 7-i) y a la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (art. 5) aprobada el 20-12-2006.

En cuanto a la segunda crítica cabe argumentar que la regla de la imprescriptibilidad, que tampoco puede ser objeto de aplicación retroactiva, viene condicionada a su consideración como crimen de lesa humanidad, categorización no aplicable al caso por las razones ya expuestas en el escrito de recurso de apelación conforme al principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables (art. 9.3 CE) recordado por la STS de 1-10-2007 dictada en el caso.

Respecto a la primera crítica cabe señalar que esa posición no ha sido avalada por pronunciamiento jurisprudencial alguno, y que sustraer una categoría delictiva al ámbito de la prescripción –salvo que expresamente se contemple su imprescriptibilidad- supondría una analogía “in malam partem” contraria al principio de legalidad. Ni siquiera la supuesta perpetuación de los efectos antijurídicos derivados del delito por la no aparición del secuestrado o detenido es argumento suficiente para estimar la naturaleza de delito permanente de esa infracción criminal, pues el “plus de antijuridicidad” que representa la desaparición del cuerpo ya es objeto de un reproche punitivo equivalente a la causación intencional de la muerte. En estos

delitos, únicamente cabría admitir un momento diferente para el cómputo del plazo de prescripción en los casos en que se produjera la liberación del secuestrado, ya que sólo a partir de ese instante podría entenderse que ha cesado la ilícita situación de privación de libertad.

3.1. En relación con esta cuestión se plantea el problema de cómo debe computarse el dies a quo en el caso del tipo penal del art.166 CP, a saber, cuando el reo de detención ilegal o secuestro no dé razón del paradero de la persona detenida. Para un mejor análisis de la cuestión, debe partirse de la interpretación dada al art.483 del CP 1973, antecedente directo del actual tipo penal, por la STS de 25 de junio de 1990, en el llamado *Caso Nani*. La importancia de dicha sentencia, avalada posteriormente por el Auto de inadmisión dictado por la Sección 4ª del Tribunal Constitucional en fecha 28 de noviembre de 1990, radica en que fija los parámetros interpretativos en que se debe mover el tipo penal y su aplicación para ser constitucionalmente admisible.

El Tribunal Supremo afirmó en esa sentencia que:

“Respecto al artículo 483 del Código Penal debemos poner de relieve lo siguiente:

- Ciertamente, la doctrina científica ha venido manteniendo la idea de que en dicho artículo se contiene una figura delictiva constitutiva de un tipo de sospecha, contrario al principio de presunción de inocencia que consagra la Constitución en su artículo 24.2.

- Han sido muchos los autores que han estimado inexplicable su persistencia tras la Constitución y la L. O. 8/1983 de 25 de junio por ser un delito cualificado, no ya por el resultado, sino por la sospecha y dar entrada así al objetivismo del «versari in re illicita».

- Los antecedentes del precepto se remontan a 1848, que desapareció en el texto de 1932, volviendo a renacer en el Código de 1944.

- La presencia de nuestra Constitución que en su artículo 24.2 presume la inocencia y del artículo 1 del Código Penal, según la reforma de 1983, que declara con rotundidad que no hay pena sin dolo o culpa y que cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa, hacen de manera absoluta e incondicionada incompatible cualquier modalidad de delito de sospecha con los principios informadores de nuestro Ordenamiento.

- Sin perjuicio de que, como señala la doctrina científica, el precepto resulte criticable, puede ser objeto de una interpretación diferente que, conforme al principio de conservación de las normas, al que en tantas ocasiones se refiere el Tribunal Constitucional, permita admitir su vigencia,

siempre que de él se radien por completo las ideas de sospecha, de inversión de la carga de la prueba o del llamado «versari in re illicita», al que antes se hizo referencia.

- Por consiguiente, el artículo 483 sólo puede ser compatible con el nuevo orden constitucional si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de sospechar que el sujeto detenido murió.

- El tema ha de quedar centrado en orden a los valores que se protegen en el artículo 483 que venimos examinando. En él está en juego nada menos que la libertad y la seguridad, en línea con lo que la Comunidad Internacional viene demandando de manera constante y reiterada. Así, pueden citarse: Resolución 33/173, sobre personas desaparecidas de la Asamblea de Naciones Unidas, de 20 de diciembre de 1978, Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1979/38, de 10 de mayo de 1979, Resolución 20 de la Comisión de Derechos Humanos adoptada en 1980 y la Recomendación R (79), 6 sobre personas desaparecidas. En análogo sentido debe citarse el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, acordado por la Asamblea de las Naciones Unidas de 17 de diciembre de 1979, así como la Convención contra la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984, ratificada por España y publicada en el B. O. E. de 9 de noviembre de 1987 (RCL 1987\2405). De alguna manera puede encontrarse un cierto denominador común: la preocupación frente a las personas desaparecidas en circunstancias tales que provoquen temor por su seguridad física y moral.

- No contempla, por consiguiente, una condena por delito de sospecha que de serlo sería inconstitucional, sino de una probada y muy grave modalidad de detención ilegal. No se trata de un simple juego de palabras sino de profundizar en la naturaleza de este precepto penal, en función de las exigencias constitucionales. Los datos o circunstancias que sirven de base al artículo 483 han de ser probados a través de una actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción en los mismos términos exigidos con carácter general por el Tribunal Constitucional y esta Sala. En el hecho de no acreditar haber dejado en libertad o no dar razón del paradero de la persona detenida no puede haber, repetimos, ni sospecha ni conjetura, ni inversión de la carga de la prueba. La acusación debe probar: a') La detención ilegal de la persona desaparecida. b') La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y c') Omisión de la puesta en libertad. Tal desaparición aumenta tan considerablemente el desvalor del hecho que, dentro de los principios de armonía, proporcionalidad y equilibrio que han de caracterizar al Ordenamiento Jurídico, resulta justificada la pena establecida por el legislador.

- Bajo estas coordenadas la aplicación de este artículo en absoluto supone, y en ello toda insistencia es poca, afirmar la muerte del detenido ni presumir que ha muerto, sino tener en cuenta las circunstancias inequívocamente gravísimas, probado el dolo del sujeto activo, que acompañan a la detención.

- El argumento, ya señalado, que conduce a una recta interpretación del artículo 483 del Código Penal está lleno de buen sentido y racionalidad. La desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo, teniendo en cuenta que respecto de

él adquirió una posición especial que la doctrina lo identifica a la del garante, figura tan de actualidad en el moderno Derecho Penal en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también de hecho de no devolverle la libertad como debió hacer. La Ley Penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido. No hay en el precepto sospechas de muerte ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad. En este caso los malos tratos no han sido objeto de conjeturas o sospechas, sino que se han probado y así lo pone de relieve el relato histórico de la sentencia recurrida. Se pasa así en la detención ilegal de una primera fase, bajo la presencia de la institución de garante por parte de quien detuvo, en los términos ya examinados, a una segunda en la que predomina la absoluta inseguridad, apareciendo de esta manera probado el hecho de la detención ilegal en términos de acusada gravedad, la ausencia de puesta en libertad y la correspondiente conexión”.

3.2. A la vista de la doctrina expuesta, que realiza *una interpretación constitucionalmente ajustada del tipo*, podemos analizar la resolución que se recurre.

El auto de 16 de octubre de 2008 parte de que, al ser la detención ilegal del art. 166 CP un delito permanente, mientras no aparezca el cadáver o resto cadavérico de un detenido que, tras la privación ilegal de libertad, ha sido asesinado, se han prolongado los efectos de la detención ilegal y, por ende, no ha comenzado a correr el plazo de prescripción (fundamento jurídico 9º).

Al respecto, hay que señalar desde este instante que lo trascendente a estos efectos no es un hecho material- que aparezca o no un cuerpo- sino un hecho jurídico- que durante todo el tiempo se haya prolongado una situación de detención ilegal. Esto es, con independencia de que no puede dejar de reputarse una ficción el entender que durante casi setenta años (entre 1939 y 2008) o, en el mejor de los casos sesenta (entre 1951 y 2008), ha existido una situación de detención ilegal, que exige siempre, dado el bien jurídico que se protege -consistente en el libre ejercicio de la voluntad humana, en su forma más primaria, la libertad de movimientos- que

la persona esté viva y privada de libertad durante todo ese tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte, tampoco puede entenderse como una consecuencia del carácter permanente del delito de detención ilegal que, en los casos del art.166 CP, el dies a quo empieza a contar desde que haya aparecido un cadáver que se corresponda con el inicialmente detenido o, por el contrario, que si tal resto no aparece, el delito no prescriba nunca.

En definitiva, planteado el tipo penal del art.166 como una tutela reforzada del derecho a la libertad personal, el plazo inicial del cómputo de la prescripción debe fijarse en el cumplimiento de los requisitos del tipo penal, dada la referencia recogida en el art.132.1 CP- que sitúa dicho cómputo inicial, en los delitos permanentes, en el momento en que cesó la situación ilícita, esto es, la *ilicitud típica*-. Pues bien, si el punto de referencia de los plazos de prescripción es siempre el tipo penal y no puede aceptarse –excepto en los casos en que la ley disponga otra cosa- que los fenómenos extratípicos determinen el cómputo del inicio de dichos plazos, si, además, se considera como hecho extratípico que no daría lugar a un recurso de revisión de la condena impuesta por el tipo del art. 166 CP la aparición viva de la persona desaparecida, tampoco el supuesto inverso- igualmente extratípico- de no aparecer el cadáver o de aparecer muchos años después puede tener efecto jurídico alguno, por ser una situación igualmente ajena al tipo.

Como puede verse, una interpretación constitucional del precepto citado obliga a poner el acento en la no puesta en libertad por quien tiene deber de garante por su acción anterior, la privación de libertad, pero sin que ello suponga que en cuanto al dies a quo o plazo de prescripción las reglas sean distintas a la del resto de los tipos de detención ilegal, plazo de prescripción del delito que es mayor en este tipo penal, similar al del delito de asesinato, en atención a la gravedad antijurídica de la conducta y a los bienes jurídicos afectados.

Dicho de otro modo, una interpretación constitucional del precepto que aleje la infracción del tipo penal de sospecha no se limita al precepto de la parte especial, sino que alcanza a la interpretación de las normas e instituciones de la parte general que se encuentren en relación con la tipificación concreta. No puede ponerse el acento en la sospecha de muerte y fijar el comienzo del cómputo de la prescripción a quo en el momento en que aparezca un cuerpo porque ello supone tanto como volver a una interpretación del precepto penal como un delito de sospecha, posibilidad vedada constitucionalmente.

El artículo 166 del Código Penal de 1995- antes el art.483 CP- sólo es compatible con el orden constitucional si en él se prescinde por completo de la idea de que el plus punitivo nace de la sospecha de que el sujeto pasivo murió, y ello también se extiende a las causas generales de extinción de la responsabilidad criminal recogidas en la parte general del Código Penal. Lo contrario supone una interpretación "ad hoc" del cómputo de prescripción inspirada en la errónea concepción de este tipo penal como un delito de sospecha de muerte.

En consecuencia, el dies a quo para el cómputo de la prescripción en el supuesto de detención ilegal comenzará, para todos y cada uno de los tipos recogidos en los artículos 163 a 166 a partir del momento en que la situación de privación de libertad terminó, bien con la puesta en libertad del sujeto, bien por el notorio fallecimiento del mismo como sucede en todos estos casos.

Debe indicarse, además, que en el Código Penal de la República de 1932 no existía un tipo penal como el vigente recogido en el art. 166. Efectivamente, si bien un tipo similar figuraba en el Código Penal de 1870 y en la posterior reforma del año 1944, se eliminó a conciencia del Código de la República por las críticas al versari in re ilícita a que daba pie. La tipificación de las detenciones ilegales se encontraba dentro del Capítulo Primero del Título XIII del Código

Penal, en los artículos 474 a 476. El tipo básico estaba recogido en el art.474, conteniendo igualmente un tipo atenuado cuando la detención durase menos de tres días; el art. 475 preveía una agravación si hubiera durado más de veinte días o se hubiera ejecutado con simulación de autoridad pública; y el art. 476 establecía un tipo privilegiado en el caso de detención para presentar al detenido a una autoridad pública. Ello no puede dejar de tener trascendencia aquí. Si, en su momento, la única posibilidad de calificar los hechos como conducta de mayor gravedad estaba recogida en el art. 475 del Código Penal, a saber, la privación de libertad por un período de más de veinte días o con simulación de autoridad pública, ello quiere decir que, en primer término, a efectos de tipicidad, la privación de libertad que excediera de tal período quedaba fuera de la consumación, siendo inane a efectos de una ilicitud penal ya alcanzada y, en segundo lugar, que el dies a quo ni siquiera tenía que esperar a la no dación de cuenta del paradero, sino que comenzaría en el mismo momento en que tuvo fin la detención, por una u otra causa.

Por último, aun admitiendo la relevancia de un hecho extratípico en la fijación del dies a quo, no podemos desconocer que el ordenamiento jurídico posee un criterio de referencia para fijar el momento en que dicha desaparición se produjo, como forma posible de determinar el plazo inicial del cómputo de la prescripción. Así, el art. 193 del Código Civil, en su apartado 3º, estima que procede declarar fallecida a una persona *“Cumplido un año , contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiere encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de seis meses. Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo*

expresado, siempre que hayan pasado seis meses desde la cesación de la subversión”.

Pues bien resulta contradictorio que el ordenamiento jurídico considere a una persona fallecida a todos los efectos y, por otro lado, se acuda a la ficción de considerarle vivo y detenido ilegalmente mientras no aparezca el cadáver a efectos de forzar la inexistencia de la prescripción de las posibles responsabilidades penales pendientes, máxime cuando sí consta inscrita la declaración de fallecimiento de muchos de los represaliados de la Guerra y postguerra civil.

En resumen, la detención ilegal sólo tiene naturaleza de delito permanente mientras se mantiene la situación de privación de libertad, y no cuando ha terminado ésta bien por haber sido liberado el detenido o por ser notorio el fallecimiento del secuestrado -como ocurre en estos supuestos en los que ni siquiera el Instructor se plantea la posible subsistencia de detenciones ilegales más allá de 1951- careciendo de trascendencia a estos efectos el hallazgo de los restos mortales.

Incluso asumiendo la razonabilidad de la tesis formulada por el Instructor en el fundamento jurídico 9º, apartado 1, excluyendo del cómputo de una posible prescripción todo el período comprendido desde la ejecución de los hechos hasta el 29 de Diciembre de 1978 (fecha de entrada en vigor de la Constitución), por la imposibilidad de ejercer las acciones legales oportunas hasta la definitiva implantación del Estado de Derecho, es obvio que esa imposibilidad dejó de existir a partir de ese momento, y que desde entonces el período de tiempo transcurrido (casi 30 años) supera sobradamente los plazos de prescripción establecidos por la normativa penal.

4. **Inaplicación de la ley de Amnistía.** La doctrina jurídica sentada por el Tribunal Supremo en el único caso que ha llegado a dicha Sala sobre posible aplicación de los delitos de genocidio y/o lesa

humanidad –STS de 1-10-2007, caso Scilingo- descartando esa calificación jurídica, permite la aplicación al caso sin reservas de la Ley 46/1977 de 15 de octubre, reguladora de la Amnistía.

Así pues, les son plenamente aplicables en toda su amplitud los artículos 1 y 2 de dicha norma, lo que produjo, ya entonces, de manera directa e inmediata la extinción de la responsabilidad criminal.

El art. 1º de la ley establece:

"I. Quedan amnistiados:

a. Todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al 15 de Diciembre de 1976

II. A los meros efectos de subsunción en cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal.

La amnistía también comprenderá los delitos y faltas conexos con los del apartado anterior"

El art. 2º señala que:

"En todo caso están comprendidos en la amnistía:

a. los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el Código de Justicia Militar"

En consecuencia, todas las infracciones penales que se denuncian se incluyen sin excepción bajo la cobertura de la Ley de Amnistía. Este mecanismo de extinción de la responsabilidad criminal es aplicable igualmente a los casos de detención ilegal con desaparición, erróneamente considerados por el Instructor como delitos permanentes mientras no sea hallado el cuerpo, ya que respecto a los

mismos el apartado II del art. 1 no ofrece margen a la duda: **se considera como momento de ejecución del acto el del inicio de la actividad criminal**, es decir, el momento en el que se produjo la detención ilegal siendo indiferente a estos efectos que el cuerpo no haya aparecido, pues como hemos señalado esta circunstancia queda al margen del tipo penal.

Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico -ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas- de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que aun en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes en el momento de los hechos.

Por otra parte, no es cierto que dicha ley se limitara exclusivamente en su aplicación a los llamados delitos políticos. Se utilizó también para delitos comunes, como asesinatos y secuestros, con motivación política (que en nada se diferencian de los sometidos a este proceso): es bien sabido que miembros de diferentes organizaciones terroristas con crímenes de sangre se beneficiaron de

sus efectos y extinguieron sus responsabilidades, precisamente, gracias a la acción de esa ley.

En conclusión, por más que se considerara la ley de Amnistía como una ley temporal, ello no implica que no produjera efectos jurídicos irreversibles durante su periodo de vigencia, efectos que no pueden considerarse extinguidos por el hecho de que la norma que los amparó haya perdido vigencia tras la entrada en vigor de la Constitución Española.

No debe olvidarse, por último, para quienes cuestionan la vigencia de la ley de Amnistía -mediante su equiparación a las leyes de "Punto Final" y "Obediencia Debida" promulgadas en la República Argentina en 1986 y 1987 durante el Gobierno "Alfonsín", o a otras normas de similar naturaleza adoptadas en otros países como Chile o Perú, claramente ilegales a juicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹- que mientras éstas últimas pueden ser calificadas abiertamente como "leyes de impunidad", al haber sido dictadas -y en gran medida impuestas bajo la amenaza de golpe militar- con la finalidad de evitar la persecución penal por los gravísimos crímenes perpetrados por los aparatos del Estado durante la Dictadura militar del período 1976-1983 y eximir de responsabilidad a sus partícipes, la ley de Amnistía fue, en todo su proceso de gestación y aprobación, una exigencia de las fuerzas políticas democráticas, ampliamente respaldada por la sociedad española, y aprobada por las Cortes

¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre esta cuestión en varias ocasiones: sentencia de 14-3-2001 (caso Barrios Altos o Chumbipuma Aguirre vs. Perú), sentencia de 29-9-2006 (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile), y sentencia de 29-11-2006 (caso La Cantuta vs. Perú). En todas ellas la nulidad de las leyes de amnistía se fundamentaba tanto en la condición o calidad de los órganos de los que emanaba (los propios regímenes autoritarios dictaban normas para evitar la persecución de los crímenes), como en el riesgo para la paz social que en algunos períodos provenía de los estamentos militares, y muy particularmente en la finalidad que se perseguía con tales leyes, que no era otra que sustraer de la acción de la justicia a los responsables de las violaciones más graves a los derechos humanos y garantizar la impunidad de tales crímenes. En resumen, eran en realidad leyes de autoamnistía que emanaban de los propios poderes represores o que se imponían de facto mediante la amenaza militar en situaciones de fragilidad democrática.

nacidas de las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de Junio de 1977, las mismas Cámaras parlamentarias que redactaron y aprobaron la Constitución de 1978. Resultaría, pues, un absoluto disparate jurídico cuestionar la legitimidad de origen de esa norma y, lo que es peor, atribuirle el estigma de “ley de impunidad”.

Para terminar, cabe recordar que las legítimas dudas de un Juez o Tribunal sobre la constitucionalidad de una ley nunca pueden ser resueltas mediante la inaplicación de la ley, sino a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad como imperativamente dispone el art. 5.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por todo ello, SUPLICA a la SALA que en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal declare la nulidad de pleno derecho del auto de 16 de Octubre de 2008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y la incompetencia del órgano judicial por infracción manifiesta de las normas de competencia objetiva y funcional conforme al art. 238.1º LOPJ, con las consecuencias que de ello se deriven, y revoque y deje sin efecto el citado auto, con las consecuencias que de ello se deriven, sin perjuicio de lo que resulte de la aplicación de las normas de competencia legalmente establecidas.

Madrid a 21 de Octubre de 2008

EL FISCAL JEFE DE LA AUDIENCIA NACIONAL

Fdo. Javier-Alberto Zaragoza Aguado

1º OTROSI DICE: Que en atención a la naturaleza y trascendencia del asunto interesa al amparo del art. 197 de la LOPJ que la resolución de este incidente sea avocada al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Madrid, fecha ut supra

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