

AL JUZGADO

EL FISCAL, en las diligencias previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (actualmente sumario 53/08), habiéndosele notificado en fecha 17-10-08 el auto de ese Juzgado de 16-10-08 por el que se declara la competencia de ese órgano judicial para la investigación de los hechos delictivos que en él se mencionan, al amparo del art. 766.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y considerando que la resolución no es ajustada a derecho interpone recurso de apelación directo ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en atención a las siguientes consideraciones:

1. Planteamiento general del recurso. La esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho no es otra que la aplicación y la interpretación de las leyes para llegar a la solución prevista por el ordenamiento jurídico, la cual debe desarrollarse sin prejuicios previos que condicionen ese proceso de subsunción del hecho en la norma. No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado –y en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia- y adapte todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera “los escollos” (expresión que emplea el fundamento jurídico 7º del auto) impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico. Es ésta, sin duda, una situación que podría producir efectos invalidantes del auto al incurrir en vicio generador de nulidad de pleno derecho en los términos que

establece el art. 6.3 y 4 del Código Civil y el art. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A tales efectos, el contenido del presente recurso se sustenta en los argumentos que a continuación se sintetizan, y que serán desarrollados en los apartados siguientes de este escrito:

1º. El proceso penal en un Estado de Derecho está sujeto a reglas y límites que en ningún caso se pueden violentar. Es evidente que la formación de una causa general no se compadece con el objeto y la finalidad que persigue el proceso según la legislación adjetiva y con el diseño constitucional del mismo. En idéntica medida, el proceso se configura con un sistema de recursos –pieza esencial del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva- cuyo propósito no es otro que el control y revisión de las decisiones jurisdiccionales por los Tribunales superiores, régimen que ni siquiera el órgano jurisdiccional puede alterar discrecionalmente en su propio interés, debiendo respetar en todo caso la legalidad y la buena fe procesal.

2º. Se ha evitado la aplicación de las normas de prescripción a hechos delictivos perpetrados en el mejor de los casos hace casi 60 años, y se utiliza como norma de cobertura el tipo penal sobre el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, para concluir con una singular interpretación de las normas de prescripción de ese delito, cuando es público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas entonces, y que en consecuencia nos encontramos manifiestamente ante delitos de asesinato, circunstancia que puso fin a la situación ilícita de privación de libertad (requisito que contempla el art. 132 para el inicio del cómputo de la prescripción).

3ª. Se ha eludido la aplicación de una norma con rango de ley, cual es la Ley de Amnistía de 1977, aprobada por las primeras Cortes democráticas, y se emplea como norma de cobertura la calificación jurídica de las detenciones ilegales con desaparición como crímenes

contra la humanidad, soslayando el principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables (art. 9 CE) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de aplicar retroactivamente tal figura jurídica (STS de 1-10-2007), circunstancia que se reconoce en el fundamento jurídico 9º (página 37 del auto).

4ª. Se ha impedido la aplicación imperativa de las normas de competencia territorial que se derivaría de la calificación jurídica que el propio Instructor asigna a los hechos que investiga –detenciones ilegales, no incluidas en el catálogo de competencias atribuidas a la Audiencia Nacional ex art. 65 LOPJ-, y se diseña un singular andamiaje jurídico consistente en vincular aquellos delitos, mediante una laxa interpretación de las normas de conexión, con un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno – hoy inexistente en el Código penal vigente- cuando es público y notorio que los posibles responsables de ese delito de rebelión han fallecido, y que en todo caso dada su condición y su responsabilidad la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los mismos correspondería al Tribunal Supremo.

Expondremos, a continuación, los diferentes motivos de impugnación que acabamos de enunciar.

2. Sobre la procedencia de la vía impugnatoria que se utiliza frente al auto de 16-10-2008. El art. 766.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que los autos dictados por el Juez de Instrucción en el marco de las diligencias previas son susceptibles de recurso de apelación, en el plazo de 5 días desde la última notificación (art. 212 LECriminal), sin necesidad de utilizar previamente el recurso de reforma.

Siendo obvio, pues, que el auto de 16-10-2008, notificado al Ministerio Fiscal el 17-10-2008, fue dictado cuando el procedimiento eran diligencias previas, el régimen regulador de los recursos aplicable al caso, conforme al principio más elemental del proceso

“tempus regit actum”, es el dispuesto en el procedimiento en el que se dictó la resolución, la cual no adquiere firmeza hasta tanto no transcurran los plazos establecidos para formular el recurso conforme al régimen aplicable al tipo de procedimiento en el que se acordó. La Disposición Transitoria 2ª de la ley 38/2002 de 24 de Octubre que modificó el procedimiento abreviado no puede ser más explícita en apoyo de esta tesis *“El régimen de recursos previsto en esta ley se aplicará a las resoluciones judiciales que se dicten con posterioridad a la entrada en vigor de la misma”*, de lo que sólo cabe inferir que el momento a tener en cuenta para establecer el régimen de recursos no es el de la interposición del mismo sino el del dictado de la resolución judicial a recurrir.

La rápida transformación posterior del procedimiento en sumario, sin esperar a la firmeza de esa resolución, no puede alterar, en ningún caso, el régimen de recursos legalmente establecido para las resoluciones acordadas con anterioridad en estado de diligencias previas, pues tal interpretación supondría una flagrante vulneración del derecho a ejercitar los recursos legalmente previstos como pieza esencial de los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso que consagra el art. 24.2 CE (SSTC 209/2007 de 24-9 y 254/2007 de 17-12), y la no admisión a trámite de la apelación interpuesta contravendría las reglas de la buena fe procesal que, conforme al art. 7 del Código Civil y art 11.1 LOPJ, deben inspirar la actuación de los órganos judiciales en todos los procesos.

Por todo ello, al objeto de que el recurso sea resuelto con la rapidez y la celeridad exigibles, y sin incidencias que dilaten indebidamente la resolución del mismo, se plantea el recurso de apelación –que es el que la ley procesal prevé– para que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional pueda resolver, a la mayor urgencia posible, como superior jerárquico del Juez Central de Instrucción todas las trascendentes cuestiones que son objeto de impugnación.

Con independencia de la decisión de admisión o inadmisión a trámite del recurso que pueda adoptar el órgano judicial "a quo", y 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, lo que dificultaría notablemente la resolución por éste del meritado recurso, el Ministerio Fiscal en consideración a todas estas circunstancias anuncia su intención de emplear de forma inmediata la vía legalmente prevista por el art. 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al objeto de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional pueda pronunciarse sobre el fondo del recurso que literalmente dice: *"Si durante el sumario o en cualquier fase de instrucción de un proceso penal el Ministerio Fiscal o entendieran que el Juez Instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior a quien corresponda, el cual, previos los informes que estime necesarios, resolverá de plano y sin ulterior recurso"*

3. En orden a la tutela y protección de los derechos de las víctimas. En la solicitud de las asociaciones denunciantes se interesaba del órgano judicial que adoptara las medidas necesarias para la identificación de los miles de víctimas de la represión, así como para la localización de las fosas comunes y lugares de enterramiento donde pudieran encontrarse sus restos, con la finalidad de proceder a la entrega de los mismos a sus familiares.

Esta justa pretensión de recuperar la memoria y la dignidad de esos miles de víctimas, y la consecuente reparación moral que su consecución supone para los familiares y allegados de las mismas ha merecido una iniciativa legislativa que finalmente se ha plasmado en la ley 52/2007 de 26 de Diciembre, conocida como Ley de la Memoria Histórica, norma jurídica que a través de sus diferentes disposiciones

formaliza el reconocimiento de una injusticia histórica y articula las medidas precisas para la efectividad de la reparación.

A tales fines, la ley describe en sus arts. 11 a 14 las previsiones necesarias para que esas tareas de localización e identificación de víctimas sean una realidad, responsabilizando al Gobierno y a las Administraciones Públicas de su ejecución y cumplimiento:

- en el art. 11 se establece la obligada colaboración de las Administraciones Públicas en la indagación, localización e identificación de los desaparecidos violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior

- en el art. 12 se atribuye al Gobierno de la Nación y a las Administraciones Públicas la responsabilidad de adoptar las medidas oportunas para la identificación y localización de las víctimas (a través de diferentes procedimientos: protocolo, convenios, confección de mapas con lugares de enterramiento, etc.)

- en el art. 13 se concreta la obligación de todas las Administraciones Públicas de conceder las autorizaciones administrativas que sean precisas para facilitar las tareas de prospección y exhumación

- en el art. 14 se prevé la ocupación temporal de los terrenos afectados –sean públicos o privados- para permitir su acceso a los mismos y la ejecución de las labores de localización, identificación, exhumación y traslado de restos, etc.

En síntesis, se habilita legalmente a las Administraciones Públicas y al Gobierno para adoptar medidas que garanticen los derechos de las víctimas, en sus aspectos tuitivos y reparadores, de similar naturaleza a las que la legislación procesal penal otorga a los órganos jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal –como garante de la legalidad y de los derechos de las víctimas- cuando en un proceso penal investigan **hechos delictivos penalmente perseguibles con el propósito de determinar responsabilidades penales individuales.**

Esas medidas de localización, identificación, exhumación y traslado de restos de desaparecidos también pueden ser acordadas en el proceso penal por el Juez Instructor al amparo de los arts. 13, 326 y ss., y 334 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y debe quedar constancia expresa de que el Ministerio Fiscal **nunca se ha opuesto a su adopción en sede jurisdiccional, razón por la cual no consideró procedente la interposición y formalización de recurso alguno contra las providencias de 28 de Agosto y de 25 de Septiembre.**

Esa excepcional previsión normativa contemplada en la Ley de Memoria Histórica se justifica evidentemente por la inviabilidad de acudir a la jurisdicción penal a tales fines, y ello debido a la imposibilidad de exigir responsabilidades criminales por unos hechos perpetrados en el período que se cita en el auto, que no solamente se encuentran prescritos, sino que además deben considerarse amnistiados en virtud de la ley de 15 de Octubre de 1977 aprobada por un Parlamento democrático en pleno proceso de Transición. Y debe recordarse que únicamente desde el respeto a la legalidad vigente se puede articular en el Estado de Derecho la protección y defensa de los derechos de las víctimas, las cuales van a ver satisfechas sus pretensiones de verdad, reconocimiento y reparación a través de los procedimientos y medidas que establece la Ley de Memoria Histórica. Con las disposiciones previstas por esta ley, van a poder iniciar, proseguir y terminar todo el trabajo de localización, identificación, exhumación y entrega de los restos mortales de asesinados y ajusticiados en ese período negro de nuestra reciente historia, y en esa tarea contarán siempre con la incondicional colaboración del Ministerio Fiscal. Es intrínsecamente injusto sostener que la protección de los derechos de las víctimas depende exclusivamente de que el órgano judicial "a quo" pueda seguir adelante con la investigación penal.

Cabe concluir, pues, que siendo de estricta justicia la reparación a las víctimas de la represión política desencadenada por la sublevación militar de 1936 y el régimen posteriormente instaurado, y eso es lo que con acierto establece la Ley de Memoria Histórica, no resulta apropiado recurrir para ello al proceso penal, cuya existencia no puede justificarse si no es posible que éste cumpla con sus finalidades esenciales: el esclarecimiento de hechos concretos penalmente perseguibles y la exigencia de responsabilidades punitivas a los partícipes. Descartada la justicia de sanciones, que representa la quintaesencia del proceso penal, la reparación moral que se pretende en todos estos casos mediante el reconocimiento de la injusticia sufrida, así como la identificación y entrega de los restos a sus familiares, se enmarca en las exigencias de lo que se denomina justicia transicional o reparadora, cuya consecución no legitima en absoluto la intervención del Juez penal, y mucho menos si éste actúa con manifiesta falta de competencia como sucede en el presente caso.

4. **Sobre la inadecuación de una causa general en la jurisdicción penal.** La investigación penal puesta en marcha por el órgano judicial instructor incumple las más elementales normas del proceso penal en una doble vertiente: por una parte, las abundantes diligencias acordadas so pretexto de su necesidad para resolver sobre competencia (como se indica en las providencias de 28 de Agosto y 25 de Septiembre) suponen en realidad una aceptación implícita de aquélla, puesto que difieren sustancialmente del tipo de diligencias que pueden ser adoptadas a prevención; por otra parte, la actuación judicial, muy singularmente la clase y el contenido de las diligencias acordadas, han abocado el proceso a una especie de "inquisitio generalis" difícilmente compatible con el alcance, límites y fines del proceso penal en un Estado de Derecho. Examinemos desde una perspectiva estrictamente jurídica ambas cuestiones.

4.a). En cuanto a la práctica de diligencias a prevención, debemos decir que en toda la regulación procesal existente se trasluce la idea de la excepcionalidad. Esto es, que únicamente cabe realizar por Juez incompetente -incluido, por supuesto, aquel que todavía no se ha pronunciado sobre competencia- las diligencias absolutamente imprescindibles y esenciales, que no serán otras que las recogidas en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, este precepto realiza una enumeración de cuáles son aquéllas, debiendo ponerse esta norma en relación con su precedente, el artículo 12 que, cuando se refiere a la falta de competencia de la jurisdicción ordinaria- lo que podemos aplicar, *mutatis mutandis*, a la falta de competencia de un Juzgado frente a otros del mismo orden jurisdiccional- establece que se limitará el Juez incompetente a la práctica de las primeras diligencias, poniendo a disposición a los detenidos y efectos ocupados.

Pues bien, según la norma primeramente citada, estas primeras diligencias no son otras que *"consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos y perjudicados pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis o la orden de protección prevista en el art.544 ter de la Lecriminal"*.

Como puede observarse, las capacidades de actuación procesal son muy limitadas, inspiradas siempre en la necesidad de actuar con urgencia, por un lado, y respetar la competencia ajena, por otro, restringiendo la actuación del órgano judicial incompetente a lo esencial. En el mismo sentido se pronuncian los artículos 303, 307, 309,22 y 278 de la Lecriminal.

Por lo demás, todas las normas citadas parten de una base lógica anterior, cual es que el Juez ha examinado ya su propia competencia,

como una de las primeras medidas que toma un Instructor, tal y como se deduce del propio encabezamiento del Capítulo Primero del Título IV del Libro II de la Lecriminal, que se titula " Del sumario y *de las autoridades competentes para instruirlo*". Esta misma idea late en el tenor literal del art.313 Lecriminal que, si bien referido a la querrela, puede aplicarse a la denuncia, y del que se deduce que el Juez de instrucción practicará diligencias salvo que "*.....no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma*".

En definitiva, cabe decir que, en primer lugar, el pronunciamiento sobre competencia precede, por lógica procesal, a cualquier otra actuación y, en segundo lugar, que las diligencias a prevención **nunca** tienen por objeto determinar su propia competencia sino el aseguramiento de los elementos esenciales del delito. La interpretación contraria encubre un posible fraude de ley procesal para realizar una instrucción sin pronunciamiento explícito, evitando así las posibilidades procesales de recurso.

A modo de conclusión, no sólo cabe cuestionarse que sea absolutamente necesaria o urgente la recopilación de una serie de datos sobre víctimas de hechos ocurridos hace setenta años, cuyas fuentes de prueba están debidamente custodiadas por el Estado, los entes locales y demás instituciones, sino que, además, ni siquiera resulta esencial para pronunciarse sobre competencia; de hecho, nunca lo es en ningún procedimiento penal, toda vez que el pronunciamiento sobre competencia se basa en la notitia criminis facilitada al Instructor, que inicialmente contiene y proporciona los elementos del hecho esenciales para determinar la competencia, sin necesidad de averiguación alguna. No será sino en el curso de la ordinaria investigación encaminada a comprobar la notitia criminis cuando pueden añadirse los datos que corroboren o desmientan la afirmación inicial de la denuncia y querrela que motivó la asunción de la competencia y la decisión de investigar los hechos.

Que ello es así lo demuestra:

- el art. 312 al facultar al Juez para practicar diligencias *después de admitida la querrela* (lo que en este caso no se ha producido), autorizándole el art. 313 *para desestimarla sin practicar diligencia alguna cuando no se considere competente.*
- El art. 410 de la LOPJ que se ha visto forzado a incluir una excepción en la normativa procesal vigente para permitir al Instructor de un procedimiento practicar diligencias a efectos de comprobar su propia competencia, lo que permite deducir que la regla general es la contraria, esto es *que no caben diligencias a prevención a efectos de determinar la competencia.*

4.b). A juicio del Ministerio Fiscal, el órgano judicial instructor al extender su investigación a todos los asesinatos, detenciones ilegales, desapariciones, represalias y demás hechos delictivos cometidos durante ese período histórico que abarca la Guerra civil y la posguerra, ha incoado una especie de causa general contraria a las exigencias del proceso penal, ya que el art. 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que por cada delito se abrirá un único sumario, evitando, en lo posible, la acumulación innecesaria. En este sentido, el ATS de 3 de mayo de 1999 afirma que: *“Una regla ancestral de nuestro ordenamiento procesal penal, recogida en el artículo 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que cada delito de que conozca la autoridad judicial será objeto de un solo sumario con la única excepción de los delitos conexos que se substanciarán en un solo proceso. Se pretende conseguir con ello una necesaria simplificación de los trámites y una mejor activación de las diligencias de investigación.*

La conexidad inevitable que se presenta en determinada clase de delitos, en los que se entremezclan una pluralidad de sujetos activos y una diversidad de infracciones punitivas, hace necesariamente

compleja la tramitación de las causas, por lo que se debe soslayar, en lo posible, que la inicial concentración de objetos procesales se vaya complicando indebidamente, acumulando otros hechos que no guarden una estricta e indisoluble conexión con los que inicialmente están siendo investigados. La finalidad que se persigue con ello es la de evitar la formación de una causa general de perfiles inciertos y difuminados, que está abocada inexorablemente a una lenta, trabajosa y compleja tramitación”.

Es obvio, pues, que las reglas de la conexidad, expresamente previstas en los arts. 17 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no justifican una acumulación de miles de hechos delictivos en un solo procedimiento. Máxime cuando mediante las mismas se sorteaba la aplicación de las reglas territoriales de competencia que regulan el ejercicio de la jurisdicción por los diferentes Juzgados y Tribunales. Debe precisarse además que, en el presente caso, a diferencia de los procesos penales incoados al amparo del principio de justicia universal ex art. 23.4 LOPJ, la competencia de los órganos judiciales de la Audiencia Nacional no es exclusiva y excluyente conforme al art. 65.1.e), sino que únicamente puede ejercerse desde el más estricto respeto a las competencias que legalmente tienen asignadas los restantes órganos de la jurisdicción penal.

En síntesis, puede afirmarse que la pretensión de conocer todo y de todos en un solo procedimiento quiebra las más elementales reglas del proceso penal y aboca inevitablemente a una inquisición general prohibida en nuestra Constitución, particularmente proscrita por la doctrina constitucional (SSTC 32/1994 de 31 de Enero y 87/2001 de 2 de Abril). La STC 32/1994, de 31 de enero no puede ser más explícita al sostener que: *“La finalidad a que ha de tender toda instrucción criminal es la de averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes,*

asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 LECrim). El cumplimiento de tales fines, basados en un indudable interés público, hace que la Ley autorice con las garantías necesarias la imposición de determinadas restricciones en los derechos fundamentales, de manera que se posibilite la investigación y se impida la frustración de los fines que la misma persigue.

En la medida en que las diligencias acordadas en el curso de una investigación criminal se inmiscuyan o coarten los derechos fundamentales y libertades públicas de una persona habrán de estar debidamente motivadas en la resolución judicial que así las acuerde, ser necesarias y adecuadas al fin que con las mismas se persigue y practicarse con todas las garantías constitucionales, pues, de lo contrario, se estaría legitimando, con la excusa de seguirse una instrucción criminal, una suerte de inquisición general incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de Derecho como el que consagra la Constitución Española".

5. Sobre la irretroactividad de la ley penal y la consideración de los hechos como crímenes de lesa humanidad. Las denuncias de los hechos incluyen la calificación jurídica de delito de lesa humanidad del artículo 607 bis) 1.1º y 2º y 2.1º (con causación de muerte y aplicación de la circunstancia de alevosía prevista en el artículo 139), 7º (detención ilegal) y 8º (tortura) del Código Penal de 1995 (RCL 1995\3170 y RCL 1996, 777) (en la redacción dada por la Ley 15/2003 de 25 de noviembre [RCL 2003\2744 y RCL 2004, 695, 903] que entró en vigor el 1 de octubre de 2004), calificación que el Juzgado Instructor asume como uno de los pilares que fundamentan su competencia y que le habilita para llevar a cabo su investigación.

La definición del delito de lesa humanidad en nuestro Código Penal viene establecida sobre la base de la comisión de un hecho concreto: homicidio; lesiones; detenciones ilegales, etc. (delito subyacente), dentro del contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella, estimando que, en todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional

2º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

La calificación del delito de genocidio o lesa humanidad tiene la consecuencia señalada en el apartado 4 del art.131 CP, a saber, la imprescriptibilidad de los hechos. Sin embargo, el problema, que ya se planteó en el llamado *Caso Scilingo*, resulta ser el de la aplicación retroactiva de una norma penal que incluye tal conducta a hechos que, si bien *todos ellos* estaban contemplados- de una u otra forma- como delitos comunes en el Código Penal de la época -el de la Segunda República, aprobado en el año 1932- no se contenía esta concreta tipificación, sino la ordinaria de asesinato, detención ilegal, violación, lesiones, etc. sin la especial cualificación derivada de la finalidad de acabar con un grupo político o de asegurar el predominio frente a un sector de la población que se considera sospechoso por sus ideas políticas, utilizando todos los medios para ello, incluso los más violentos.

Pues bien, el Tribunal Supremo, en la STS de 1 de octubre de 2007, sobre el *Caso Scilingo*, se decanta por la solución negativa, a saber, **la imposibilidad de aplicar retroactivamente la normativa penal.**¹

Así, afirma en la citada resolución que: *“La cuestión que plantea el recurrente exige determinar si la aplicación del artículo 607 bis a los hechos vulneró el principio de legalidad. Este principio, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar “una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal” (STC 283/2006), lo cual implica el carácter escrito de la norma dado nuestro sistema de fuentes para el Derecho Penal (lex scripta). De forma que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley, que además les asocie una pena. Pero no solo esto. En segundo lugar, en términos de la sentencia que se acaba de citar, este principio incorpora otra garantía de carácter material y absoluto, consistente en la “imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (lex certa) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la*

¹ Esta sentencia trae su causa de la sentencia de la Audiencia Nacional de 19-4-2005 dictada en el sumario 19/97 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 que, tras un riguroso análisis sobre los orígenes del crimen de lesa humanidad y su alcance universal, señala que la naturaleza de estos crímenes es mixta, por una parte, convencional, y por otra parte, consuetudinaria, lo que implica la interacción de dos clases de normas, concluyendo que se trata de un tipo penal vigente en el Derecho internacional desde hace décadas aplicable en todo caso al conjunto de la represión en Argentina.

aneja responsabilidad y a la eventual sanción (SSTC 25/2004, de 26 de febrero, F. 4; 218/2005, de 12 de septiembre, F. 2; 297/2005, de 21 de noviembre, F. 6)”. Consiguientemente, el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). En definitiva, exige *lex previa, stricta, scripta y certa*.

De esta forma, el ejercicio del *ius puniendi* del Estado queda limitado a aquellos casos en los que haya mediado una advertencia previa a través de una ley, de modo que el agente pueda ajustar su conducta de manera adecuada a las previsiones de aquella. Previsibilidad que depende, en realidad, de las condiciones objetivas de la norma, y no tanto de la capacidad individual de previsión del sujeto.

De todo ello se desprende que el principio contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable.

El Código Penal vigente, por su parte, establece el principio de legalidad de los delitos en el artículo 1.1; de las penas en el artículo 2.1; reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo, incluso durante el tiempo de cumplimiento de la condena en el artículo 2.2; y prohíbe la analogía en el artículo 4.1.

El artículo 607 bis del Código Penal entró en vigor el día 1 de octubre de 2004, en fecha muy posterior a los hechos enjuiciados. Por lo tanto, solo sería posible su aplicación en el caso de que pudiera establecerse que se trata de una norma más favorable, lo cual exige la determinación de la norma

vigente al tiempo de los hechos. En el Código español no existía en aquel momento ninguna norma que estableciera una sanción para hechos descritos de la misma forma en que aparecen en el referido artículo 607 bis."

Sigue diciendo la sentencia citada que: "Las normas de Derecho Internacional Penal, fundamentalmente consuetudinarias, que se refieren a los delitos contra el núcleo central de los Derechos Humanos esenciales, prácticamente reconocidos por cualquier cultura en cuanto directamente derivados de la dignidad humana, se originan principalmente ante conductas ejecutadas en tiempo de guerra y también ante la necesidad de protección y reacción contra los actos cometidos contra los ciudadanos del propio país desde el poder estatal, o desde una estructura similar, que consecuentemente encuentran serias dificultades para su persecución". Asimismo entiende que: "Las referencias a estas conductas en el Derecho Internacional Penal con anterioridad a los hechos enjuiciados han sido generalmente previas a su constatación en normas de derecho interno".

Sostiene además que: "**Sin embargo, ello no conduce directamente a la aplicación del Derecho Internacional Penal, siendo necesaria una previa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales. La Constitución, en sus artículos 93 y siguientes, contiene normas dirigidas a la incorporación del derecho internacional al derecho interno, que deben ser observadas. En este sentido, los Tribunales españoles no son ni pueden actuar como Tribunales internacionales, solo sujetos a las normas de este carácter y a sus propios estatutos, sino Tribunales internos que deben aplicar su propio ordenamiento. No obtienen su jurisdicción del derecho**

internacional consuetudinario o convencional, sino, a través del principio democrático, de la Constitución Española y de las leyes aprobadas por el Parlamento. El ejercicio del Poder Judicial se legitima, así, por su origen. Por lo tanto, no es posible ejercer ese poder más allá de los límites que la Constitución y la ley permiten, ni tampoco en forma contraria a sus propias disposiciones”.

Y acaba manifestando que: **“De ello cabe concluir que el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles”** y que **“ La vigencia del principio de legalidad, tal como antes fue expuesto, impide, pues, la aplicación directa del derecho Internacional Penal consuetudinario como única norma aplicable al caso. También impide la aplicación del artículo 607 bis como norma penal sustantiva interna por ser posterior a los hechos y no más favorable.”**

Esta sólida argumentación jurídica del Tribunal Supremo merece ser implementada con algunas reflexiones que son especialmente adecuadas para el caso que nos ocupa:

1ª.- Los delitos de genocidio y de lesa humanidad, que conforman el núcleo esencial de lo que se conoce como crímenes internacionales de primer grado, inexcusablemente forman parte del derecho penal internacional de aplicación imperativa o de “ius cogens”, el primero de forma expresa desde su incorporación mediante el Convenio sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 9-12-1948, y ambos desde el Estatuto de Londres de 1945 (que creó como Derecho aplicable por el Tribunal de Nuremberg la categoría jurídica de “crímenes contra la humanidad”, en ese momento en un concepto amplio integrador del crimen de genocidio),

la Resolución 95 de la Asamblea General de Naciones Unidas de 11 de Diciembre de 1946, los posteriores Convenios de Ginebra de 12 de Agosto de 1949 (textos jurídicos internacionales a los que expresamente se remite el actual art. 608 del Código Penal) sobre personas protegidas en caso de conflicto armado (con sus dos Protocolos Adicionales de 8 de Junio de 1977), pasando por los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex-Yugoslavia y Ruanda, hasta su definitiva consagración en el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de Julio de 1998 (art. 7).

Es cierto que la "cláusula Martens", adicionada al Convenio de La Haya de 1899 relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, puede ser considerada como el primer antecedente jurídico internacional que obliga a los Estados a perseguir los abusos que se producen en los conflictos armados sobre el personal civil combatiente, pero también resulta obvio que esa cláusula, tal y como está redactada², no reúne los presupuestos de certeza y taxatividad que el principio de legalidad exige desde la perspectiva internacional para constituir fundamento jurídico suficiente de la vigencia antes de 1945 de los crímenes contra la humanidad.

2ª.- El principio de legalidad penal, garantía constitucional básica del proceso (art. 25.1 de la Carta Magna), que en los ordenamientos jurídicos nacionales se fundamenta en la conocida

² La cláusula Martens fue incorporada al Preámbulo del (II) Convenio de La Haya antes citado con el siguiente tenor literal: "Mientras que se forma un Código más completo de las leyes de la guerra, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno declarar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, las poblaciones y los beligerantes permanecen bajo la garantía y el régimen de los principios del Derecho de Gentes preconizados por los usos establecidos entre las naciones civilizadas, por las leyes de la humanidad y por los dictados de la conciencia pública". Las conclusiones de la Comisión Multinacional de Responsabilidades reunida en París el 29-3-1919 (páginas 7 y 8 del auto), tras la 1ª Guerra Mundial, tampoco ofrecen el perfil de una norma penal internacional que cumpla los requisitos que conforman la legalidad penal internacional como "ius cogens".

regla "nullum crimen sine lege", tiene también su propia configuración en el Derecho penal internacional mediante la aplicación de la regla "nullum crimen sine iure". Para que una conducta sea un hecho típico (garantía criminal) deberá comprobarse si estaba prevista en el derecho internacional (lex) en el momento de su comisión (praevia) y si describía con precisión los elementos constitutivos de la conducta prohibida (certa).

Desde la perspectiva internacional, la garantía criminal existirá una vez comprobados los indicadores de previsibilidad de la conducta prohibida u ordenada tanto en el derecho consuetudinario como en el convencional internacional, y si además el crimen en cuestión ha sido objeto de tipificación expresa en los tratados internacionales, aunque sea tardíamente respecto de la perpetración de los hechos, ello simplemente añade un plus de taxatividad y certeza en cuanto a los elementos del crimen.

La accesibilidad y previsibilidad de la norma son los cánones mínimos irrenunciables a juicio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para determinar la aplicabilidad de la legalidad penal internacional. Así se ha pronunciado en las sentencias de 22-3-2001 (caso *Streletz, Kessler y Krenz* contra Alemania), y 12-7-2007 (caso *Jorgic* contra Alemania), y en la Decisión de inadmisión de 17-1-2006 (caso *Kolk y Kislyiy* contra Estonia).³

De esta forma, la tipicidad derivada del Derecho internacional en los términos expuestos puede ser suficiente –a juicio de algunos sectores doctrinales– para el cumplimiento de esta garantía aunque las legislaciones penales internas no incluyeran esa tipificación o lo

³ En estas resoluciones se considera que los delitos por los que fueron objeto de condena los recurrentes (crímenes contra la humanidad ocurridos en 1949 en el caso *Kolk y Kislyiy* contra Estonia) estaban suficientemente definidos por las normas del Derecho Internacional: el Estatuto de Nuremberg, la Resolución 95 de la Asamblea General de 11-12-1946, los Principios de Nuremberg elaborados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y la Convención sobre la imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad de 1968.

hubieran hecho con posterioridad, debiendo resolverse el problema de la penalidad mediante la aplicación convergente e integradora del Derecho interno, y la consecuente imposición de las penas previstas en éste para los delitos subyacentes o conductas instrumentales del crimen internacional de primer grado (homicidios, lesiones, torturas, detenciones ilegales, etc.).

Ahora bien, la garantía de la legalidad, de la que la cláusula de la irretroactividad de la ley penal no favorable es su esencia y su consecuencia, prohíbe sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia salvo que la ley en cuestión sea más favorable para el reo (art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código Penal). Y la legalidad penal internacional, tanto convencional como consuetudinaria, no se rige por parámetros diferentes.

No resulta ocioso señalar, por último, que el principio de legalidad penal –reconocido por el art. 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en Roma en 1950- es uno de los pocos derechos fundamentales que –en unión del derecho a la vida, de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes, y de la prohibición de la esclavitud- no puede ser objeto de restricción, suspensión, limitación o derogación alguna ni siquiera en caso de guerra, como expresamente proclama el art. 15.2 del referido Convenio.

De ello cabe deducir ineludiblemente que **la calificación jurídica de los hechos denunciados como crímenes de lesa humanidad no es aplicable al caso, ya que el cuerpo normativo escrito y consuetudinario que conforma la legalidad penal internacional no existía al tiempo de la comisión de los hechos, y además semejante calificación jurídica no puede aplicarse retroactivamente como indica la STS de 1-10-2007.**

En caso contrario, se produciría una manifiesta vulneración de la legalidad penal en toda su dimensión, porque la comisión de los hechos es incluso anterior a la tipificación de tales delitos en el Derecho penal internacional, tanto consuetudinario como convencional.

6. **El instituto de la prescripción.** 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 por las razones antes mencionadas la calificación jurídica de crimen de lesa humanidad, únicas infracciones penales sujetas a la regla de la imprescriptibilidad- 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).

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 apartado 5 de este escrito de recurso.

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.

6.1. 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”.

6.2. 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 del 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.

7. **La aplicación de la 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 Humanos⁴- 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 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".

⁴ 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.

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.

8. La competencia del órgano jurisdiccional. Como ya indicábamos en el informe de fecha 29 de Enero, atendiendo a las reglas ordinarias que regulan la distribución de asuntos en el orden jurisdiccional penal, la competencia en el presente caso 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).

8.1. 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.

8.2. 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).

8.3. 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, 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.

8.4. 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 al apartado 1 de este escrito

Por todo ello, SUPLICA a la SALA que, con la estimación del recurso interpuesto, revoque y deje sin efecto el auto de 16 de Octubre de 2008 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y, en consecuencia, declare la nulidad de pleno derecho del auto recurrido y la incompetencia del órgano judicial por infracción de las normas de competencia objetiva y funcional conforme al art. 238.1º LOPJ, 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 20 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 del recurso sea avocada al Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Madrid, fecha ut supra