

TOL3.646.658

Jurisprudencia

Jurisdicción: Penal

Ponente: [Manuel Carlos Grosso de la Herrán](#)

Origen: Audiencia Provincial de Cádiz

Fecha: 22/05/2012

Tipo resolución: Auto **Sección:** Tercera **Número Recurso:** 164/2012

Voces sustantivas: Delito de detención ilegal, Delito de genocidio, Funcionarios públicos, Legítima, Prescripción, Registro civil, Tratados internacionales, Causas de extinción de la responsabilidad penal, Cumplimiento de la mayoría de edad, Delito permanente, Irretroactividad, Libertad ambulatoria, Plazo de prescripción, Seguridad jurídica, Causa de extinción de la responsabilidad penal, Delitos de detención ilegal, Delitos de lesa humanidad, Detención ilegal, Embargo, Eficacia retroactiva, Imprescriptibilidad, Mayoría de edad, Menores de edad, Penalidad, Plazo de prescripción del delito, Plazos, Plazos de prescripción, Tempus regit actum

Voces procesales: Ministerio fiscal, Medidas cautelares, Prescripción, Avales, Diligencias previas

ENCABEZAMIENTO:

A U T O Nº180/12

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz

ILMOS SRES.

PRESIDENTE:

MANUEL GROSSO DE LA HERRAN

MAGISTRADOS:

ANA MARIA RUBIO ENCINAS

MIGUEL ANGEL RUIZ LAZAGA

JUZGADO DE INSTRUCCION Nº1 DE CADIZ (ANTIGUO MIXTO Nº7)

APELACIÓN ROLLO Nº 164/2012

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 114/2012

En la ciudad de Cádiz a veintidós de mayo de dos mil doce.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz de esta Audiencia, integrada por los Magistrados

indicados al margen, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra auto dictado en la diligencias

referenciadas, sobre DETENCIÓN ILEGAL, cuyo recurso fue interpuesto por Verónica y MINISTERIO

FISCAL que está representado por el Procurador D.Mª LUISA GOENECHEA DE LA ROSA y asistido del

Letrado D.MARTIN DE LA HERRAN SABICK. Es parte recurrida el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO.- El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Instrucción del JUZGADO DE INSTRUCCION Nº1 DE CADIZ (ANTIGUO MIXTO Nº7), el día 19/01/12, dictó auto cuya parte dispositiva acuerda: "Que DEBO ACORDAR Y ACUERDO REGISTRAR la anterior denuncia como DILIGENCIAS PREVIAS el ARCHIVO de las presentes diligencias por haber PRESCRITO LA RESPONSABILIDAD PENAL derivada de los hechos presentados como DELITOS objeto de investigación, declarando las costas de oficio."

SEGUNDO.- Contra dicha resolución interpuso recurso de reforma y subsidiario de apelación la

representación de Verónica y MINISTERIO FISCAL y seguidos los correspondientes trámites, se elevaron los autos a esta Audiencia donde se formó el rollo y se señaló el día para la votación y decisión del recurso.

Ha sido Ponente el Ilmo.Sr. Magistrado D.MANUEL GROSSO DE LA HERRAN, quien expresa el parecer el Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO. -Nuevamente se nos plantea ante la sala, esta vez por la representación de Verónica y por el Ministerio Fiscal, una cuestión que ya ha sido resuelta en varias ocasiones por esta Audiencia Provincial, la de la prescripción de los delitos en los supuestos de lo que se ha venido a denominar "casos de los bebés robados".

Como decimos, anteriormente ya nos hemos pronunciado sobre la cuestión, así en el rollo 19/2012 afirmábamos "La pretensión deducida por el Ministerio Público debe ser desestimada ... este órgano ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión que ahora nos atañe en nuestra resolución de 28/4/11, citada por el apelante, en la que se abrazó la tesis entonces sostenida por el Fiscal. Es decir, que en los casos como los denunciados que han dado lugar a la incoación de las presentes diligencias estaríamos en presencia de presuntos delitos de detención ilegal de un menor de edad. Pero es más, entonces el Ministerio Público en su informe sostenía que el plazo de prescripción debía empezar a correr a la fecha de cumplimiento de la mayoría de edad, tesis que entonces hicimos nuestra y que seguimos sosteniendo tras ser avalada por el Pleno de esta Audiencia celebrado el pasado 10 de Febrero de 2012, esto es, que el día a quo del plazo de prescripción del delito permanente de detención ilegal habrá de entenderse desde la fecha de la mayoría de edad del menor".

Esta interpretación ha sido acogida por otras Audiencias como la de Bilbao , Sección Segunda , en su resolución de 14 de Noviembre de 2011, así como la que cabe inferir del tenor de la STS de 7 de Junio de 2007 , aunque en esta no se trate directamente el tema de la prescripción , donde se admite que el bebé pueda ser sujeto pasivo del delito de detención ilegal, ejerciendo la libertad ambulatoria mediante sus legítimos padres o representantes o guardador de hecho, presupuesto fáctico que desaparece al alcanzarse la mayoría de edad...en el mejor de los escenarios estaríamos en presencia de un delito de detención ilegal cometido por funcionario público, sometido a un plazo de prescripción de 15 años que deberá computarse desde la fecha de mayoría de edad de la hija de la denunciante, plazo que ha transcurrido sobradamente a la fecha de la denuncia".

En el presente caso se trata de una persona nacida el 3 de febrero de 1970 y las diligencias Previas se abren el 17 de octubre de 2011, es decir más de 41 años después.

SEGUNDO.- La tesis que ahora sostiene el apelante y a la que se adhiere el Ministerio Fiscal de que nos encontraríamos ante un supuesto de detención ilegal en el que no se ha dado razón del paradero de la persona, artículo 166 del actual Código Penal , delito considerado de naturaleza permanente, y que en atención a dicha circunstancia de falta de explicación del paradero actual, por seguir cometándose el hecho delictivo aún, no habría de iniciarse el cómputo del plazo prescriptivo, ya fue sostenida y desestimada a partir de nuestra resolución en recurso 64/2012 de 8 de marzo de 2012 postura seguida en otras posteriores, en las que afirmábamos que "debe ser por lo artificioso del concepto sin duda rechazada, y en este sentido traíamos a colación lo expresado por el Tribunal Supremo en su reciente sentencia de STS 27/2/2012 cuando expresa " la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica.

No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido

hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad.

Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal".

La anterior cita es perfectamente trasladable, no se ha puesto de manifiesto ni un solo caso en que uno de los llamados "bebés robados", tras alcanzar su mayoría de edad, halla seguido ilegalmente detenido, en el presente caso valorando que la mayoría de edad se debió alcanzar en el año 1988 supondría establecer la ficción de que lleva privado de libertad desde entonces hasta la actualidad es decir por espacio de 23 años lo cual es inasumible.

TERCERO.- Se añade como novedad argumental en el presente caso, que amén del delito de detención ilegal se han cometido otros delitos consecuencia de la inscripción falsa de fallecimiento, inscripción que por producir efectos permanentes, resultaría imprescriptible hasta tanto quedara subsanada.

No se comparte el razonamiento anterior, de existir una inscripción falsa de fallecimiento, lo que no ha quedado probado, se trataría de un delito de consumación instantánea, que se produce en el momento en que al Registro Civil accede la documentación falsaria, pero no puede por ello reputarse, por mucho que las consecuencias de ese engaño perduren en el tiempo, considerarse como un delito permanente. El delito se cometió el día de la inscripción y es desde dicha fecha desde la que arrancaría el cómputo del plazo prescriptivo.

CUARTO.- Finalmente se alude al hecho de tratarse de un delito contra la humanidad y por tanto imprescriptible conforme al artículo 131.4 del Código Penal .

Volvemos a traer a colación la STS 101/2012 donde en relación con la aplicación retroactiva de las reglas de imprescriptibilidad suscritas en determinados tratados internacionales expresa: "la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera mas favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias. Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre , "el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1.999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado"; STS 1026/2009, de 16 de octubre , que refiere un supuesto de penalidad intermedia mas favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio , "es claro que la prescripción de tres años es mas favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior"; STS 149/2009, de 24 de febrero , "es mas si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es mas favorable (en comparación con el de 1.995)"; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: "la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del "tempus regit actum". En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal ." Por tanto si los delitos de lesa humanidad se declaran imprescriptibles a partir de la reforma del artículo 131.4 llevada a cabo por LO 15/2003 , que entró en vigor el 1/10/2004, anteriormente tan solo se consideraba como tal el delito de genocidio, es evidente que habiendo ocurrido los hechos en el espacio comprendido entre los años 1970 y 1988 en que el menor alcanzaría la mayoría de edad, los hechos están prescritos y en consecuencia el archivo acordado resulta correcto sin posibilidad en esta sede penal de acordar medidas cautelares, por lo que procede la desestimación del recurso y confirmación de la resolución recurrida sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación general.

FALLO:

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de 10/04/12 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Cádiz , dictado en el seno de las Diligencias Previa 114/2012, que es íntegramente confirmado con declaración de oficio de las costas procesales de esta instancia .

Devuélvase las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, para cumplimiento de lo acordado, archivándose el rollo.

Este auto es firme y contra el mismo no cabe recurso.

Así, por este nuestro Auto, definitivamente juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.