

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Penal**

**AUTO**

**CAUSA ESPECIAL**

**Nº de Recurso:** 20048/2009

**Fallo/Acuerdo:** Auto Estimando

**Procedencia:** QUERELLA

**Fecha Auto:** 26/05/2009

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

**Escrito por:** IPR

**\*QUERELLA CAUSA AFORADOS\***

***Recurso N°:*** 20048/2009

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

***TRIBUNAL SUPREMO  
Sala de lo Penal***

***AUTO***

***Excmos. Sres.:***

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

**D. Joaquín Giménez García**

**D. Francisco Monterde Ferrer**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

---

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Mayo de dos mil nueve .

Dada cuenta. Conforme a lo previsto en el artículo 198 LOPJ y las vigentes normas de reparto de esta Sala Segunda para el año 2009 aprobadas por la Sala de Gobierno de este Tribunal Supremo, se acuerda que la Sala que ha de resolver sobre la competencia y ulteriores diligencias que puedan presentarse en esta causa, esté constituida por los cinco Magistrados que se relacionan en el encabezamiento de esta resolución.

## **I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de enero pasado tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito del Procurador Don José Carlos Peñalver Garcerán, en nombre y representación del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos "Manos Limpias" formulando querrela criminal por presunto delito de prevaricación contra el Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón Real, Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción número 5 cometido en el ejercicio de su función en relación con las diligencias previas 399/2006 convertido posteriormente en sumario 53/08; Dichas diligencias fueron incoadas por distintas denuncias presentadas ante la Audiencia Nacional el 14/12/06 referidas a supuestos delitos de detención ilegal ocurridos durante los años de la guerra civil (1936-1939) y en la posguerra.

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala núm. 3/ 20048/2009 por providencia de 28 de enero pasado se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta Sala Excmo. Sr. Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar y se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y contenido de la querrela formulada.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 13 de febrero de 2009 en el que DICE:

*"....En cuanto a la competencia, .conforme al artículo 57.1.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial resulta competente para el conocimiento de esta causa la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.- En cuanto al fondo, en el caso de autos no se aprecia que las resoluciones dictadas por el titular del Juzgado Central de Instrucción núm.- 5 de la Audiencia Nacional reúnan los requisitos expuestos dado que no se evidencia que el Magistrado querrellado haya actuado suplantando la "ratio" y el fin de la norma por sus propias y particulares convicciones.- En consecuencia procede declarar la competencia de esa Excmo. Sala y el archivo de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito.....".*

**CUARTO.-** Con fecha 2 de abril pasado, de conformidad con el art. 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acordó recabar del Juzgado Central de Instrucción número 5 la remisión a esta Sala del testimonio de distintos particulares.- Recibidos los cuales el 23 de abril pasado, pasó la causa al Magistrado Ponente para resolución.

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Dos son las cuestiones que esta resolución debe decidir con relación a la querrela criminal presentada: si para su conocimiento es o no competente esta Sala Segunda del Tribunal Supremo; y en caso de serlo, si procede o no su admisión a trámite.

**SEGUNDO.-** El art. 57.1 apartado 3º de la LOPJ de 1 de julio 1985 atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la competencia para conocer de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia. En estas causas se designará entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas.

La querrela criminal presentada lo es contra el Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional por un delito de prevaricación cometido en el ejercicio de sus funciones en ese órgano judicial. Esta condición de la persona contra la que se dirige la querrela determina por lo tanto la competencia de esta Sala para su instrucción, y el enjuiciamiento en su caso de la presente causa.

**TERCERO.-** Con relación a la admisión a trámite, presupuesto previo para la designación de instructor entre los miembros de la Sala, la decisión se contrae estrictamente a determinar si es procedente dar inicial curso procesal a la querrela o si lo es rechazar su sustanciación "a limine"; cuestión que depende de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos que condicionan la inicial idoneidad procesal de la querrela para provocar la apertura de un proceso, y que son independientes del curso y resultado que produzca la causa una vez iniciada:

**A)** En cuanto a los requisitos formales exigidos por el art. 277 de la LECriminal el examen de la querrela evidencia su cumplimiento: el escrito está presentado por Procurador con poder especial, y con firma de letrado; expresa tanto el órgano ante quien se presenta como el nombre del querrellado, con mención de su cargo como titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional; contiene relación circunstanciada del hecho, constituido en este caso por la sucesión de actos y resoluciones procesales que el querellante califica como delito continuado de prevaricación; indica las diligencias que se proponen para la comprobación del hecho; y formula la petición de que se admita la querrela, se practiquen las diligencias de investigación y se adopten las medidas cautelares que en el escrito se indican.

**B)** Respecto a los presupuestos procesales de admisibilidad se aprecia capacidad y legitimación:

La capacidad procesal para la formulación de querrela pública a través de la acción popular la tienen las personas jurídicas. Negada en principio por la antigua jurisprudencia (SS. 18 octubre y 9 diciembre 1919; 15 febrero 1921; 26 marzo 1926) y después aisladamente, por la sentencia de 2 marzo 1982, que interpretó literalmente el término “ciudadano” del art. 101, no hay duda actualmente acerca de esta cuestión, porque tanto la doctrina del Tribunal Constitucional (SS. TC 241/92 y 34/94) como la de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo (SS. 4 marzo 1995 y 26 septiembre 1997) admiten la plena capacidad de las personas jurídicas para el ejercicio de la acción popular.

La legitimación tratándose de querrela pública se reconoce a todo sujeto de derecho con capacidad procesal, pues, a diferencia de la querrela privada en que la legitimación descansa en la cualidad de “ofendido” por la acción delictiva, en la acción popular tiene carácter general: y así el art. 270 de la LECriminal dispone que “todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querrellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta Ley”, y este último precepto establece: “la acción penal es pública; todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley”. La Constitución Española consagra la acción popular en su art. 125, y la LOPJ en su art. 406 establece expresamente que el juicio de responsabilidad penal contra Jueces y Magistrados podrá incoarse por providencia del Tribunal competente o en virtud de querrela del Ministerio Fiscal, o del perjudicado u ofendido, o mediante el ejercicio de la acción popular. Se consagra así la idoneidad de esta acción para producir la incoación del juicio de responsabilidad contra Jueces y Magistrados, con

independencia de que haya o no querrela del Ministerio Fiscal o del perjudicado u ofendido.

C) Por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 de la LECriminal ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda “no constituyan delito”. La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

Como declara el Auto de esta Sala de 11 de noviembre de 2000, “la presentación de una querrela no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal. Para ello es precisa una inicial valoración jurídica de la misma, estableciendo en tal sentido el art. 312 de la LECriminal que la querrela deberá admitirse si fuere procedente, y disponiendo el art. 313 que habrá de desestimarse cuando los hechos en que se funde no constituyan delito. Valoración inicial –añade esta resolución de la Sala- que debe hacerse en función de los términos de la querrela, de manera que si éstos, como vienen formulados o afirmados, no son delictivos, procederá su inadmisión en resolución motivada. Sólo si los hechos alegados, en su concreta formulación llenan las exigencias de algún tipo penal debe admitirse la querrela sin perjuicio de las decisiones que posteriormente procedan en función de las diligencias practicadas en el procedimiento”.

En análogo sentido el TC declara que debe distinguirse entre aquellos supuestos en los que la resolución judicial no excluya “ab initio” en los hechos denunciados las notas características de lo delictivo, y aquellos otros en que sí las excluya. En el primer caso existe un “ ius ut procedatur” conforme al cual deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación. No así por el contrario en aquellos casos en los que el órgano judicial entiende razonadamente que la conducta o los hechos imputados, suficientemente descritos en la querrela, carecen de ilicitud penal (STC 138/1997 22 de julio). En el mismo sentido la Sentencia del TC 96/2001 de 2 de abril declara que “cuando la resolución judicial no excluya "ab initio" en los hechos denunciados las normas caracterizadoras de lo delictivo, deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación, acordadas en el seno del procedimiento penal que legalmente corresponda, de Sumario, Diligencias Previas o Preparatorias, con la consecuencia de que la crisis de aquél o su terminación anticipada, sin apertura de la fase de Plenario, sólo caben por las razones legalmente previstas de

sobreseimiento libre o provisional, conforme a lo establecido en los arts. 637, 641 o en su caso 789.1 de la LECriminal (SS. 108/83, y 148/87)".

En definitiva, la admisión a trámite de una querrela no exige la constancia acreditada de lo que afirma, sino la posible relevancia penal de los hechos que contiene, de suerte que sólo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión "a limine", mientras que, cuando no se excluya "ab initio", habrá de admitirse a trámite la querrela, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde ha de decidirse en su caso el sobreseimiento, si procede.

En este caso la querrela relaciona cronológicamente las resoluciones judiciales dictadas por el querrellado en un proceso penal, desde que el Auto de incoación de 19 de diciembre de 2006 hasta que se inhibe por Auto de 18 de noviembre de 2008. Describe las resoluciones dictadas en todo el proceso y los informes y escritos presentados por el Ministerio Fiscal; y sostiene la querrela que toda la actuación judicial del querrellado se ha realizado con consciente postergación del Derecho y de la Ley y premeditada vulneración del Estado de Derecho, al mantener un procedimiento a conciencia de no ser competente, e incoarlo sabiendo la preexistencia de lo mismo que luego fundamentó su decisión de inhibirse

Este planteamiento, sea o no acomodado a la realidad de lo sucedido, es en su propia formulación la descripción de una acción cuya subsunción en el tipo de prevaricación no es "ab initio" descartable.

**CUARTO.-** Tratándose de querrelas contra Jueces y Magistrados la necesidad de evitar acusaciones infundadas, dirigidas a menoscabar la función judicial y a lograr el apartamiento malicioso del Juez predeterminado por la ley, justificó el antejuicio de los arts. 757 a 778, hoy derogados. La supresión de esta garantía por Disposición Adicional Primera de la LO 5/95 de 22 de mayo y las críticas suscitadas por esa derogación llevó a modificar el art. 410 de la LOPJ, por Ley Orgánica 19/2003, para posibilitar que antes de la admisión de la querrela se recaben los antecedentes que se consideren oportunos a fin de determinar la competencia "así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación".

Esta Sala en el caso presente, ha ejercitado esa facultad y ha traído a la causa testimonios de las actuaciones y resoluciones citadas por el querellante, a fin de determinar mejor la relevancia penal de los hechos de la querrela y su verosimilitud. Y de su contenido resultan los siguientes datos:

1).-Por comparecencias en que se denunciaban desapariciones personales a partir de julio de 1936 acordó por Auto de 19 de diciembre de 2006 la incoación de diligencias previas, y por providencias sucesivas interesó la ratificación de los numerosos denunciantes, resolviendo aspectos de sus personaciones y de la representación y defensa. Estas providencias se sucedieron durante más de un año.

2).- El 1 de febrero de 2008 el Ministerio Fiscal informa al Juzgado que no es competente y que no procede siga admitiendo las denuncias presentadas, que incluían la calificación de delito de lesa humanidad del art. 607 bis del Código Penal de 1995, cuya entrada en vigor es muy posterior a los hechos. El Fiscal razona también sobre la aplicación de la Ley de Amnistía 46/1977 de 15 de diciembre, y resalta la falta de competencia de la Audiencia Nacional en los siguientes términos: *“a mayor abundamiento debe resaltarse que la competencia en el presente caso no corresponde a la Audiencia Nacional atendiendo a las reglas ordinarias que regulan la distribución de asuntos en el orden jurisdiccional penal. Efectivamente – dice el informe- los crímenes contra la humanidad serán perseguibles cuando se hayan cometido en territorio español, obviamente (art. 23.1 LOPJ), pero por el órgano de la jurisdicción que corresponda de acuerdo con los Art. 82.1.1, 87 LOPJ y 14 y siguientes de la LECriminal, que atribuye la competencia para enjuiciar y para instruir, respectivamente, a las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción de todas las causas por delito, salvo aquellas que de forma excepcional se atribuyan a otros órganos judiciales. En este sentido, -añade el informe- ni en el art. 65 LOPJ ni en las normas de competencia complementarias (significativamente la Ley 4/88), contemplan como competencia propia de la Audiencia Nacional la lesa humanidad. Tampoco los delitos comunes manejados, de por sí, son competencia de este órgano judicial, sino de los juzgados del lugar donde se hayan cometido los hechos”*. Y más adelante dice el informe que *“cuando la Audiencia Nacional ha conocido de los delitos de genocidio o tortura lo ha sido en casos en que los delitos han ocurrido fuera de nuestro territorio, bien por ciudadanos españoles, bien por el principio de persecución universal, ex Art. 23.2, 23.4 y 65.1 e) de la LOPJ. En consecuencia no procede a trámite las denuncias presentadas ex art. 313 LECriminal, al no ser competente el Juzgado Central de Instrucción debiendo procederse al archivo”*.

3).- El Juzgado siguió dictando providencias sin resolver su competencia, ordenando a numerosos Archivos e Instituciones el envío de listados de

desaparecidos en la guerra, y recabando para sí el control de las exhumaciones que pudieran estar practicándose.

4).- El 16 de octubre de 2008 dicta Auto en que primero califica los hechos como “crímenes contra las leyes y costumbres de la guerra y leyes de la humanidad” (Fundamento Segundo), luego como “delitos contra la Constitución del Título II del Código Penal de 1932” (Fundamento Segundo), después como “Crímenes contra la humanidad” (Fundamento Cuarto) aunque finalmente termina diciendo: “la calificación jurídica que se acoge (...) es la de un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón del paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad salvando así los problemas de irretroactividad que pudieran aducirse respecto a esta figura” (Fundamento Cuarto).

El mismo Auto pretende salvar los escollos (sic) que plantean la irretroactividad, la prescripción, y la Ley de Amnistía entre otros, y aborda el problema de la competencia en el Fundamento Duodécimo expresando que: “los delitos que aquí se investigan ocurrieron en España en todo o en parte. Por tal motivo la investigación de los hechos aparentemente no sería competencia de este Juzgado pero resulta –añade el auto- que la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de gobierno y los Altos Organismos que lo representaban y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad estuvieran servidos (sic). Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido, de ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros”. El Auto a través del mecanismo de conexión considera que puede conocer de estos delitos aunque no correspondan a la Audiencia Nacional por razón de la materia.

En la parte dispositiva el Auto afirma su competencia para tramitar las diligencias “por los presuntos delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero en el contexto de crímenes contra la humanidad”. Y ordena pedir certificaciones de defunción de treinta y cinco personajes relevantes de la Guerra Civil y de la posguerra “a los efectos de declarar la extinción de responsabilidad penal por fallecimiento”. También acuerda formar un grupo de expertos y un grupo de Policía Judicial, y autoriza exhumaciones.

5).- El Ministerio Fiscal 4 días después, el 20 de octubre, interpone recurso de apelación y entre otras muchas alegaciones referentes a vulneraciones varias del principio de legalidad, de la irretroactividad de la ley penal, y sobre amnistía, entre otras dice sobre competencia: "...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 fundamentos jurídico 12º, pagina 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).

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 de la 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 de la 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 órganos judicial, sino de los juzgados del lugar donde se hayan cometido los hechos.

*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 de la 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 comente fuera de 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 cual 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 de la 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).*

*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 el 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 de se calificado como tal, ha de recordarse que efectivamente el código Penal vigente en el momento de su comisión- contempla esta conducta como un delito contra la forma de Gobierno expresamente tipificado en los arts 167.1 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 sancionada 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 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 comitiva del apartado 6º).*

*En definitiva, aún considerando que los hechos son constitutivos de un delito de rebelión (conforme el CPenal 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 Segunda 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 posguerra 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 CE 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.*

*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) de la LOPJ, no se pueden violar las reglas de la conexión (art. 17 de la 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”.*

**6).-** El 18 de noviembre de 2008 dicta el Juzgado nuevo auto en el que declara “extinguida la responsabilidad por fallecimiento respecto de los delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno así como respecto del delito de detención ilegal con desaparición forzada de personas en el contexto de crímenes contra la humanidad”, de una serie de personajes históricos que seguidamente relaciona, y que ahora ya son cuarenta y cinco; es decir diez más que aquéllos cuyas certificaciones de defunción se solicitaron en anterior resolución. También acuerda la inhibición de la causa a favor de los Juzgados de Instrucción correspondiente por razón del territorio.

**7).-** En definitiva: la investigación sumarial realizada se centró en delitos para los que el Juzgado reconoce carecer de competencia material, salvo por razón de su conexión con otro delito del que se proclama competente, pero que ni está vigente ni investiga, y por el que se incoa el procedimiento, y en cuyo ámbito

declara extinguidas unas responsabilidades penales por razón de fallecimientos, sucedidos notoriamente decenios antes de la incoación, de cuarenta y cinco personas, sobre cuyas acciones no se ha practicado actividad sumarial de investigación alguna. Señalemos que además la extinción de la responsabilidad penal que por fallecimiento dispone el art. 130 1º del Código Penal presupone una sentencia previa de condena que válidamente y en proceso contradictorio haya declarado la responsabilidad penal de cuya extinción se trata. Cuando la muerte es anterior a una condena, y la condena por ello no ha existido, lo que se extingue es la acción penal, lo cual determina que si el proceso estaba abierto porque vivía la persona, se archive de plano, y si no lo estaba, resulte absolutamente imposible incoarlo. (Véase art 115 de la LECriminal y Sª de esta Sala de 22 de marzo de 1993).

**QUINTO.-** Lo expresado anteriormente ratifica la consideración ya hecha en el Fundamento Tercero de que lo afirmado en la querella no es algo que "ab initio" pueda considerarse ajeno al tipo penal de prevaricación, al menos como hipótesis que no se advierte sea ni absurda ni irracional. Esta Sala sin valorar ni prejuzgar lo sucedido, entiende que no se dan las condiciones para rechazar la admisión a trámite de la querella.

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

#### **LA SALA ACUERDA:**

**PRIMERO.-** Declarar su competencia para la instrucción y enjuiciamiento en su caso de esta causa.

**SEGUNDO.-** Admitir a trámite la querella interpuesta por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias contra el Ilmo. Sr. Baltasar Garzón Real Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por el presunto delito de prevaricación. Y conforme al turno preestablecido se designa Instructor al

Magistrado de esta Sala el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, quedando facultado para acordar lo que proceda sobre la prestación de fianza.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

**Juan Saavedra Ruiz**

**Adolfo Prego de Oliver y Tolivar**

**Joaquín Giménez García**

**Francisco Monterde Ferrer**

**Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**