Auto de fecha 26 de mayo de 2009 la Sala Segunda del Tribunal Supremo por el que se admite a trámite la querella interpuesta por el denominado Sindicato de Funcionarios Manos Limpias contra D. Baltasar Garzón Real por el supuesto delito de prevaricación (Publicado el 04/02/2010

Equipo nizkor

http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/garzon42.html

Auto acusatorio en contra del Juez Baltasar Garzón a causa de su declaración de competencia sobrevenida en el caso de víctimas del franquismo

---

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL
Nº: 20048/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre
Procedencia: Querella
Fecha Auto: 03/02/2010

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo
Escrito por: CPB

Causa Especial Nº: 20048/2009
Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Luciano Varela Castro
Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:
D. Luciano Varela Castro

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil diez.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por Auto de fecha 26 de mayo de 2009 la Sala Segunda del Tribunal Supremo admitió a trámite la querella interpuesta por el denominado 'Sindicato de Funcionarios Manos Limpias' contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por el supuesto delito de prevaricación. En la misma resolución, quien suscribe esta resolución fue designado Instructor de esta causa. Posteriormente la Sala rechazó el recurso de súplica interpuesto contra dicha admisión.

2.- Por Auto de 15 de junio de 2009 se admitió a trámite por la misma Sala Segunda del Tribunal Supremo una nueva querella contra el mismo Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real interpuesta por la Asociación Civil 'Libertad e Identidad' acordando su tramitación conjunta, por el mismo Instructor, con la anterior e imponiendo a las entidades querellantes la obligación de actuar bajo la misma postulación y defensa.

3.- La Sala Segunda, en 16 de junio de 2009, decidió no admitir como parte en la causa a D .Pedro González-Bueno porque los hechos objeto de esta causa no pueden causarle perjuicio alguno. La resolución quedó ratificada al denegarse la nulidad de actuaciones pretendida por el citado en auto de fecha 20 de octubre de 2009.

En dicha resolución la Sala advierte expresamente:

"Con relación a la competencia para resolver la personación, debe significarse que la decisión de declarar a alguien como parte en el proceso, es decir como sujeto de la relación jurídico procesal, cuando se trata de parte acusadora no es separable del efectivo ejercicio de la acción penal, a través del acto procesal en que en principio se formaliza -presentación de querella- Aunque tras su admisión se designa al Instructor para sustanciar el sumario con todas sus incidencias, no por ello se traslada a éste la competencia de la Sala de admisión para decidir cualquier otro posible ejercicio de acción penal en el ámbito del proceso incoado" (Fundamento jurídico TERCERO)

El Instructor que suscribe esta resolución había rechazado, en proveído de fecha 18 de junio de 2009, la admisión como acusador particular de D. Rafael Gómez-Jordana, por cuanto el delito objeto del procedimiento no le ocasiona perjuicio alguno. Interpuesso recurso de reforma.

La Sala decidió por proveído de fecha 23 de octubre de 2009 desestimar la pretensión de nulidad formulada por dicho D. Rafael Gómez-Jordana,.al

concurrir las mismas razones que respecto del antes citado D Pedro González-Bueno.

El Instructor, en auto de fecha 23 de octubre de 2009, rechazó la reforma de D Rafael Gómez-Jordana, reiterando su pretensión de ejercer la acusación y dejó sin efecto el proveído de 18 de junio.

4.- Por proveído de 16 de junio de 2009 el Instructor designado tuvo por recibidas de la Sala las actuaciones. Tras resolver sobre la fianza a exigir a los querellantes y sobre la suficiencia de la depositada, así como los recursos sobre su cuantía, y después de recibir testimonio de la decisión de la Sala sobre el recurso de súplica contra la admisión de la primera querella y sobre admisión de la segunda, se señaló el día 9 de septiembre de 2009 para audiencia del querellado , como primera diligencia.

En dicha audiencia el querellado se limitó a contestar a preguntas del Ministerio Fiscal sobre los datos que podrían excluir su propia responsabilidad, de manera acorde a la posición procesal adoptada por dicho Ministerio Fiscal y a las preguntas que le formuló su propia defensa Letrada. Además contestó a algunas preguntas formuladas por el Instructor. El querellado se negó a contestar a preguntas de la parte acusadora.

5.- Tras la anterior, se emplazó a las partes para que propusieran diligencias.

El querellado propuso documental y la acusadora popular propuso también diversa documental. A la admisión de ésta se opuso el querellado. El Ministerio Fiscal nada alegó ni propuso.

Se acordó la práctica de las diligencias solicitadas, en la medida en que se consideraron pertinentes, sin que, en ningún caso, fuese practicada diligencia alguna de oficio por la sola iniciativa del instructor.

6.- Recibidos los documentos requeridos, y puestos de manifiesto a las partes la representación del Ilmo. Magistrado querellado solicitó el sobreseimiento de las diligencias previas en escrito de fecha 17 de diciembre de 2009, reiterando la previa solicitud que había formulado en escrito de 1 de octubre de 2009, entonces desestimada por no hallarse conclusa la práctica de diligencias ordenadas.

En este primer escrito de 1 de octubre de 2009 había hecho alegación de que la imputación se circunscribía a la atribuida injusticia de las resoluciones de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y que los 68 folios de la primera y 152 de la segunda, acreditan que no concurre tal injusticia en las mismas. En el escrito de diciembre denuncia que las diligencias ordenadas exceden de lo que debe ser el único objeto del procedimiento: "las concretas resoluciones que, -específicamente definidas e individualizadas, se consideran como supuestamente injustas". Y acaba formulando queja por el retardo, que estima injustificado, en la tramitación de la causa, impugnado lo alegado por los querellantes y reiterando la solicitud de sobreseimiento.

7.- De la solicitud de 17 de diciembre de 2009 se dio traslado a las partes por providencia de fecha 22 de diciembre de 2009. Advertido error en la unión a este causa de escrito que venía suscrito por quien no tenía la calidad de parte, se ordenó nuevo traslado a las partes indicando que lo era a efectos de alegar lo que estimen pertinente acerca del sobreseimiento interesado por el querellado.

Evacuando el traslado conferido el Ministerio Fiscal, tras rechazar la calificación de la instrucción como inquisitiva o injustificadamente retrasada, estimó que las decisiones del Ilmo. Magistrado querellado no eran constitutivas de prevaricación, ni en cuanto se tuvo por competente ni en cuanto reclamó certificaciones de defunción de algunos denunciados. Solicitó el sobreseimiento al amparo del artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

La parte querellante evacuó el traslado en escritos de fecha 21 y 28 de enero de 2010 estimando concluida la investigación, rechazó las alegaciones sobre retardo injustificado, se reservó las acciones legales pertinentes por la calificación de los querellantes como ultraderechistas e interesó que se denegase el sobreseimiento solicitado. Formuló asimismo que se transformase el procedimiento al cauce del sumario ordinario lo que no justificó o, en su caso, la transformación en procedimiento abreviado con apertura del juicio oral.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1.- Delimitación del **título de imputación** sobre el que versan las querellas admitidas a trámite.

La primera querella admitida a trámite identifica el *título de imputación* que dio lugar a la incoación de la presente causa. En su primer fundamento jurídico indica:

"el artilugio jurídico montado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, de la irretroactividad de la Ley Penal, de la Ley de Amnistía de 15 de diciembre de 1977, y de sus propios actos y Autos… (en referencia a lo decidido en las *diligencias* indeterminadas 70/1988 del mismo Juzgado Central de Instrucción nº. 5) (…) hacen que la conducta del Magistrado-Juez D. Baltasar Garzón Real sea incardinada como *dolosa*….." en referencia al *artículo 446.3º* del Código Penal citado en dicha fundamentación.

Afirma la entidad querellante que ese delito se comete de manera continuada mediante la adopción de *todos los proveídos que discurren desde la incoación* (diciembre de 2006) *hasta la inhibición* (noviembre de 2008).

Posteriormente, por resolución de 26 de mayo de 2009 la Sala II del Tribunal Supremo, competente para el enjuiciamiento penal de Jueces y Magistrados, decidió admitir a trámite la querella tras formular en el fundamento jurídico TERCERO C) el *juicio de relevancia penal en función de los hechos como son alegados.* En él se señala como la querella relaciona cronológicamente las

resoluciones judiciales dictadas por el querellado, y *los informes y escritos presentados por el Ministerio Fiscal*. Y se recoge en el fundamento jurídico QUINTO *que lo afirmado en la querella no es algo que "ab initio" pueda considerase ajeno al tipo penal de prevaricación.*

Este es pues el título de imputación, acotado objetivamente en relación al total contenido de las plurales resoluciones que se indican y no sólo en el parcial aspecto de haberse declarado competente para instruir una causa penal.

La posterior resolución de la Sala Segunda de 15 de junio de 2009, que rechazó la súplica intentada por el querellado -en cuya tramitación, al formular alegaciones, la querellante especificó y concretó las múltiples supuestas vulneraciones del ordenamiento jurídico que aquellas resoluciones del querellado suponían- fija definitivamente el objeto de esta causa.

La Sala Segunda, con diversa composición y en resolución de la misma fecha 15 de junio de 2009, admitió una segunda querella.

Esta nueva querella (argumento jurídico QUINTO) llega a imputar al Magistrado:

"… la persecución de unos fines impropios de un procedimiento criminal, pretendiendo ser el foco de un debate social o si se quiere histórico…

y más adelante añade…

es la explicación jurídica que ofrece la que evidencia que existe un elemento interno en la mente del Magistrado (a sabiendas) que elimina la posibilidad de haber actuado de forma temeraria o imprudente".

Y enuncia todos los motivos que determinan la calificación de prevaricación:

fraude de ley, *aplicar retroactivamente normas penales*, vulnerar el *sistema de fuentes*, *perseguir delitos prescritos*, *no aplicar la ley de Amnistía*, e *incumplir normas de competencia*.

Esta segunda querella fue examinada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada en parte por los mismos y en parte por otros diferentes Excelentísimos Magistrados de los que decidieron la admisión de la querella anterior.

En el Auto de admisión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo emite la siguiente consideración: "*Resulta palmario que la actual querella formalizada por la Asociación ya citada es en todo punto coincidente con la previamente presentada y admitida a trámite por Auto de 26 de mayo citado (de 2009)…"* Y subraya la coincidencia de la persona querellada, de los hechos y la calificación penal (fundamento jurídico segundo párrafo tercero). Hasta el punto de que, no sólo ordena acumular la querella, sino que impone a los querellantes actuar conjuntamente con los anteriores bajo una misma postulación y defensa.

Así queda pues delimitado el objeto de esta causa, que no es otro que

la adopción de plurales decisiones que por múltiples motivos se califican como opuestas al ordenamiento jurídico, desde la consciencia de dicha antijuridicidad y, por ello, eventualmente constitutivas de un delito de prevaricación.

1.2.- Vinculación del instructor a la decisión de admisión a trámite de la querella en la decisión respecto del sobreseimiento solicitado por el Magistrado-Juez querellado.

Para salvaguardar la imparcialidad de los juzgadores, tras la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 de 12 de julio, una sustancial reforma de la legislación orgánica creó nuevos órganos -los Juzgados de lo Penal- para los casos en que la competencia de enjuiciamiento correspondía a órganos judiciales de composición unipersonal. De esta forma las competencias (todas) de instrucción y las de enjuiciamiento quedaban definitivamente atribuidas a órganos judiciales **distintos**.

Cuando en las causas contra aforados la Ley Orgánica del Poder Judicial, así reformada, atribuye la competencia para instruir y juzgar al ***mismo*** órgano de composición pluripersonal [artículos 57.1.2º y 73.3.b)], se limita a **diversificar las funciones de instrucción (algunas) de las de enjuiciamiento** -artículos 57.2 y 73.4- atribuyéndolas a personas diversas.

El designado instructor, de entre los integrantes del órgano colegiado en causas contra aforados, mantiene en relación a éste una posición diversa de la que, en las demás causas, mantiene el Juez de Instrucción respecto al órgano de enjuiciamiento.

A diferencia de éste, el designado Instructor carece de facultades para decidir o denegar la *admisión* a trámite de la querella, y, en consecuencia la *incoación* del procedimiento; para pronunciarse sobre la *admisión de eventuales sucesivas querellas* sobre el mismo hecho, de la que depende la condición de parte del querellante; para la *determinación del objeto* del proceso, al menos en su inicial configuración, o para la *admisión como parte de nuevos sujetos.*

No le compete pues al designado Instructor el juicio histórico sobre el hecho denunciado en términos de mera verosimilitud o falta manifiesta de veracidad, que es lo que se analiza al decidir sobre la iniciación del procedimiento, sino solamente en los términos de probabilidad que justifique la decisión de prosecución del procedimiento hacia la fase de juicio oral.

La decisión de la Sala que admite la querella, además de expresar un juicio sobre la propia *competencia* y una valoración de la *verosimilitud* del hecho, supone ineludiblemente una **determinación de la relevancia penal** de dichos hechos denunciados, cuya incidencia sobre la **autonomía del designado instructor** ha de reconocerse. Éste sigue formando parte del *mismo* órgano judicial por lo que, a salvo de la aparición de datos de hecho nuevos, sus

decisiones no deben incurrir en incoherencia o contradicción cuando, *sobre el mismo objeto,* se pronuncia.

Por ello, respecto al juicio de tipicidad (valoración jurídico-penal del hecho), también está **vinculado** el Instructor por la decisión del órgano colegiado si la investigación no altera la premisa fáctica que aquél tomó en consideración para decidir la iniciación del procedimiento.

El órgano de enjuiciamiento sigue, en efecto, siéndolo de la instrucción, como con nitidez se desprende del artículo 57.1.2ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando dice que "la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo conocerá… de la instrucción y enjuiciamiento…"

La conservación por el órgano de composición colegiada de aquellas importantes atribuciones, que en las demás causas corresponden al Juez de Instrucción, es, no obstante, compatible con la imparcialidad objetiva que se requiere para el juzgador (vid. sentencias del Tribunal Constitucional nº 36/2008 de 25 de febrero o la nº 156/2007 de 2 de julio).

Como es también compatible que, en el procedimiento ordinario, la Sala de enjuiciamiento tenga atribuida la facultad de decidir sobre la suficiencia de la investigación y la apertura del juicio oral (artículo 632) o la de realizar una búsqueda de acusador (artículo 644) (vid STC 54/1985 de 18 de abril) o la de truncar el juicio, pese a la persistencia de acusación, si no comparte el juicio de tipicidad (artículo 645) o, en fin, por el contrario, mantenga la potestad de ordenar la continuación del procedimiento para celebrar el juicio si disiente de la conformidad de las partes sobre la pena solicitada (artículo 655). Ni siquiera la decisión de recursos devolutivos desprovee de aquella imparcialidad objetiva al órgano del juicio (STC 50/1996 de 26 de marzo), salvo que, al resolverlos, exprese un juicio prácticamente idéntico al de *culpabilidad* (STC 162/1999, de 27 de septiembre).

Ciertamente en el procedimiento abreviado se atribuye al Juez Instructor la decisión sobre la suficiencia de la investigación y la, implícita, de improcedencia de sobreseimiento, cuando acuerda seguir el trámite de preparación del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el actual artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tal decisión implica, en cuanto al juicio histórico, pasar de la mera posibilidad a la probabilidad de verdad de la imputación. Pero tal diversidad no ocurre en cuanto al juicio de tipicidad o sobre la subsunción del hecho en la norma penal. Porque el juicio de tipicidad no es susceptible de esa escala en cuanto a la certeza de quien lo emite.

Respecto al juicio por el que los datos de hecho se *subsumen* en la norma penal el **legislador no toma en consideración eventuales dudas antes de la fase de enjuiciamiento.** Quien decide ha de hacerlo siempre con exigible certeza. Si se excluye la tipicidad debe decidir o bien la no admisión de la denuncia o querella, o, posteriormente, el sobreseimiento libre. La duda, no superable, acarrea la misma consecuencia que la certeza de la exclusión de la

tipicidad. Por ello, en tal caso, también habrá de no admitirse la querella o denuncia, sin que pueda aceptarse, so pretexto de ausencia de certeza en la subsunción, un sobreseimiento provisional si aquella fue inicialmente admitida. El artículo 637.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no tiene correlato en el 641 de la misma.

En consecuencia, si la actividad investigadora del Instructor no ha añadido nuevos datos de hecho, significativos o sustanciales, a los que ya conocía quien decidió la admisión de la querella o denuncia cuando ordenó incoar el procedimiento, es evidente que, de la misma manera que el Instructor no puede contradecir la decisión sobre la competencia de la Sala, ni la pertinencia de iniciar el procedimiento contra el aforado, el sentido de la decisión del Instructor que cierra la fase previa vendrá determinado por el juicio de relevancia penal del hecho objeto de la querella admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite.

Puede concluirse, por tanto, que

respecto de aquellas valoraciones asumidas en las decisiones previas al juicio que adopta el órgano de enjuiciamiento que no le inhabilitan para juzgar, el Instructor solamente está desvinculado si puede fundar su decisión en datos de hecho *nuevos*, *diversos* y de *contraria significación* a los que aquel órgano del juicio tuvo a la vista cuando dictó las indicadas resoluciones previas al juicio oral.

2.- LOS DATOS APORTADOS POR LA INSTRUCCIÓN NO HAN ALTERADO LOS HECHOS TOMADOS EN CONSIDERACIÓN POR LA SALA AL ACORDAR LA ADMISIÓN A TRÁMITE DE LAS QUERELLAS.

2.1.- Datos que determinaron la **relevancia penal** del hecho objeto de la querella origen de este procedimiento

En el Fundamento Jurídico CUARTO de la resolución de la Sala que admitió a trámite la querella, se señalan los siguientes datos como penalmente relevantes:

A) el contenido del **Auto dictado por el Ilmo. Magistrado querellado de 19 de diciembre de 2006** incoando diligencias previas;

B) el **informe del Ministerio Fiscal de 1 de febrero de 2008** contrario a la competencia y a la decisión de admisión de las sucesivas denuncias que seguían presentándose sobre los mismos hechos, el cual se fundaba en la plena aplicabilidad de la Ley de Amnistía 46/1977 y en la falta de competencia objetiva de la Audiencia Nacional;

C) la magnitud de la información **recabada por el Magistrado-Juez Central de Instrucción, antes de resolver sobre la propia competencia**, mediante múltiples proveídos, que ordenaban a numerosas Instituciones la remisión de información sobre desaparecidos y anunciaban el ulterior control de las exhumaciones;

D) el contenido del **Auto de 16 de octubre de 2008,** en el que el querellado asume la competencia, pese a los "escollos" que representaba la irretroactividad de normas, la prescripción de delitos y la extinción de responsabilidad penal por razón de la Amnistía, y en el que, además, autoriza la práctica de exhumaciones, y

E) el contenido del **Auto de 18 de noviembre de 2008,** dictado tras haberse interpuesto ya por el **Ministerio Fiscal recurso de apelación** contra la anterior resolución de 16 de octubre, en el que, se inhibe a favor de múltiples Juzgados tras declarar extinguida la responsabilidad de diversas personas por el concreto "delito contra altos organismos de la Nación y forma de Gobierno".

La concreción de la autonomía de este Instructor que ha quedado expuesta nos obliga a dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Ha implicado la investigación alguna rectificación de los datos considerados por la Sala cuando, al admitir a trámite la querella, valoró su relevancia penal?

2.2.- La investigación practicada en este procedimiento ha **verificado tales datos.**

La investigación ha consistido fundamentalmente en la declaración del querellado y en la aportación por éste de un amplio testimonio de la causa en que dictó sus resoluciones, luego ampliado por la aportación, a instancia de la parte acusadora, de la versión digitalizada de casi la totalidad de dicha causa.

A) Sobre la resolución del querellado, de 19 de diciembre de 2006, que ordenó la incoación de Diligencias previas

Las denuncias origen del procedimiento incoado por el aforado ponían en conocimiento del Juzgado que el 17 de julio de 1936 se había producido en España lo que alguna de aquellas denominó "sublevación milita" a la que siguió, entre otras consecuencias, la causación de muertes y la desaparición de multitud de personas como consecuencia de un plan preconcebido y sistemático de eliminación de enemigos políticos.

Los denunciantes invocaron el derecho a conocer la ubicación de los restos de las víctimas de aquellos hechos calificados en algunas denuncias como delitos de lesa humanidad.

Es de resaltar que aquellas denuncias no estimaron oportuno aludir a que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito "contra la forma de gobierno".

En sus denuncias consideran que la responsabilidad de detección de las fosas en que se encuentran los restos de las personas asesinadas incumbe al Estado. y se quejan de que éste no asuma tal obligación.

Se presentaron las denuncias después de que, en el mes de julio de ese año, se aprobase la ley 24/2006 de 7 de julio, que declaró 2006 como "año de la

Memoria Histórica" y, como recuerda la denuncia de "Nuestra Memoria Sierra de Gredos", el Gobierno presentara un **proyecto de ley**, calificado por la Comisión Constitucional en el mes de septiembre, que valoran como **insatisfactorio**.

La formulada por "Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo" advierte al respecto del carácter privado de las búsquedas de fosas, de que los Juzgados sólo han intervenido cuando se conocía la existencia de restos y que luego han sobreseído los procesos penales abiertos por estimar prescrito el delito, así como que el proyecto de ley -que luego sería la ley 52/2007- sigue dejando a la iniciativa particular la localización de las fosas e identificación de las víctimas que padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura.

Los denunciantes acaban recabando fundamentalmente investigaciones que permitan **conocer** lo ocurrido y la **reparación** a las víctimas, incluyendo la efectividad de las **exhumaciones**, y, salvo alguna referencia genérica a la punición de los hechos, omiten instar para su momento la imposición de penas a personas determinadas.

En lo anterior coinciden sustancialmente las siete primeras denuncias presentadas en diciembre de 2006, que dieron lugar a la incoación de las diligencias previas. La presentada por la "Asociació per a la recuperación de la memòria histórica de Cataluña", aunque concluye con una genérica petición de averiguación y punición de los hechos, advierte previamente que de lo que se trata es "**requerir a la Administración de Justicia para que asuma un papel activo en la localización** de las fosas, exhumaciones, identificación de restos y restitución a sus familiares…". La denuncia de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón" no oculta que, además de la "averiguación y comprobación" lo que requiere es "que se inste a los poderes públicos la implantación de un órgano independiente que conozca, coordine, dirija y practique cuantas diligencias sean necesarias para reparar legalmente a las familias, que han requerido nuestra intervención, teniendo en cuenta que dichas **familias no cuentan con los medios necesarios**…" La ARMHM mallorquina manifiesta que "considera que ésta (la actividad de localización y exhumación de fosas comunes) es una **tarea que incumbe al Estado**…" lo que justifica por el carácter criminal de los hechos que dieron lugar a la existencia de las víctimas y es "por todo ello, (por lo que) **pedimos el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas** enumeradas …", perspectiva que explica la inclusión de un pedimento de determinación de responsabilidades penales. La particular de Doña Carmen Dorado proclama que "conscientes de que por el tiempo transcurrido resulta casi imposible hallar a los Autores materiales e intelectuales"…pero pese a ello indica la verdadera finalidad de la denuncia "no es menos cierto que sí sería posible establecer las reales circunstancias de tales muertes, y en concreto la de don Luis Dorado Luque, y de las maquinaciones posteriores para ocultarlas y asegurar la impunidad que aún persiste…" generando por tanto una responsabilidad patrimonial (de los diversos Gobiernos) que la familia planteará en breve".

El 19 de diciembre de 2006 (folio 167), se decide por el querellado **incoar Diligencias Previas** y que se ratifiquen los denunciantes, limitándose a hacer referencia a que los hechos pueden ser constitutivos de *un delito* respecto del cual **no realiza el más mínimo esfuerzo de calificación.** Y aunque acuerda que se **oiga al Ministerio Fiscal** sobre la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los hechos denunciados**,** aplaza la reclamación de tal Informe hasta **después de** que las denuncias sean ratificadas ante el Juez Instructor.

Abre así un periodo de tiempo en el que se suceden diversas resoluciones que se limitan a tener por hechas ratificaciones u ordenar que se practiquen otras en relación a nuevas denuncias, que, alcanzan la cifra de quince más antes de la resolución del 16 de octubre de 2008, a la que después nos referiremos (enero de 2007 -folio 227- 22 de febrero de 2007 -folio 250- 9 de marzo de 2007 -folio 265- 22 de agosto de 2007 -folio 402- y 7 de octubre de 2008).

Durante este extenso período de tiempo (diciembre de 2006 a octubre de 2008) el Juez Instructor querellado no promueve la más mínima actuación procesal de investigación, ni dispensa la más mínima protección a denunciante o víctima alguna.

B) El **Informe del Ministerio Fiscal**

El día 8 de noviembre de 2007 se presentó ante el Consejo General del Poder Judicial por la representante de la *Asociació per la recuperació de la memoria histórica de Mallorca* denuncia o queja por el retraso en la tramitación de la causa. De dicha denuncia tuvo conocimiento el querellado con tiempo suficiente para responderla en fecha del día 17 siguiente (así deriva del testimonio aportado por el querellado de la resolución del Consejo General del Poder Judicial en la que se le comunica que no estimó que existiera infracción).

Es en proveído de fecha del *16 de noviembre de 2007* (folio 419) cuando, tras once meses de inactividad procesal, **ordena el Juez Instructor, ahora sí, hacer efectivo el traslado al Ministerio Fiscal** recabando la emisión de su informe sobre competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los hechos.

Se constata así que, si bien la demora en el traslado al Ministerio Fiscal se pretendía justificar por la sucesión ininterrumpida de denuncias y subsiguientes órdenes de ratificación, su efectividad, pese a que aquel proceso de denuncias y ratificaciones seguía inconcluso,. permite inferir que solamente la denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial movió al querellado para recabar dicho informe.

El Ministerio Fiscal emite su Informe el 1 de febrero de 2008 en el sentido de entender, aunque sin vincular al Ilmo. Magistrado querellado, que no **procede admitir a trámite las denuncias y, además, advierte que la Audiencia Nacional carece de competencia para conocer de las mismas y** que la **tipificación de los delitos de lesa humanidad no es susceptible de aplicación retroactiva** (con referencia de la Sentencia del TS de 1 de octubre

de 2007). Añade que la L**ey de Amnistía es aplicable en toda su amplitud** y que **no cabe atribuir competencia** a la Audiencia Nacional, ni siquiera *ex delicto laesa humanitatis* no incluido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que no era tampoco aplicable **el fuero por persecución universal**, ya que los delitos denunciados se habrían cometido en España.

Entre tanto las Cortes aprobaron, y fue promulgada, la **Ley 52/2007 de 26 de diciembre**, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, conocida en el debate público como *Ley de Memoria Histórica*.

Resulta notorio, por el debate público generado al respecto, que su **contenido no satisfizo las expectativas** de un buen número de organizaciones sobre la Memoria Histórica.

Pese al informe del Ministerio Fiscal, el querellado mantiene la misma actitud reflejada en anteriores proveídos, -**no investigar y no proveer auxilio alguno a ninguna de las víctimas o sus familiares**- acordando ahora el traslado de ese informe a las partes personadas, mediante providencias de los días 4 y 26 de febrero de 2008 (folio 441 y 450) y 22 de mayo de 2008 (folio 813). Y sigue **retrasando, otros varios meses más, la decisión sobre su cuestionada competencia.**

C) <u>Magnitud enorme de la información procurada, aunque circunscrita solamente a la existencia de fallecimientos y localización de las víctimas</u>

El *<u>23 de junio de 2008</u>* (folio 838) el querellado, omitiendo tomar en consideración el informe del Ministerio Fiscal, activa por primera vez el procedimiento, ordenando una serie de actuaciones, a las que no atribuye expresamente naturaleza de "diligencias a prevención", pretextando que se dirigen a "**poder resolver sobre competencia",** para lo que estima necesario conocer: **a)** *número* de desaparecidos a partir del 17 de julio de 1936, **b)** *identificación* de los casos de desaparición de personas "que continúan hasta el día de hoy" y **c)** si han existido *denuncias* por las desapariciones.

En igual sentido dicta posteriores proveídos en 17 de julio (folio 892), 28 de agosto (folio 1316) 2 (folio 1333), y 25 (folio 1493) y 26 de septiembre de 2008 (folio 1689).

En ellas, retrasando resolver sobre la competencia, que implícita y provisionalmente ya había asumido más de año y medio antes, al ordenar la incoación de Diligencias Previas, decide recabar información a:

- Los **denunciantes**, a quienes reiterará el requerimiento de que presenten relación sistemática de personas desparecidas y ubicación posible de las mismas, así como datos sobre hallazgos. Y les requiere para que indique personas o instituciones que practiquen o vayan a practicar *exhumaciones* para *"que puedan ser controladas por este Juzgado"* tras resolver sobre competencia. (folio 1316 y 1319).

- Múltiples organismos e Instituciones. Requiriendo información sobre el *organismo que pueda determinar el número de desaparecidos, detallando en lo posible la identificación de los casos y si han existido denuncias,* se dirige a **Ministerio del Interior, Ministerio de Defensa**, **Archivo Histórico Nacional**, **Archivo General de la Guerra Civil Española** dependiente del Ministerio de Cultura, y **Archivo General de la Administración;**

- a la **Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos y a la Delegación del Patrimonio Nacional en San Lorenzo del Escorial** recabando información sobre las *personas enterradas* en tal lugar, *procedencia geográfica* de los restos y *causas del enterramiento allí*;

- **Alcalde de Granada, Alcalde de Córdoba, Alcalde de Sevilla, Alcalde de Madrid y Rector de la Universidad de Granada** interesando información que incluya *nombre de personas enterradas en fosas comunes a partir del 17 de julio de 1936 como consecuencia directa del "alzamiento nacional", circunstancias y hechos que concurrieron para estos enterramientos masivos, fecha de los mismos y si las muertes constan en algún registro público;*

- **Centro Documental de la Memoria Histórica dependiente del Ministerio de Cultura** recabando informe sobre ficheros del **Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo** *y sobre eventuales estudios en relación a las desapariciones o exilios de personas juzgadas por dicho Tribunal, y se facilite el acceso ala Policía Judicial que designará para los exámenes de tal documentación;*

- nuevamente, al **Ministerio de Defensa** se le amplía el anterior requerimiento, que le había enviado, ahora para que lo amplíe a la información obtenible de los Tribunales militares;

- **Dirección General de los Registros y del Notariado** recabando informe sobre documentación eventualmente existente en dicho centro sobre las mismas *desapariciones*. Interesando que comunique el deber de facilitar el acceso de la Policía Judicial a designar por el Juzgado a **todos y cada uno de los Registros Civiles de España;**

- también para la *identificación de las posibles víctimas desparecidas* en la fecha antes indicada se dirige a la **Conferencia Episcopal Española** para que, ordenándoles faciliten el acceso a la Policía Judicial a designar por el Juzgado, se dirija, a su vez, a **todas y cada una de las parroquias de España.** Requerimiento mudado por el de que la Junta o la Conferencia Episcopal, se dirija, para que a su vez ellos reclamen de dichas parroquias y registros de las mismas, facilitando información sobre el objeto del proceso a **Cada uno de los Ordinarios de las diferentes diócesis españolas;**

- para que facilite bases de datos de *muertos y desparecidos en combate durante la Guerra Civil española* y facilite el *acceso a funcionarios de Policía judicial* a designar por el Juzgado, se dirige a **Centro Documental de la Memoria Histórica;**

- se reitera oficio a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que, a fin de que faciliten la información, ordene a la remisión de la misma a **Registro Central de Ausentes y todas las Cabeceras del Colegio Notarial de España**;

- solicitándole datos de los *fondos documentales* que especifica (fondos judiciales de los Tribunales de Justicia de Madrid desde 1936**,** fondos del antiguo Ministerio de la Gobernación referidos a traslados de restos al Valle de los Caídos, listados de exhumaciones de restos en los fondos del Gobierno Civil de Madrid, documentos referidos a Jurisdicciones especiales, fondo documental de Auxilio social y relativos a la Organización sindical) se dirige nuevamente al **Archivo General de la Administración;**

- ampliando información sobre fondos documentales ordena dirigirse a **Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Madrid y Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid;**

- Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas para que en relación al Fichero de penados remita toda la información disponible de la *vida penal de los detenidos como consecuencia de la guerra*, juzgados y condenados y fallecidos por "causas comunes" en prisión;

- Ministerio de Asuntos Exteriores recabando información obrante en los fondos documentales de las representaciones diplomáticas del Gobierno de la República en el exilio existentes en la embajada de España en México;

- se dirige oficio a **la Vicepresidencia Primera del Gobierno** para que se dirija **los diferentes órganos ministeriales** recabando informe sobre si *falleció, emigró o se halla en paradero desconocido cada uno de los funcionarios separados de la función pública durante y después de la guerra;*

- recabando similar información se dirigen oficios a **Archivo general de Ávila, Archivo General de Segovia, Archivo militar de Guadalajara, Presidente del Tribunal Militar Central y Tribunales Militares Territoriales;**

- y al **Gobierno Vasco** le requiere también para que le envíe el listado de personas desparecidas como consecuencia del "alzamiento nacional".

D) Sobre el Auto de 16 de octubre de 2008 por el que el Juez Instructor querellado asume la competencia para la investigación de los hechos

1º.- El mismo establece las siguientes **premisas:**

a) el propio Auto recoge que las denuncias -las siete primeras y las quince siguientes- presentadas a esa fecha, lo son por el **delito de detención ilegal**, basadas en un **"plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos"**, siquiera, rebatiendo al Ministerio Fiscal, alguno de los denunciantes afirma que también cabe calificar los hechos de genocidio;

b) y se cuida de advertir que el instructor **no** se propone **hacer una revisión en sede judicial de la Guerra Civil** sino que acota el proceso al delito de "desaparición forzada de personas";

c) afirma que se ha cometido un delito previsto en el Código Penal de 1932 (citando el Titulo segundo del mismo y no artículos concretos) contra la forma de gobierno y contra personas que ostentaban responsabilidades en Altos Organismos, para añadir que este delito era **medio o paso indispensable** para ejecutar las decisiones sobre desapariciones forzadas y eliminación física de miles de personas.

En definitiva concluirá que los hechos denunciados son constitutivos de **un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación** (fundamento jurídico tercero in fine) que califica de *conexo* (fundamento jurídico duodécimo, párrafo penúltimo) con la **totalidad** de los **delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero del detenido,** en el *contexto* **de crímenes contra la Humanidad,** (fundamento jurídico cuarto in fine) sin más restricción que la cronológica acotada entre los años 1936 y 1952.

2º.- Como consecuencia establece el siguiente contenido que se refleja en cuatro tipos de **decisiones**:

a) aceptar la competencia para tramitar **un único** procedimiento, respecto a la totalidad de las denuncias, sin exclusión de hechos que afecten a personas diversas de las referidas en aquellas, que seguirá el cauce de las Diligencias Previas y que tendrá como objeto los hechos denunciados;

b) determinar como sujetos pasivos del proceso, es decir **personas eventualmente responsables**, (fundamentos jurídicos sexto y decimotercero): 1º) sujetos probablemente fallecidos integrantes de las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra y gobiernos sucesivos, y 2º) sujetos que sean identificados como dirigentes de lo que califica como estructuras paramilitares, entre las que señala a la Falange Española, desde el 17 de julio de 1936 a 31 de diciembre de 1951. Respecto de los primeros **recaba certificación de defunción** y para identificar a los segundos expide oficio al Ministerio del Interior;

c) fija como objetivos del procedimiento (fundamento jurídico décimo sexto) la "**búsqueda y localización para, en un tiempo razonable, ofrecer a las víctimas, interés prioritario en este momento, una respuesta acorde con las peticiones deducidas".**

Para ello se dispone a componer sendos grupos de expertos y de Policía Judicial. Respecto a este último remite **oficio al Sr. Comisario Jefe de la Comisaría General de Policía Judicial en 20 de octubre de 2008**.

El contenido de este oficio es bien revelador de cual es el verdadero objetivo que, en relación con la causa que instruye, determina el Ilmo. Magistrado querellado a la actuación policial:

Por un lado les advierte que su actuación "deberá estar coordinada con el Grupo de Expertos **para facilitar el trabajo a éstos** y, en su caso**, seguir las instrucciones técnicas de los mismos, facilitándoles todos los resultados obtenidos";** y además que tengan en cuenta la actividad que pueda estar desarrollando la Administración en *otros* ámbitos, coordinándose y evitando solapamientos. Es obvio que ni de los expertos ni de la Administración era esperable una investigación de hechos a efectos de represión de delitos.

Pero más revelador es que la *averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte* se indique en el oficio que se "tendrá **en su** *labor"* de "**localización y sistematización de víctimas"**, expresión que revela la jerarquización de objetivos.

Y más significativo, si cabe, es que culmine el oficio indicando que la *"investigación hasta que se acredite suficientemente la comisión de los hechos denunciados"* deberá continuar, pero no ya bajo la dirección del Ilmo. Magistrado querellado, sino "**bajo al directriz de la autoridad judicial competente",** obviamente "otra" diversa de la suya**.**

d) simultáneamente, adopta resoluciones por las que ***autoriza*****, ya desde ese mismo momento, determinadas exhumaciones, cuya práctica *regula* bajo el enunciado de determinados principios**, y, en cuanto a otras, decide dirigirse a la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha recordándole la obligación de cooperar, y a la Junta de Extremadura, Diputación de Badajoz, Universidad de Extremadura y Ayuntamiento de Mérida requiriéndoles información y colaboración. Asimismo **recaba información** sobre otros datos concretos, algunos **tendentes a *decidir si suprime la construcción* de 119 viviendas en La Palma del Condado** de Huelva o el ***derribo* de la cárcel de Carabanchel**.

Para la práctica de estas exhumaciones decide **exhortar a los juzgados territorialmente competentes.** Competencia, se entiende, referida solamente a dicho auxilio judicial

E) <u>Sobre el Auto de 18 de noviembre de 2008</u>

El Magistrado querellado conocía por los medios de comunicación que el Ministerio Fiscal se proponía recurrir su decisión de 16 de octubre de 2008. Así lo reconoce el querellado en el informe que el 19 de noviembre siguiente remite a la Audiencia Nacional, en relación a la queja del Ministerio Fiscal sobre la no admisión de aquella apelación.

Y adopta entonces una serie de **decisiones que, al mismo tiempo que permiten realizar el objetivo fijado en la resolución recurrida de 16 de octubre, obstaculizan objetivamente la pronta y posible revocación de dicha resolución**.

Y así, pese a no concurrir ningún dato nuevo, decide el querellado **transformar el procedimiento** seguido hasta entonces para seguir en adelante el que regula el Sumario Ordinario, datando el correspondiente Auto con fecha **17 de**

octubre de 2008. El régimen de recursos devolutivos de tal tipo de procedimiento exige la interposición de la previa reforma, que demora la decisión de aquellos. Lo que el querellado no ignoraba, ya que, precisamente, va a fundar en ello la resolución de 23 de octubre, por la que no admite a trámite del recurso de apelación directa, que el Ministerio Fiscal interpuso el día 20.

Pero el Ministerio Fiscal, por *escrito de 21 de octubre de 2008*, ya había acudido al remedio del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para instar a la Audiencia Nacional a que pusiera fin a la actividad, pretendidamente investigadora, del querellado y, por ello, a las actuaciones sobre exhumaciones que, con el pretexto de aquella, había sido asumida por el Ilmo. Magistrado querellado.

El día **22 de octubre el querellado**, pese a no tener obstáculo para elaborar el complejo Auto del día siguiente, en que rechaza la admisión de la apelación, decide **pedir** a la Audiencia Nacional **aplazamiento** para emitir el informe previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, -que implica igual demora para la resolución por la Audiencia- al tiempo que adelanta que, por razones de salud, permanecerá de baja desde el día 27. Fecha en que fue sustituido, sin que el Ilmo. Magistrado que le sustituyó decidiera revocar o detener la actuación que el Juzgado Central nº 5 ya había desplegado.

La Sala Penal de la Audiencia Nacional decide, sin embargo, el día 7 de noviembre requerir al Juez Central núm. 5 para que *paralice todas las actuaciones acordadas en el sumario, y en particular las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resuelva la cuestión de la competencia,* cuya efectividad se ve demorada por una pregunta que el sustituto del querellado decide elevar a la Sala y cuya respuesta deja sobre la mesa en proveído del día 14 de noviembre.

Reincorporado a su destino de la baja laboral días antes anunciada, justificada con prescripción médica, el Ilmo. Magistrado querellado dicta, al día siguiente, el *Auto de fecha 18 de noviembre de 2008*, antes incluso de informar a la Audiencia en la cuestión de competencia (lo que haría al día siguiente).

Anticipándose a la previsible decisión que la Sala pudiera tomar sobre su competencia, el Magistrado querellado resuelve:

a) declarar, en relación al delito contra Altos Organismos de la Nación y Forma de Gobierno, la **extinción de responsabilidad** personal de los sujetos a los que tiene ya por fallecidos;

b) dado que aquél era el único delito en que trataba de justificar su competencia, **se inhibe** respecto de otros delitos a favor de diversos Juzgados atendiendo al criterio de que en su circunscripción se ubiquen fosas identificadas en el procedimiento.

No obstante el sentido y alcance de tal decisión, el querellado utilizó también esta nueva resolución para tratar de justificar su comportamiento procesal

precedente con una amplia reiteración y ampliación de los argumentos ya expuestos en el Auto de 16 de octubre de 2008.

Finalmente, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, aceptando la queja del Ministerio Fiscal, estableció en resolución de 2 de diciembre de 2008 que el Juzgado Central nº 5 servido por el Ilmo. Magistrado querellado no era competente para instruir la causa, dejando, de manera expresa, totalmente imprejuzgada la cuestión del carácter delictivo o no de los hechos a los que se refería el procedimiento.

Con el relato precedente estamos en condiciones de responder a la pregunta que encabezaba este apartado:

Este Instructor designado estima que la investigación no ha reportado ninguna información que suponga cambio en los datos ya valorados por la Sala al admitir las querellas.

Ni sobre la realidad de las decisiones atribuidas al querellado, ni sobre su contenido ni, en fin, sobre el elemento fáctico, aunque subjetivo, del conocimiento de que su actuación procesal contrariaba el Derecho.

Hechas estas consideraciones cabe ya anticipar, como se dijo, que la petición de sobreseimiento no puede ser atendida por las razones que, a continuación, se exponen.

De otra suerte se estaría contradiciendo el juicio de relevancia ya hecho por la Sala, por provisional que fuera, como juicio sobre las consecuencias de los hechos objeto de dicha valoración, pese a permanecer estos incólumes.

3.- ***EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA***

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo las siguientes líneas básicas sobre el delito de prevaricación judicial:

a) Separada ahora de la tipificada para los funcionarios en general, responde al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y de ello se derivan dos consecuencias importantes (STS nº 2338/2001 de 11 de diciembre) : **1ª.-** La mayor **gravedad** de la prevaricación judicial respecto a la del funcionario y **2ª.-**Que **no cabe trasladar a la judicial la exigencia representada por los adjetivos -*"esperpéntica" o que "pueda ser apreciada por cualquiera"***- solamente requeribles cuando se trata de la prevaricación de los funcionarios. *Un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica, no puede ser tratado como un funcionario* (STS 2/99 de 15 de Octubre) [a la hora de valorar la razonabilidad de sus decisiones];

b) Previene sobre el subterfugio del prevaricador, técnico del derecho, que busca en la desmesura del discurso velar la antijuridicidad de su comportamiento, de suerte que, *"....**en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores** del carácter antijurídico del acto…" (SSTS **);*

c) la **inaceptabilidad de una concepción subjetivista** del delito de prevariación (STS 102/2009 de 3 de febrero) que requiera que el juez aplique el Derecho o dirija el procedimiento conscientemente en contra de su convicción respecto del Derecho aplicable, en contra de la interpretación del Derecho que él mismo asume pero de la que se aparta;

d) cómo la concepción objetiva, que exige la aplicación del Derecho sustantivo o procesal de forma que no resulta objetivamente sostenible, con una indudable infracción de aquél, habría de matizarse con las aportaciones de la denominada *teoría de los deberes,* que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las *normas de contenido impreciso*. En estos supuestos, y en los de decisiones sobre facultades discrecionales, se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la Autorización, y **decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o usual en la práctica jurídica;**

e) caracteriza el delito de prevaricación judicial, conforme dijimos en la reciente Sentencia 1243/2009 de 29 de octubre, la *activa obstrucción beligerante para impedir la efectiva aplicación de la voluntad legislativa;*

f) en relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, que arranca en las SSTS de 14 de Febrero de 1891, 21 de Enero de 1901, y tiene continuación en las SSTS 1/96 de 4 de Julio en Causa Especial 2830/94, 155/97 y la última, más completa y reciente la 2/99 de 15 de Octubre en Causa Especial 2940/97, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles.

En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el *"....apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho....";*

g) por ello, el elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial.

La conciencia del Juez, no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho;

h) la *irrelevancia de que otros jueces, relacionados con el proceso en que se comete la prevariación, no estimasen que ésta hubiera tenido lugar* (Sentencia de este Tribunal Supremo 2/1999 de 15 de octubre).

Carece de todo apoyo en la ley y en la doctrina la tesis -que es consecuencia del subjetivismo extremo ya señalado- según la cual el delito de prevaricación requeriría como condición objetiva de punibilidad o de perseguibilidad que otros Jueces lo hayan denunciado. La no aplicación por ellos del artículo 407 LOPJ no puede justificar ex post facto las decisiones o medidas arbitrarias de otro Juez.

Tal doctrina ha sido ya ponderada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando, como Sala de admisión, examinó los datos descritos en las querellas y de los que dejamos dada cuenta en el precedente apartado de HECHOS, y, en su virtud, decidió admitir las querellas origen de estas actuaciones.

Si no cabe al Instructor revisar dicha ponderación, al no haber aparecido durante la instrucción hechos nuevos que lo justifique, sí le incumbe la exposición, siquiera concisa, de las razones que la avalan en cuanto éstas justifican la decisión que hemos de adoptar en este momento del procedimiento, sobre la improcedencia del sobreseimiento solicitado.

4.- *LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR EL QUERELLADO SON OBJETIVAMENTE CONTRARIAS A DERECHO*

Si bien la resolución de 16 de octubre de 2008 en la que, contra el criterio del Ministerio Fiscal, el Magistrado querellado mantuvo la competencia de la Audiencia Nacional para la investigación y enjuiciamiento de los hechos denunciados, constituye el *momento culminante* de esa antijuridicidad, ésta se manifiesta también *en cada uno de las cinco referencias fácticas* que hemos examinado antes desde esa perspectiva histórica y que ya consideró la Sala Segunda de este Tribunal, al admitir a trámite las querellas, en su juicio de tipicidad.

Que la admisión por la Sala de sendas querellas predetermine de alguna manera tal conclusión, no excluye que proceda ahora la justificación de tal juicio de tipicidad, como, por otra parte, reclama el derecho a la tutela judicial efectiva para así dar fundada respuesta a la reiterada petición de sobreseimiento formulada por la representación procesal del querellado.

A) La incoación de *Diligencias previas,* a consecuencia de las iniciales denuncias, no estaba justificada.

El Magistrado querellado incoó las DILIGENCIAS PREVIAS 399/2006 pese a albergar serias dudas sobre su competencia. Así se deduce de que en el Auto de incoación no aparezca referencia expresa alguna, ni tan siquiera provisional, al título delictivo que justificaba la asunción de competencia, y a la previsión expresa de una ulterior petición de informe al Ministerio Fiscal cuya fecha quedó sin fijar.

Por graves que estimase los hechos denunciados, y así lo estimaba, según manifestó en su declaración como querellado, con tal actitud estaba ya prescindiendo de una clara doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, que no podía desconocer, que reiteradamente proclama que la competencia de la Audiencia Nacional debe asumirse de manera restrictiva, siendo la norma del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial específica y necesitada de interpretación no expansiva.

Así, en las Sentencias de este Tribunal Supremo núm. 619/2006 de 5 de junio y número 877/2007, de 2 noviembre dijimos:

"En efecto hemos de partir de que invariabilidad de la competencia penal es un principio fundamental de nuestro ordenamiento y el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal *establece con carácter general las bases determinantes de la misma.*

Por ello el sistema orgánico procesal de atribuir la competencia de determinados hechos delictivos a tribunales distintos de aquellos a los que en principio son llamados a conocer de los mismos, ha de ser interpretado restrictivamente porque los principios generales de competencia tienen, como indica la propia expresión, una proyección de generalidad que solo cede cuando la Ley establece de manera expresa lo contrario (Autos TS 26.12.94 y 25.195).

Consecuentemente la concurrencia de los presupuestos competenciales de la Audiencia Nacional establecidos en el art. 65.1 c), ***tienen que aparecer suficientemente acreditados al menos a los efectos provisionales de la determinación inicial de la competencia****, para que se altere el criterio establecido en la LECrim. que es a estos efectos norma preferente, lo que significa privar de justificación a apresurados comportamientos jurisdiccionales que presentan signos de inoportunidad en el desplazamiento competencial acordados en una fase inicial de investigación que, por razones de inmediación, ofrece más y mayores posibilidades de éxito en la averiguación de la realidad de los hechos y en la identificación de las personas responsables, pues no aparece acreditada de modo indubitado, claro o patente la excepción, sería la jurisdicción común la que debe prevalecer lo que no quita -dice el ATS. 8.2.2003 - que en los niveles iniciales de instrucción las circunstancias o puntos de conexión definidores de la competencia, todavía aparezcan simplemente apuntados o con carácter indiciario o probable*.

En la sentencia del TS de 29 de mayo de 2007 también dijimos: Por otro lado, constituye un principio invariablemente observado por esta Sala que, ***en la duda, la investigación criminal debe iniciarse dentro de la jurisdicción ordinaria por el juzgado de instrucción territorialmente competente****, constituyendo la excepción el conocimiento del asunto por parte de la jurisdicción especializada, como es la de la Audiencia Nacional, de tal suerte que sólo cuando se alcanzan ciertos niveles de certeza o convicción de que concurre un supuesto normativo que atribuye competencia a este último órgano jurisdiccional (art. 65.1 L.O.P.J .), deberá producirse la inhibición en su favor".*

En todo caso, si la justificación para asumir la competencia lo era el delito contra la Constitución, entonces vigente, y su *conexión* con el plan sistemático de masiva eliminación física del enemigo político, mal se comprende que el querellado se emplazara en diciembre de 2006 para una fecha posterior no determinada en la que adoptar una decisión firme sobre la competencia.

Basta releer los argumentos de la posterior resolución, de 16 de octubre de 2008, sobre la conexión entre uno y otros tipo de delitos, para constatar que son extraídos de fuentes que ya estaban a disposición del querellado en 2006, y que en nada se alterarían por la cuantificación de la dimensión de los brutales efectos de aquel plan de los asesinos y torturadores.

Menos aún se justifica la asunción inicial de dicha competencia, si se hace seguir de un periodo de **prolongada congelación del procedimiento** de investigación, y se retrasa durante once meses la solicitud de informe al Ministerio Fiscal sobre la propia competencia y la perseguibilidad de los hechos denunciados.

Como tampoco es razonable ni comprensible condicionar la petición del parecer del Ministerio Fiscal a la previa ratificación de todas las denuncias. La ratificación de una de ellas, incluso si las demás no lo hubieran sido, bastaría para determinar la necesidad de decidir al respecto.

B) Desconsideración del informe del Ministerio Fiscal

Que una denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial por la inactividad del procedimiento interrumpa el desdeñoso aplazamiento -durante once meses- en recabar el parecer del Ministerio Fiscal, cuya falta se erige en una de las excusas de su inactividad, y que, sin embargo, una vez emitido -en uno de febrero de 2008- se prescinda de su examen y eventual toma en consideración por el Instructor querellado durante otros ocho meses más, hasta el mes de octubre de ese año, ratifica que la preocupación por investigar los hechos, horrenda causa de tantas víctimas, no era para el Ilmo. Magistrado querellado especialmente acuciante.

C) Realización de una desmedida investigación que presupone ya la asunción de competencia

En su declaración ante este Instructor el Ilmo. Magistrado querellado manifestó que, hasta que confirmó su competencia por Auto de 16 de octubre de 2008, todo lo que solicitó tenía por finalidad, no una *investigación de los hechos denunciados*, sino pronunciarse fundadamente sobre dicha competencia del Juzgado Central nº 5 de los de Instrucción.

Pero, la competencia no es tributaria de la veracidad constatada de los hechos denunciados, sino de la ausencia de manifiesta falsedad de los mismos tal como se describen en las denuncias (artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Y, por otra parte, mal se puede convertir en presupuesto de competencia la información cuya búsqueda y adquisición exige previamente esa competencia en quien la recaba.

El análisis en su conjunto de la actuación procesal denunciada, que ha sido ya expuesta, permite inferir que la **funcionalidad real de las actuaciones ordenadas por el Magistrado querellado no era la expuesta en el proveído que la ordena, sino otra bien diversa.**

Así deriva de la irrelevancia que, a efectos de determinación de competencia, podrían tener los datos que se recababan, tales como la ubicación de las fosas donde puedan haber sido enterradas las personas asesinadas, o la historia penal de los detenidos como consecuencia de la guerra, o si falleció, emigró o se hallaba en paradero desconocido cada uno de los funcionarios separados de la función pública durante y después de la guerra.

Si la competencia venía determinada por el hecho constitutivo del delito contra la Constitución, Altos Organismos y forma de gobierno, es incontestable que las actuaciones relativas al contexto (lesa Humanidad) o a los delitos conexos (detención ilegal) nada podían aportar sobre la cuestión de la competencia.

Por el contrario, resulta significativo el anuncio que se efectúa en el proveído de fecha 28 de agosto de 2008, en cuyos puntos 3, 9 y 10 ya expresa el Magistrado querellado que el objetivo de la información que se recaba es el **ulterior control de las exhumaciones, que se propone asumir** cuando resuelva sobre la competencia, lo que hará efectivamente en la resolución de 16 de octubre de 2008. Con empeño tal que persiste en ello incluso cuando ya conoce la interposición del recurso por el Ministerio Fiscal.

En efecto, no obstante éste, al dictar la providencia de 29 de octubre de 2008, resuelve sobre las diversas peticiones de exhumaciones (Villanueva de la Vera, Basílica de la Santa Cruz del Valle de los caídos, Cementerio general de Valencia, Cementerios de Porreres y Calviá en Mallorca y Aguilar de la Frontera en Córdoba), exigiendo que se cumplan los requisitos impuestos en su resolución del día 16 de octubre anterior.

Tampoco cabe predicar de aquellas providencias, anteriores al Auto de 16 de octubre de 2008, la finalidad preventiva de las primeras diligencias autorizadas por el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los órganos que actúan con competencia interina y provisional, conforme al artículo 12 de la misma. Aunque solamente fuera por la poca premura que puso de manifiesto la congelación del procedimiento hasta junio de 2008. Como ha quedado recogido antes, hasta un año y medio después de incoar el procedimiento no se adoptó ninguna decisión que redundara en la protección interesada por las víctimas.

A lo expuesto ha de añadirse que tal naturaleza preventiva ni siquiera es invocada cuando se adoptan las decisiones de búsqueda de localizaciones, en los postreros intentos de justificar una decisión que ya se evidenciaba incompatible con el Derecho.

D) La decisión de 16 de octubre de 2008, por la que se asume la competencia, aunque no sólo ni fundamentalmente por eso, es contraria a Derecho.

El querellado pretende justificar dicha resolución, como se ha dejado expuesto, afirmando que el delito Contra la Constitución y contra Altos Organismos sí es competencia de la Audiencia Nacional, por lo que, al ser conexo del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima (razonamiento jurídico decimosexto), queda excluído el óbice de la prescripción, (razonamiento jurídico noveno del Auto citado) al tiempo que también se comete en el contexto de un delito contra la Humanidad (razonamiento jurídico cuarto del Auto citado) que impondría al Estado español la obligación de perseguir (razonamiento jurídico octavo del mismo Auto).

Afirma en su decisión el querellado que, por ser delitos contra la Humanidad, los hechos objeto de este proceso no pueden incluirse entre los delitos a que se refiere la Ley de Amnistía 46/1977 cuyo ámbito de aplicación se circunscribe a los delitos políticos, calificación que no es aplicable a los que han sido denunciados. Además, en cuanto delito permanente, la detención sin dar razón del paradero puede estimarse que sigue cometiéndose tras la citada Ley de Amnistía, por lo que ésta ya no les afectaría.

La identificación de los criminalmente responsables de los delitos denunciados no constituye un obstáculo para que el Magistrado querellado prosiga su investigación, pese a que "es notorio que están fallecidos" los que, según sus propias palabras, denomina "máximos responsables", ya que la identificación de los que "no ocuparon puestos de responsabilidad" puede tener influencia "para la continuación de esta causa en otra jurisdicción" (sic) (razonamiento jurídico décimo tercero).

La tesis es notoriamente no asumible. Y así lo sobreentendieron las decisiones de esta Sala que admitieron las querellas origen de esta instrucción. Y ello porque, tanto cuando se inició el procedimiento, como cuando se asumió más en firme la competencia,

no existía objeto procesal que justificase la iniciación del procedimiento que tramitó el Magistrado querellado.

De otra parte, por las razones que seguidamente se expondrán, entiendo jurídicamente no asumibles los argumentos con los que el querellado pretende justificar su resolución de 16 de octubre de 2008.

a) La consideración del *contexto* como delito de lesa humanidad no autoriza a reavivar una responsabilidad penal ya extinguida por prescripción y por amnistía.

Comienza por aludir el Auto de 16 de octubre de 2008 dictado por el Magistrado querellado a la "caracterización de la conducta como delito cometido en el marco de un crimen de lesa humanidad", y a tal circunstancia le atribuye trascendencia decisiva para eludir la más que evidente prescripción en

el delito de detención ilegal, virtualidad que éste contagiaría al delito conexo contra Altos Organismos y forma de gobierno, y para imponer al Estado un deber de perseguir que conjura cualquier pretensión de amnistía. Finalmente, estima que la prohibición de retroactividad de la ley penal estaría en "conflicto con las normas consuetudinarias de derecho penal humanitario" (inicio del fundamento jurídico séptimo del Auto citado).

Y, advertido por el informe del Ministerio Fiscal, pretende ampararse en la doctrina de este Tribunal Supremo fijada en la Sentencia de 1 de octubre de 2007 (Caso Scilingo).

Sin embargo, en dicha sentencia se revoca una anterior de la Audiencia Nacional precisamente en la medida en que condenó al recurrente como autor de un delito de lesa humanidad, por considerar que con ello se había vulnerado el principio de *legalidad penal*, ya que aquel delito no estuvo tipificado en España con vigencia anterior a octubre de 2004.

En dicha Sentencia se advirtió muy expresamente que la aplicación del Derecho Internacional Penal no puede llevarse a efecto directamente, sino que es "*necesaria una previa transposición operada según el Derecho interno*". Y que, aunque el *artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos* admita que "una condena basada en los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas no seria contraria al Convenio", tal norma internacional "*no impide que cada Estado formule el principio de legalidad de manera más exigente* en relación con la aplicación de las propias normas penales".

En aquella Sentencia del Tribunal Supremo se dijo expresamente 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".*

Por ello la mayoría del Tribunal Supremo **circunscribió entonces los efectos de las circunstancias contextuales de los delitos comunes por los que condenó, acotándolos al estricto ámbito de *la justificación de la perseguibilidad universal*** de éstos.

Pero ello no afectó en absoluto al estatuto jurídico de los hechos juzgados. Se sancionaron sin que discutiera ni su tipicidad como tales delitos comunes ni la posible extinción por prescripción de la responsabilidad derivada de ellos como delitos comunes.

El Ilmo. Magistrado querellado parece querer derivar de tal *contexto* tanto "*la perseguibilidad universal"* de los hechos denunciados (fundamento jurídico octavo del Auto citado) como, con invocación de la doctrina del TEDH, la *obligación* para el Estado de *investigaciones efectivas* (fundamento jurídico décimo).

Sin embargo, si de ello se quiere extraer la conclusión de que aquel contexto autoriza a prescindir de la *prescripción* de la responsabilidad penal por los

delitos erigidos en objeto del proceso, o de la extinción por virtud de la *amnistía* establecida en la ley 46/1977 de 15 de octubre, tal interpretación no solamente se hace al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007, sino de cualquier interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

Tampoco el Derecho Internacional ha establecido de manera unívoca la imprescriptibilidad de tales delitos. No lo hacía en el tiempo de los hechos. ni lo hace en la actualidad. La *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, a*probada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, no prohíbe la posible prescripción sino que prevé expresamente su admisión en el Derecho interno de los Estados (artículo 8). El propio Ilmo. Magistrado querellado vincula esa inexistencia de prescripción a la supuesta permanencia de la situación de detención de las víctimas.

b) Es manifiestamente irrazonable ignorar la prescripción de los delitos de "detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima".

La cuestión ha de circunscribirse a los delitos de tal clase cometidos tras la entrada en vigor del Código Penal de 1944, ya que el Código de 1932, aprobado bajo el régimen democrático republicano, no preveía esa figura.

El artículo 132 del Código Penal establece que, en los delitos permanentes, comienza la prescripción *"desde que se eliminó la situación ilícita".*

La "situación ilícita" ha de ser aquella en la que subsiste la antijuridicidad tipificada en el precepto penal correspondiente. En la detención ilegal lo es la situación de **privación de libertad**, entendida como libertad para abandonar una determinada situación. No cabe duda de que *desde que se recupera dicha libertad ya no hay situación ilícita de detención*. Se haya dado o no se haya dado por el autor explicación alguna sobre el paradero.

La admisión de una denuncia exige la *verosimilitud* del hecho denunciado y su *relevancia penal.* **Falta la verosimilitud de la persistencia de la situación ilícita** dado el tiempo transcurrido, **bien porque el detenido haya sido puesto en libertad bien porque haya de suponerse que ha sido asesinado**. Y ello desde tanto tiempo que supera con creces el exigido para la prescripción.

Por ello, ha de considerarse que los hechos que la originaron *han dejado de tener relevancia penal al tiempo de la denuncia.* Y la admisión de tal denuncia puede calificarse, por tanto, como arbitraria.

En modo alguno es razonable estimar verosímil hoy que las personas privadas violentamente de libertad en el periodo de tiempo acotado por el Magistrado querellado (hasta 1952) han permanecido y permanecen privadas de libertad después de dicha fecha por razón de la actuación aquí investigada.

Aún más, las denuncias que justificaron la incoación del procedimiento ni siquiera afirmaron que hubiera víctimas de los hechos objeto de aquellas que se mantuvieran en situación de privación de libertad.

Por otro lado, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de junio de 1990 ("Caso el Nani"), ratificada por Tribunal Constitucional (que inadmitió el amparo contra aquella por Auto 420/1990 de 28 de noviembre), sienta la doctrina que salva la constitucionalidad del precepto (entonces artículo 483 del derogado Código Penal), interpretándolo en el sentido de que*, **la no puesta en libertad del detenido ha de ser probada por la acusación,** aun si permaneciese silente el acusado, y el descargo que ofrece el imputado es meramente facultativo, sin que sus explicaciones puedan integrar el tipo penal.(…) La **desaparición** de una persona consiste en **su no devolución al lugar ordinario de residencia o al lugar donde fue detenido**, y el acusador deberá demostrar que el detenido no ha sido vuelto a ver por sus lugares habituales y que ha puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda* .

Es bien significativo a este respecto que la actual redacción del artículo 166 del actual Código Penal de 1995, frente a la del artículo 483 del Código Penal anterior, no excluya la tipicidad solamente si el acusado prueba la puesta en libertad, sino que erige esa **ausencia de puesta en libertad como elemento del tipo, sin poner a cargo del acusado su probanza.**

Por otro lado, la permanencia de la situación ilícita característica del delito debe referirse a la situación privativa de libertad en cuanto **resultado del comportamiento activo del sujeto responsable**.

No es atinada la cita que hace el querellado de la sentencia del TS de 20 de enero de 1986 que es relativa a un delito, permanente, de colaboración con ETA. Allí la permanencia estaba en función de la *persistente* "actividad" (empleo de dinero recibido de ETA a los fines que ésta le indicaba) del Autor del delito, hipótesis muy diversa de la "inactividad" constituida por el omisivo *no dar razón* del paradero de la víctima.

Y lo mismo cabe decir de otras sentencias sobre el cómputo de tiempo para prescribir, en los que siempre se toma en consideración la *persistencia* de *actos* del sujeto criminalmente responsable. Así en la *actuación* sobre una persona para que se someta sexualmente a un tercero (STS de 19 de diciembre de 1996 recurso 431/96) en que se advierte que comienza el cómputo cuando *cesa la correspondiente conducta delictiva, o* cuando declara que la prescripción no corre mientras *se mantiene el comportamiento corruptor,* pero debe computarse el inicio, incluso manteniéndose aquél si el menor ha dejado serlo. (STS de 23 de abril de 1999, recurso 996/99).

La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción.

Es jurídicamente inviable porque, prescindiendo de la concurrencia o no de los elementos típicos del artículo 607 bis.2.6º del Código Penal de 1995 en su redacción hoy vigente, como dijimos en la Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2007, que el querellado cita, **en modo alguno puede darse vigencia retroactiva a este tipo penal.**

La asimilación tampoco podría conducir a una eventual imprescriptibilidad que, para delitos de esa naturaleza, se introdujo muy posteriormente en nuestro Código Penal, al dar nueva redacción al artículo 131 del mismo la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre, con efectos desde 1 de octubre de 2004.

Y es que las normas sobre prescripción solamente son retroactivas a favor de reo. Y cuando esa modificación entra en vigor, la **prescripción** por los hechos denunciados **ya se habría consumado** (Consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo).

La equiparación de la detención ilegal sin dar razón del paradero con el actual delito del artículo 607 bis. 2.6º -desaparición forzada de personas-, busca, tergiversando las tipificaciones legales, una expansión de la "situación ilícita". Si el bien jurídico protegido ya no es solamente la libertad del desparecido, sino el conocimiento de su paradero por los familiares y próximos, podría decirse que, si permanece la ocultación del paradero o de la eventual liberación a los allegados, la "situación ilícita" subsistiría, aunque el desaparecido fuese libre. Así lo ratificaría el artículo 24 de aquella Convención internacional al definir en el artículo 24 que *1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por "víctima" la persona desaparecida y toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. 2. Cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. Cada Estado Parte tomará las medidas adecuadas a este respecto.*

Precisamente esa **diversidad de bienes jurídicos entre la desaparición forzada de personas y la detención ilegal sin dar razón del paradero** -del Código Penal de 1944 y siguientes- que es más evidente tras la actual redacción del artículo 166 del vigente Código Penal, hace que no sea equiparable al nuevo 607 bis. 2 6º.

Y precisamente por eso no cabe aplicar a aquél el régimen de prescripción en la determinación del día inicial del cómputo de tiempo, solamente explicable desde la consideración de la antijuricidad del nuevo tipo delictivo.

c) **Es manifiestamente contrario a Derecho no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la ley 46/1977, de 15 de octubre**

En el fundamento jurídico decimoprimero de la resolución de 16 de octubre de 2008 que examinamos se afirma por el querellado que la responsabilidad penal por los hechos denunciados no puede considerarse amnistiada.

Los argumentos esgrimidos son, de nuevo, jurídicamente inaceptables.

1º.- Para el Ilmo. Magistrado querellado la Ley de Amnistía 46/1977 circunscribe su ámbito a delitos que etiqueta como de "naturaleza política", pero excluye esa calidad respecto de los delitos que erige en objeto del procedimiento, en cuanto los califica como delitos de "lesa humanidad" (fundamento jurídico décimo primero de la resolución de 16 de octubre de 2008).

Pero el criterio del legislador de 1977 no era un concepto académico. Lo que la Ley de Amnistía exigió para incluirlos en su ámbito es que los delitos **se digan cometidos con finalidad política**. Desde luego basta leer cualquiera de las denuncias, y la misma concreción del objeto del proceso que se efectúa en el Auto analizado, para que resalte con absoluta objetividad que los hechos que se toman en consideración son precisamente los *cometidos como consecuencia de un plan de exterminio del adversario político.*

De hecho, la efectiva aplicación de dicha Ley no se ha excluido en casos de delitos a los que unánimemente no se les reconoce el carácter de delitos de "naturaleza política". Como los de terrorismo que sí se estimaron cometidos con "fines políticos".

2º.- Quizás por ello la argumentación del Ilmo. Magistrado querellado busca la exclusión de los efectos de dicha Ley tildándola paladinamente de **nula de pleno derecho** (párrafo diez, in fine, del mismo fundamento jurídico décimo primero de la citada resolución).

Pero sugerir que equivale a un indulto general (titulo del fundamento jurídico décimo primero del Auto de 16 de octubre de 2008) constituye una ignorancia inexcusable sobre el alcance de ambos conceptos, tan jurídicamente grosera que no merece mayor aclaración.

La amnistía no tiene que vincularse necesariamente a la idea de perdón y menos aún al derecho de Gracia, cuya iniciativa viene atribuida al Poder Ejecutivo.

Con tal tesis el querellado se erige, de hecho, en árbitro ético de la decisión política tomada por las fuerzas políticas democráticas en 1977, so pretexto de baremos axiológicos extraídos de instrumentos de Derecho Internacional. Instrumentos que, por lo demás, son incorrectamente citados: así ocurre cuando afirma (pagina 26 del Auto de 16 de octubre de 2008) que la Convención de la ONU sobre desaparición forzada de personas prohíbe la amnistía en su artículo 18, pues el citado precepto no establece tal prohibición.

Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvo el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto

y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el grupo Alianza Popular y otros dos diputados.

Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos de amnistía unilaterales o *autoamnistías* a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político, tan profusa como poco atinadamente citados por el querellado en su resolución.

En el ámbito del Derecho Internacional tampoco se excluye, al menos en el tiempo de los hechos, acudir a la amnistía. Así el **Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) de 8 de junio de 1977**. Su artículo 6 se proclama aplicable al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas *en relación* con el conflicto armado. Que es exactamente el caso de los hechos objeto del proceso incoado por el querellado. En el mismo además de proclamar la subsistencia de principios del proceso penal democrático, concluye en su apartado 5**:** *A la cesación de las hostilidades, las Autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.*

Y tampoco cabe admitir una sobrevenida deslegitimación de la ley de amnistía por supuesta aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el marco de la ONU o de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esos instrumentos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español (artículo. 96 de la Constitución) con *posterioridad a los hechos* a que se refiere la ley de amnistía y que son objeto del proceso incoado por el querellado, aunque el Pacto sea previo a la ley de amnistía. El Pacto ha sido ratificado por España en 1977, la Convención Europea en 1979. En consecuencia, cualquiera que sea la opinión política que se mantenga sobre aquella decisión legislativa, mal puede proclamarse la nulidad jurídica de dicha Ley de amnistía en el momento de ser dictada.

Respecto a la pretendida retroacción de aquellas normas internacionales a hechos anteriores a su vigencia en el Estado signatario, bastaría recordar que se opone frontalmente a la **irretroactividad de la ley penal desfavorable,** carácter que, desde la perspectiva de la responsabilidad de los Autores de los hechos, tendría la norma que dejase sin efecto la Ley que declaró la extinción de aquella responsabilidad.

Pero, además, como el propio querellado reconoce en su resolución de noviembre de 2008 (razonamiento jurídico 14) la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980) (Viena, 23 de mayo de 1969) establece en su artículo 28 la irretroactividad de los Tratados diciendo *Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa*

parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

Proclamar que el Pacto Internacional de 1966 constituiría precisamente una de esas excepciones a la irretroactividad se opone a lo que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, vigilante institucional de su eficaz aplicación, se ha cuidado de establecer.

En efecto el **Comité de Derechos Humanos declaró la irretroactividad del Pacto precisamente en relación al supuesto de hechos, anteriores a la suscripción del mismo, que dieron lugar a la desaparición de personas aunque éstas permanecían desaparecidas**: Comunicación nº 275/1988, referida a Argentina.

Y también cabe recordar la decisión de ese Comité de Derechos Humanos con arreglo al protocolo facultativo del pacto internacional de derechos civiles y políticos durante el 38° periodo de sesiones relativa a las comunicaciones nºs. 343, 344 y 345/1988 referidas a Argentina con ocasión de denuncias de ciudadanos de ese país sobre la exigencia de persecución penal obstaculizada por la ley argentina 23.521, en la que, entre otros particulares, incluyó los siguientes:

5.2… *Observa que el* ***Pacto no puede aplicarse retroactivamente*** *y que el Comité no puede ratione ri examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte.*

5.5 *En la medida en que los Autores afirman que la promulgación de la Ley No. 23.521 menoscabó su derecho a que ciertos funcionarios del Gobierno fueran procesados, el Comité remite a su jurisprudencia anterior en virtud de la cual* ***el Pacto no establece el derecho a que una persona haga que el Estado enjuicie penalmente a otra persona*** *(H. C. M. A. contra los Países Baios comunicación No. 213/1986, párr. 11.6, declarada inadmisible el 30 de marzo de 1989). En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisible ratione materiae por ser incompatible con las disposiciones del Pacto.*

Las manifestaciones del Comité de la ONU en modo alguno consideran a España como infractora del Pacto, declaración que se cuida muy mucho de efectuar.

Tampoco la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, a*probada el 20 de diciembre del 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas establece tal veto de eventuales amnistías respecto de dichos delitos.

El Ministerio Fiscal ya había advertido en su informe de 1 de febrero de 2008 que la responsabilidad penal a que se referían las denuncias había quedado extinguida por efecto de la Ley de amnistía citada.

El Tribunal Constitucional había tenido también ocasión de referirse a la ley de amnistía con ocasión de cuestiones suscitadas respecto a resoluciones que la

desarrollaron. Así en la Sentencia 361/1993 de 3 de diciembre reitera que **la amnistía eliminó la responsabilidad y los efectos penales y, en general, sancionatorios por la comisión de ilícitos de intencionalidad política** sin asomo de cuestión sobre la legitimidad de dicha norma.

Y recuerda el Tribunal Constitucional en la Sentencia 147/1986, en la que específicamente se alude a la legitimidad de la ley de amnistía, que *la amnistía que se pone en práctica y se regula en ambas leyes* (se refiere a la 1/1984 objeto de la cuestión y la aquí considerada de 1977) *es una operación jurídica que, fundamentándose en un ideal de justicia (STC 63/1983), pretende eliminar, en el presente, las consecuencias de la aplicación de una determinada normativa -en sentido amplio- que se rechaza hoy por contraria a los principios inspiradores de un nuevo orden político. Es una* ***operación excepcional propia del momento de consolidación de los nuevos valores*** *a los que sirve, cuya finalidad unitaria no enmascara el hecho de que se pone en práctica recurriendo a una pluralidad de técnicas jurídicas que quedan unidas precisamente por la finalidad común. En unos casos -normalmente para relaciones en las que el Estado aparece involucrado como poder público-, la aplicación de la amnistía supondrá lo que se ha llamado por la doctrina «derogación retroactiva de normas», haciendo desaparecer por completo las restricciones que sufrió el derecho o libertad afectado, con todas sus secuelas, con lo que puede decirse que el derecho revive con carácter retroactivo; no obstante, la amnistía no deja de serlo por tener efectos más limitados, y ello sucede especialmente en relación con relaciones sometidas a un régimen jurídico privado, en las que se pretende las más de las veces conceder en el presente, y para el futuro, una serie de derechos. Con referencia al contrato de trabajo no es que se trate de devolverle plena integridad a la relación que desapareció -haciéndole recobrar, incluso retroactivamente, todos sus efectos-, sino de conceder nuevos derechos vinculados a la relación que se extinguió y ahora se reconstituye, si bien con efectos sólo parciales.*

Lo anterior evidencia que *la amnistía no es un fenómeno lineal, que pueda resolverse en una serie de principios y técnicas unitarios, sino un fenómeno complejo, aunque se reconduzca al ejercicio de una facultad estatal, en la que halla su explicación unitaria. Aplicada esta afirmación al problema que ahora se nos plantea, no puede sino concluirse que la Ley 1/1984 no tiene sentido autónomo, sino que puntualiza algunos aspectos discutidos del régimen jurídico de la Ley de 1977, en la que verdaderamente se materializó el ejercicio de la facultad de gracia. Aunque evidentemente a partir de la Ley hoy impugnada pueda accionarse de nuevo para instar la aplicación de la amnistía, las acciones de ella resultantes no mudan en absoluto el* ***derecho al que sirven, que trae origen única y exclusivamente de la voluntad estatal plasmada de forma directa en la primera de las leyes citadas****, de la que la Ley de 1984 es sólo un complemento.*

En la Sentencia 122/1984 de 14 de diciembre el Tribunal Constitucional había dicho *La* ***amnistía extingue la punibilidad y los efectos penales que el delito o infracción produce como hecho penal o sancionable****, pero no los efectos que el delito o infracción produce como hecho simple. Extingue la*

sanción y la falta, pero no la omisión legal del trabajo a la que el legislador ha conectado explícitamente la omisión de la retribución.

La misma consideración de incuestionable legitimidad de la amnistía decidida por la ley de 1977 deriva de las Sentencias 76/1986 y 28/1982 entre otras.

Respecto a la cita que se efectúa de un caso supuestamente idéntico como pendiente ante el Tribunal Constitucional basta decir que el correspondiente recurso de amparo ya había sido inadmitido por providencia del Tribunal Constitucional de 14 de abril de 2008, ratificada en Auto 333/2008 de 27 de octubre de ese mismo año, por notoria carencia de contenido constitucional. El asunto concernía a la tramitación de una denuncia por desaparición de una víctima en el año 1936.

3º.- La exclusión de la extinción de responsabilidad penal por aplicación de la ley 46/1977 se postula finalmente por la persistencia de los efectos de las detenciones ilegales tras la promulgación de la citada ley.

Basta leer el apartado II del artículo primero de la citada ley para excluir la razonabilidad de dicha interpretación jurídica: "*A los meros efectos de subsunción de cada uno de los párrafos del apartado anterior, se entenderá por* ***momento de realización*** *del acto aquel en que se* ***inició la actividad criminal".***

Por ello, la eventual persistencia en la reiteración de actos o de efectos con posterioridad a la entrada en vigor de la citada ley, no excluye su aplicación y consecuencias extintivas de responsabilidad penal.

d) La protección de las víctimas constituye un eventual objeto acumulado del proceso penal, pero solamente en la medida que antes exista el objeto penal que justifique su inicio.

Establece el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la acción civil, en procura de la justa reparación del daño ocasionado por el delito, cualquiera que sea la crueldad de éste o la enormidad de aquél, ha de ejercitarse, cuando se acude al procedimiento penal, conjuntamente con la acción penal.

Y es que, aunque no pueda decirse con corrección que del delito nace la acción civil, en la cuestionada fórmula del artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que, por ello, no sea exacto que la responsabilidad civil se condiciona a la existencia de la penal, la competencia del juez penal para decidir sobre la acción civil ha sido denominada *secundum eventum litis* porque solamente le vendrá atribuida para el caso de que la mantenga para la acción penal.

El supuesto excepcional del artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con los 20, 118 y 119 del Código Penal, condiciona la subsistencia de competencia para decidir sobre la acción civil a que la extinción de la responsabilidad penal provenga de unas específicas causas. Entre ellas no se

encuentra ni la prescripción ni la amnistía. Ni, menos aún, si cabe, el fallecimiento del responsable criminalmente.

En definitiva, la acción civil es siempre incidental de la penal.

Y ahí reside también la radical incorrección del Auto del Magistrado querellado cuando busca amparo, para mantener abierto el proceso penal, en la loable finalidad de procurar reparaciones y satisfacciones para las víctimas de los horrendos hechos origen de la causa.

No es esa encomiable finalidad la que puede justificar jurídicamente la incoación y prosecución de una causa penal, sino que es la justificada continuidad de ésta la que permite obtener aquella finalidad.

Por ello resultan incorrectas las afirmaciones (fundamento jurídico decimocuarto) por las que el Ilmo. Magistrado querellado pretende descalificar tal aserto diciendo que la "no apertura del procedimiento sería una instrumentalización negativa de la justicia".

Como es incorrecto afirmar que el artículo 4 de la Ley 52/2007 de 26 de diciembre autoriza las acciones penales por los hechos a que se refiere la causa incoada por el querellado.

La referencia a "otras" acciones que hace el citado precepto lo es a las que sean diversas de la prevista en el apartado 1 del mismo. Pero en todo caso que se circunscriban a obtener la declaración de reparación y reconocimiento personal a los que padecieron los efectos referidos en los tres primeros artículos. Como lo es la acción de revisión penal. Y también las que se dirijan a obtenerle reconocimiento de derechos o medidas reparadoras diversas de esa declaración. No puede olvidarse la rúbrica del artículo 4 citado.

Pero entre esas otras acciones de reparación, no puede encontrarse la acción derivada del *ius puniendi* del Estado, que solamente a éste corresponde.

A tal acción penal para el castigo de culpables, en cualquier caso, alcanzaría la declaración extintiva que supuso la ley de amnistía 46/1997, a la que la 52/2007 se refiere reiteradamente.

Por otro lado, esta ley 52/2007 ha establecido una clara **competencia** respecto a las actividades de *indagación, localización e identificación de personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore.* Es decir respecto a la protección de las víctimas a cuya tutela dice orientarse el Ilmo. Magistrado querellado.

Esa competencia viene atribuida a las Administraciones públicas. Sin duda en una medida que ha sido cuestionada en lo que concierne a su generosidad y a la efectividad de la protección a la que aquellas tienen derecho.

Tanto más cuanto que, en lo que concierne al **coste** de las actuaciones indicadas, las Administraciones públicas se limitan a **facilitar** la actividad que al efecto lleven a cabo los particulares.

Quizás dicho limitado ámbito de actuación legal es el que impulsa la angustiada actitud de los denunciantes. Se explica en ellos el intento de buscar atajos en el uso indebido del cauce penal.

Lo que no es conforme con el ordenamiento jurídico es que el Ilmo. Magistrado querellado acceda a una manipulación del procedimiento penal como la que aparece reflejada en sus diversas resoluciones. Menos aún si esa manipulación llega al extremo de **asumir tareas cuya competencia ha sido legalmente establecida en el ámbito administrativo**. Muy especialmente en los artículos 12 a 14 de la citada ley.

E) La resolución de 18 de noviembre de 2008 no justifica las decisiones que adopta, ni la adopción de éstas justifica que se dictara aquella resolución

En efecto, la declaración de extinción de responsabilidad penal por fallecimiento era una decisión **notoriamente ajena a la competencia del Instructor, el Magistrado querellado.** Tal declaración acarrea el sobreseimiento previsto en el artículo 637.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**.** Y ello es atribución exclusiva y excluyente de la Sala de enjuiciamiento. No cabía olvidar que en esa fecha el procedimiento había sido transformado en ordinario. **Tampoco era jurídicamente procedente la inhibición** a favor de otros Juzgados para que éstos investigaran delitos prescritos y amnistiados.

El querellado persistió en su contumaz pretensión de que se siguiera causa penal para investigar los delitos de detención ilegal, que fueron simple excusa argumental para las actividades de control de localización de fosas y práctica de exhumaciones.

La eventual intervención de Juzgados de las circunscripciones en que pudieran localizarse aquellas fosas -único criterio asumido para decidir la inhibición- no ha de ser sin embargo equiparable a la que indebidamente inició el Juzgado por orden del querellado. Porque no se trata de seguir causa penal ***para*** **localizar vestigios de un delito prescrito y amnistiado.** Se trataría de incoar un procedimiento penal ***porque*** **ha sido localizado un vestigio** y solamente en la medida que existan razones para no excluir un delito **diverso de aquel prescrito y amnistiado.**

Y eso no depende del traslado de la competencia, indebidamente asumida por el querellado, para conocer de un procedimiento penal, seguido ante aquél, que nunca debió ser incoado. Eso depende de la mera traslación de la **noticia** de existencia del vestigio, si constase ésta, que determinará la incoación de un procedimiento con diverso objeto al seguido por el querellado.

Lo que puede resultar inexplicable es que, en el Auto que lleva a poner fin a la investigación y a la pretensión de control de las exhumaciones, se dedique el mayor esfuerzo a justificar decisiones anteriores, sin que sobre dichos aspectos pendiera ningún recurso ante el Magistrado querellado.

5.- ***EL JUICIO DE PROBABILIDAD SOBRE EL ELEMENTO SUBJETIVO DE LA PREVARICACIÓN*****.**

Constatada la realidad de los datos de hecho, y valorados como objetivamente contrarios a Derecho, la imputación al querellado exige la determinación de concurrencia del elemento subjetivo del tipo de prevaricación. El que, por su propia naturaleza, requiere una labor de inferencia a partir de los datos constatados.

Los datos que se han expuesto permiten formular con probabilidad suficiente para excluir el sobreseimiento de la causa:

a) Que el querellado era **consciente de que carecía de competencia** para instruir una causa sobre los hechos de que daban noticia las denuncias, en la medida que los denunciantes lo pretendían.

Varios son los factores que lo sugieren.

La *congelación* del procedimiento con el pretexto de culminar las ratificaciones de todas las denuncias. La competencia no venia determinada, obviamente, por el número de denunciantes sino por la noticia del hecho.

La misma providencia inicial de 19 de diciembre de 2006 revela la *duda* del querellado pues recoge el propósito de obtener un informe del Ministerio Fiscal, por lo demás, también irrazonablemente aplazado. Y omite, además, la más mínima determinación del hecho objeto del proceso.

No cabe suponer que el querellado desconocía la *constante doctrina* que establece que la competencia de la Audiencia Nacional es excepcional y por ello solamente asumible desde la más que probable concurrencia de sus presupuestos y no en caso de razonable duda.

b) Que el querellado era **consciente de que no existían hechos con relevancia penal subsistente** que justificaran la incoación de un procedimiento penal.

Desde luego porque no se le escapaba la *notoriedad* del fallecimiento -y subsiguiente extinción de responsabilidad penal- de los sujetos a los que él mismo, que no los denunciantes, decide circunscribir la imputación.

Pero más aún por la *artificiosidad*, totalmente ausente en el discurso de las denuncias, de la construcción jurídica elaborada para salvar lo que el mismo querellado denomina "*escollos*" que se presentan a la incoación del procedimiento. Dicha artificiosidad ha quedado examinada en los anteriores fundamentos de esta resolución.

Porque el Ministerio Fiscal le había *advertido* en un documento extensa y rigurosamente motivado de la improcedencia de esa incoación.

Porque el mismo querellado expresa no desconocer que *nunca antes* en España había sido incoada una causa penal con el objeto procesal que establece en su resolución. En el Auto de 18 de noviembre de 2008, (fundamento quinto) enfatiza que hasta su Auto de 16 de octubre de 2008 no se había posibilitado esa investigación que, según considera, exigía el marco jurídico internacional al que España pertenece. La consideración de este hecho quizás debería sugerirle que esa extensa inhibición judicial, pretendidamente remediada por él, estaba jurídicamente más justificada que su singular iniciativa.

No es razonable pensar que nos encontráramos ante una especie de conspiración de silencio de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del Ministerio Fiscal, por no citar a la organizaciones ciudadanas que, antes y después de la Constitución, han mostrado una encomiable sensibilidad frente a la masacre y a la tragedia que para los más elementales derechos humanos supuso la Guerra civil y la dictadura que le siguió.

Tal *interpretación común* del ordenamiento jurídico aparece ya en las denuncias pues dan cuenta de que, si bien otros Juzgados han abierto diligencias para la exhumación de los cadáveres de las víctimas de los asesinatos masivos, a continuación han sobreseído las causas penales tras haber considerado prescrita la responsabilidad criminal por el eventual delito de homicidio. Una de las denuncias acompaña copia de uno de esos Autos (Auto y providencia dictado por el Juzgado de Los Llanos de Aridane, folio 105 y 108).

c) El querellado pudo actuar con la **voluntad de eludir la limitada restricción a la mera colaboración con particulares que la Ley 52/2007, de 27 de diciembre** estableció respecto a la contribución de los poderes públicos en la deseable reparación de las víctimas de la guerra civil y de la dictadura que le siguió. E igualmente con la **voluntad de asumir en la jurisdicción funciones que aquella atribuía a las Administraciones públicas** en materia de localización e identificación de víctimas.

Ya se **ha dejado expuesto como la investigación efectivamente realizada tuvo como único objetivo real controlar la realización de exhumaciones**. *Y* cómo para facilitar ese objetivo la actuación judicial enjuiciada manifestó reiteradamente su **voluntad de hacer inefectiva** *la voluntad que la sociedad* democrática y los poderes legítimos y democráticos del Estado habían expresado en la **Ley de amnistía 46/1977**, de 15 de octubre.

6.- EL HECHO JUSTICIABLE

Como consecuencia cabe determinar que las múltiples resoluciones dictadas por el Ilmo. Magistrado querellado a las que se refieren las querellas origen de estas diligencias, llevan a configurar, a los efectos del juicio de tipicidad, el siguiente hecho justiciable:

Tras recibir, inicialmente, siete denuncias, el querellado decide incoar, en diciembre de 2006, un procedimiento criminal, *sin determinar su concreto objeto* y *congelando de facto* su efectiva tramitación, pese a la pronta ratificación de algunas de aquellas denuncias.

Una vez aprobada la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, y pese al informe contrario del Ministerio Fiscal (febrero de 2008), decide, en junio de 2008, superar la limitación que dicha ley imponía a la colaboración de los poderes públicos en la localización e identificación de las víctimas de la Guerra civil española y dictadura que le siguió, *intentando asumir el control de las localizaciones y exhumaciones* de cadáveres de víctimas de la represión civil y militar llevada a cabo por el franquismo. Todo ello dentro de un *proceso penal cuya artificiosa incoación suponía desconocer principios esenciales del Estado de Derecho*, como los de legalidad penal e irretroactividad de la ley penal desfavorable, además de implicar el desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la Ley de amnistía 46/1977.

La demora en la expresa formalización de la asunción de competencia dio lugar a una apariencia de inocuidad de las providencias que precedieron a aquella, disuadió de la interposición de recursos obstaculizadores y, así, permitió recabar de multitud de instituciones y organismos un volumen de información de gran magnitud, que era presupuesto necesario para desplegar la actividad de exhumación que pretendía controlar el querellado.

Con el resultado así obtenido, formalizó su competencia -en octubre de 2008- y a continuación *asumió el control de las exhumaciones* que le habían sido solicitadas en la medida y conforme a los criterios que estimó oportunos.

Consciente de su falta de competencia y de que los hechos denunciados ya carecían de relevancia penal al tiempo de iniciar el procedimiento, construyó una artificiosa argumentación para justificar su control del procedimiento penal que incoó, que fue rechazada por la Audiencia Nacional, tan pronto el Ministerio Fiscal lo interesó, pese a los *obstáculos que, para retrasar tal decisión*, intentó el querellado, llevando a cabo una transformación del procedimiento abreviado en ordinario, sin que, al tiempo de tal transformación, ocurrieran hechos nuevos que lo justificara, y que implicaba un régimen de recursos contra decisiones interlocutorias más premioso.

Privado, por previa decisión expresa de la Audiencia Nacional, de toda posibilidad de control de las exhumaciones, el querellado puso fin a la tramitación del sumario, lo que pretendió justificar por la acreditación del fallecimiento de los que él mismo había identificado como eventuales responsables criminalmente de los hechos denunciados y ello pese a que *tampoco tenía competencia para declarar tal extinción de responsabilidad* en el marco del sumario que no concluyó.

7.- CONCLUSIONES

El hecho justiciable, tal como queda descrito, no rectifica, sino que ratifica y completa el **hecho que ya valoró la Sala** que decidió la admisión de las

querellas, añadiéndole los datos reportados por el conocimiento de las actuaciones procesales seguidas por el Ilmo. Magistrado querellado.

El examen de aquellas actuaciones ha revelado, como hecho probable, que el Magistrado querellado actuó con la **finalidad de eludir la decisión del legislador** sobre el régimen de localización y exhumación de víctimas de los horrendos crímenes del franquismo, erigidos en **aparente objeto del procedimiento**, **sabiendo** que éstos habían sido objeto de **amnistía** por las Cortes democráticas de España, cuya **voluntad decidió conscientemente ignorar u orillar**.

Tal hecho puede constituir el delito de **prevaricación del artículo 446.3º** del Código Penal, por el que ha sido admitida la querella.

Desde luego los móviles altruistas, como el encomiable deseo de paliar el sufrimiento de los familiares de las víctimas de los horrendos crímenes, no eximen, ni siquiera atenúan, la eventual responsabilidad penal en que pudiera haberse incurrido.

No obstante lo anterior, y dado lo indicado al principio de esta resolución sobre las competencias reservadas por el órgano colegiado competente para instrucción y enjuiciamiento, no procede adoptar, por ahora, la decisión de seguir la fase de preparación del juicio oral. A tal efecto se decidirá una vez firme esta resolución, contra la que puede interponerse, en los términos del artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, recurso de apelación ante dicho órgano colegiado.

Por lo expuesto,

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

- 1.- Tener por hecha la manifestación de queja sobre la duración de esta instrucción.
- 2.- No ha lugar al sobreseimiento de la causa.

Una vez firme esta resolución, si llegare a serlo, dese cuenta y se acordará.

Notifíquese a las partes personadas y al Ministerio Fiscal con indicación de los recursos que cabe interponer.

Así lo acuerda manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Don Luciano Varela Castro, de lo que como Secretaria, doy fe.