

Causa Especial 20048/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Cao Barredo

Sala Segunda del Tribunal Supremo

AL EXCMO. MAGISTRADO INSTRUCTOR

D^a VIRGINIA ARAGON SEGURA, Procuradora de los Tribunales, col. n° 1.040, actuando en nombre y representación de D. BALTASAR GARZON REAL, tal y como tiene acreditado en la causa, ante el Excmo. Magistrado Instructor comparece y para como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito, y con base en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [L.E.Cr.], interpone **Recurso de Reforma** contra el Auto de 7 de Abril de 2010, con base en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Contenido del Auto de 7 de Abril de 2010.

El Auto de 7 de Abril de 2010, en supuesta aplicación de lo dispuesto en el art. 779 L.E.Cr., acuerda "que ha lugar a proceder contra D. Baltasar Garzón Real".

Esta precisa decisión (de "ha lugar a proceder") no aparece mencionada en el 779 L.E.Cr., que se limita a indicar que el procedimiento habrá de seguir por los trámites del Capítulo IV del Título que regula el procedimiento abreviado. Sin embargo, no es de ninguna forma una expresión casual o irrelevante, ya que coincide con la previsión del art. 383 L.O.P.J., que regula la suspensión de Jueces y Magistrados "cuando se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos". Sabido es que tal expresión de la Ley Orgánica se presta a debates e interpretaciones diversas [respecto a cuándo se entiende que "se procede" contra un Juez]. Es de lamentar que el Auto --yendo, a nuestro humilde juicio, más allá de su finalidad procesal-- tome partido por la suspensión cautelar de mi mandante, adelantando así lo que sería la pena prevista para el delito de prevaricación.

En segundo lugar, el Auto viene a denegar a la representación procesal de D. Baltasar Garzón la práctica de **todas** las diligencias de prueba que habíamos solicitado. A pesar de que la parte dispositiva del Auto guarde silencio a este respecto, y no resuelva expresamente dicha denegación, en el cuerpo de la resolución se razona que tales diligencias "exceden del contenido propio de las diligencias previas"; por otra parte, la prosecución de la causa es incompatible con la práctica de más diligencias, con lo que entendemos rechazada su práctica.

Pues bien, contra este doble contenido del Auto de 7 de Abril de 2010 presentamos Recurso de Reforma.

Segunda.- De la pertinencia de las diligencias de instrucción solicitadas.

A. En el Razonamiento Jurídico tercero del Auto recurrido se motiva, como decimos, el rechazo de todas las diligencias propuestas por la defensa al entender que exceden del contenido de unas Diligencias Previas. Dicho Razonamiento comienza advirtiéndole que la defensa "abandonando su anterior actitud de apremio en la pretensión de inmediata conclusión de esta fase, insta ahora su ampliación con la pretensión de práctica de nuevas diligencias".

Toda vez que no es la primera vez que el Excmo. Instructor insinúa una suerte de contradicción en nuestra postura, hemos de aclarar una vez más --esperamos de que forma definitiva-- la verdad de lo sucedido en esta instrucción: tras la declaración de mi representado, el Instructor se embarcó en la práctica de una serie de diligencias de instrucción [solicitadas por las acusaciones] cuya necesidad, pertinencia o utilidad no se nos ha motivado nunca. Entre otras cosas, este Excmo. Instructor solicitó los antecedentes de las normas de reparto de asuntos penales de la Audiencia Nacional, el procedimiento por los hechos de Paracuellos, los anexos documentales de la Causa abierta en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 --con información particular de miles de víctimas del franquismo-- llegando al extremo de solicitar los antecedentes de una denuncia contra el anterior gobierno por la Guerra de Irak que se tramitó en el Juzgado

de Instrucción n° 2. La práctica de estas diligencias ocupó desde Octubre a Diciembre de 2009. Tales diligencias eran manifiestamente improcedentes, ya que distorsionaban el objeto del procedimiento procurando buscar, de manera prospectiva, motivos de imputación contra mi representado completamente nuevos, que además partían de una sospecha gratuita (irregularidades en el reparto) que naturalmente se demostró ser infundada. Ni el Auto de 3 de Febrero ni el Auto de 7 de Abril hacen la menor mención a aquella línea de investigación, ni mucho menos a su resultado.

Es en este contexto, y no otro, en el cual esta defensa se quejó del retardo injustificado en la tramitación de la causa, debido a la práctica de diligencias instadas por las acusaciones [éstas, todas admitidas] cuya utilidad no se nos ha motivado hasta la fecha, a pesar de nuestros esfuerzos.

Por añadidura, esta parte no solicitó simplemente "la conclusión de esta fase", sino el archivo de las diligencias, al entender que no existían indicios de comisión de un delito. Y en este momento procesal, seguimos pidiendo lo mismo: el archivo, porque seguimos considerando que no existen indicios de delito. Lo que sucedió es que el Auto de 3 de Febrero de 2010 se nos anunciaba que el Instructor estaba vinculado a la valoración jurídica que de los hechos había efectuado la Sala de Admisión, por lo que sólo podría archivar si se le ponían de manifiesto "**hechos nuevos**", no valorados por aquélla. En este sentido, no fue esta parte quien habló de las "constricciones" derivadas de las resoluciones de la Sala, sino el propio Auto de 3 de Febrero, que desarrollaba esta particular teoría:

"Si la actividad investigadora del Instructor no ha añadido nuevos datos de hecho, significativos o sustanciales a lo que ya conocía quien decidió la admisión de la querrela 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 querrela admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite" (pág. 9).

"(El Instructor) **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" (pág. 8).

"La admisión por la Sala de sendas querrelas **predetermina** de alguna manera tal conclusión." (pág. 26).

En estas condiciones, al manifestar el Excmo. Instructor su falta de libertad interpretativa sobre los datos de hecho de los que ya conocía la Sala de admisión, resultaba inevitable que esta defensa propusiera nuevas pruebas, porque en caso contrario la instrucción quedaría vacía de contenido y el procedimiento desde el principio se varía abocado a Juicio Oral.

Por desgracia, el Excmo. Instructor no nos ha permitido ofrecer **ni uno solo** de estos "datos de hecho nuevos", con lo cual la prosecución de la causa --al fin de mantener la supuesta "coherencia" con la admisión a trámite

(!)-- ha sido inevitable. Ello genera una indefensión absoluta.

B. A la hora de denegar las diligencias probatorias propuestas por la defensa, el Auto de 7 de Abril de 2010 parte de un claro desenfoque de los elementos normativos del tipo de prevaricación. Esta parte propuso las diligencias de prueba que convenían a la defensa, explicando que se instaban para ofrecer datos de hecho de que las decisiones adoptadas por mi mandante en el ejercicio de su potestad jurisdiccional eran "defendibles"; planteamos estas diligencias al amparo mismo del tenor del Auto de 3 de Febrero [que razonaba que mi mandante había efectuado una interpretación *indefendible* de la norma] y al amparo de la inveterada jurisprudencia diseñada por este mismo Tribunal, que ha reiterado que la prevaricación exige dictar una resolución apartada de toda interpretación razonable.

A pesar de ello, el Auto modifica y altera el planteamiento y nos dice que "a la hora de determinar si ha sido o no cometida prevaricación, el juicio de valor correspondiente sobre la corrección jurídica de las resoluciones del imputado es responsabilidad exclusiva y excluyente del Tribunal que ha de enjuiciarlo", para añadir que "la fáctica existencia de plurales posiciones teóricas no determina su validez normativa". Por supuesto que no; pero en un proceso por prevaricación no se discute [o no se discutía hasta ahora] si lo resuelto por un Juez es "correcto jurídicamente" o tiene "validez normativa". Era preciso algo más: determinar si la interpretación era hasta

tal punto absurda o irrazonable que el Juez deba ser apartado de la carrera.

Estamos de acuerdo con el Tribunal en que para saber si una decisión es "correcta jurídicamente" no se necesitan pruebas; ciertamente, se trataría de un elemento normativo del tipo --que nadie mejor que este Tribunal Supremo para aclararlo-- **en la hipótesis de que dictar una resolución incorrecta jurídicamente fuese un delito.**

Pero ese no es el debate aquí. La prevaricación impone algo más que no está en el texto de la Ley, sino en la realidad del foro, en la práctica de los tribunales, en los debates doctrinales; en todos estos sitios podríamos rastrear datos de que la interpretación sostenida por mi mandante no es indefendible porque de hecho es defendida por numerosos magistrados. Y ese es un elemento *objetivo* al que no se puede dar la espalda.

Se trata de un elemento objetivo de contenido valorativo, sin duda alguna. Pero esta condición no le priva de su condición de *dato de hecho*, como sucede, por ejemplo, con la afectación a la fama o buen nombre que conllevan unos insultos. Aun siendo éste un elemento más valorativo que descriptivo o empírico, no deja de ser un **elemento objetivo** no sólo susceptible de prueba, sino que precisa ser probado expresamente.

Determinar si el contenido de una resolución es o no defendible, saber si responde o no a una interpretación inhabitual, o se aparta o no de forma manifiesta de los

estándares usuales en la doctrina y jurisprudencia, etc., es algo perfectamente verificable a través de los sentidos y la experiencia. Es un dato que ciertamente debe admitir prueba, y debe permitirse al imputado poder demostrarlo.

Por el contrario, el escenario al que nos convoca el Auto de 7 de Abril de 2010 es, por todo ello, altamente preocupante: estamos abocados a un Juicio por un delito cuyos elementos del tipo se nos anuncian ;"de naturaleza normativa y no fáctica"! ¿Qué nos queda, entonces? ¿Sentar a D. Baltasar Garzón en el banquillo para mantener ante él un debate "normativo"? ¿Para qué hacer un juicio, seamos sinceros, si el elemento nuclear del tipo no puede, según este Tribunal, "ser percibido o conocido a través de los sentidos" (!) y no es, por tanto, "verificable"?

En fin, hemos de denunciar expresamente esta situación en la cual nos encontramos, donde un Auto sostiene que las resoluciones dictadas por mi mandante no se encuentran "**dentro de las opiniones que puedan ser jurídicamente defendibles**" (pág. 24, Auto de 3 de febrero de 2010), pero en cuanto intentamos aportar pruebas de que ello no es así, de que son jurídicamente defendibles, **se nos replica que el concepto de lo defendible no puede ser objeto de prueba** ni es "verificable" ni puede ser "objetivo de la investigación" (sic), por lo que se residencia apenas en la pura y libérrima voluntad del Instructor. Y en virtud de todo ello, no se nos permite la prueba de que se defienden jurídicamente otras opiniones distintas.

1. En este contexto y finalidad solicitábamos, por ejemplo, la declaración de los magistrados autores del Voto Particular al Auto de 2 de Diciembre de 2008; en dichos Votos no se limitaron estos a "decir... cuanto estimaron conveniente expresar". No eran cosas que "decían" o "expresaban"; su Voto era la plasmación motivada de una decisión dictada en el ámbito de su función jurisdiccional, en la cual se concreta una doctrina judicial [no meramente una opinión o juicio de valor] que coincide con la planteada por D. Baltasar Garzón. Por eso instamos su testimonio, para exponer ante esta Excma. Sala la existencia *fáctica* de una interpretación defendible del Ordenamiento Jurídico que no haga inevitable la impunidad de los crímenes contra la Humanidad.

El Auto incurre en un claro error cuando interpreta que estos testimonios se reclaman para "acudir a la opinión de otros juristas para formar el criterio que aquel enjuiciamiento reclama". No es así, en modo alguno. No pretendemos convencer a esta Excma. Sala de ninguna doctrina jurídica ni que ésta forme criterio jurídico alguno en función de la misma; simplemente, queríamos exponer ante ella que estas opiniones *existen*, son razonables, defendibles y no se cuartejan "principios esenciales" del Estado por sostenerlas. Por más que esta Excma. Sala [o alguno de sus componentes] estuviera en desacuerdo con tales doctrinas, no deseamos discutir su contenido, o su corrección "objetiva", sino su *fáctica* existencia como doctrina *razonable*. ¿Que no son válidas? Es posible que no, pero son razonables y no extravagantes.

Por otra parte, tampoco se comprende la mención a la STS 13/2006 con la que se pretende justificar la denegación de las diligencias de prueba. Y es que, aún en el caso de que esta parte hubiese propuesto la práctica de pericias en Derecho --cosa que no es así, en absoluto-- aquella Sentencia citada señalaba que:

"Estas consideraciones, sin embargo, no quieren decir que el Tribunal no hubiera podido incorporar a los autos un dictamen jurídico. **No existe ninguna norma que lo impida ni ello significa que los jueces del caso pierdan el monopolio del poder jurisdiccional**".

Pretender, en fin, ver en nuestra iniciativa una "desconsideración" al Tribunal enjuiciador no sólo está injustificado sino que es un intento --uno más-- de buscar el apoyo del resto del Tribunal, pero personalizando el debate y convocando respuestas de autoridad que ni son necesarias ni se corresponden con la precisa cuestión planteada.

2. En este mismo sentido, el Auto de 7 de Abril rechaza solicitar testimonios de cuestiones de competencia planteadas por algunos Juzgados, "dado que los pareceres de los Jueces y Magistrados involucrados no parece que puedan sobreponerse a los ya considerados por la Sala Segunda del Tribunal Supremo".

Nuevamente, nos encontramos ante la misma grave disfunción argumental. Ni el Juzgado de El Escorial ni el de Granada han mostrado simplemente sus "pareceres"; han

dictado Autos motivados en Derecho, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, razonando la tesis de que la Audiencia Nacional es la competente para conocer de los crímenes denunciados. Es evidente que semejante tesis no podrá "sobreponerse" a la doctrina de este Excmo. Tribunal, pero nadie ha pretendido tal cosa. Con esta diligencia, queríamos apenas aportar datos ante esta Sala de lo irrazonable que resulta sostener que D. Baltasar Garzón era "consciente de su falta de competencia" cuando dicta el Auto de 16 de Octubre de 2008, toda vez que ha habido al menos dos Juzgados de Instrucción que defienden la misma tesis jurídica, que no podrá ser tenida por extravagante. No sólo el mismo "parecer", sino la misma tesis jurisdiccional. Y ello, además del voto particular en el mismo sentido de los tres Magistrados discrepantes del Auto de 2 de Diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Y aunque esta tesis pueda ser tenida por incorrecta en el futuro, y esta Excma. Sala dictamine "lo que corresponda", insistimos en que el debate en este proceso penal es muy otro: debatiendo sobre lo irrazonable, o lo fuera de toda interpretación sensata de las decisiones de mi mandante, será un dato fundamental tener en cuenta el criterio sostenido por estos Juzgados.

Pero el desenfoque del Auto se advierte cuando nos dice que para la resolución de estas Cuestiones de Competencia "podrá ser criterio precedente el que antes establezca al resolver definitivamente este procedimiento". Con esta frase, el Excmo. Instructor nos adelanta, en primer lugar, que el Tribunal Supremo ha tomado la decisión

de resolver "antes" esta Causa Especial que aquellas Cuestiones de Competencia, lo cual es insólito e incomprensible. En segundo lugar, esta frase reitera que la pretensión de este Excmo. Tribunal es sentar "criterio" o doctrina en relación con la posible investigación futura de los hechos denunciados, lo cual excede notoriamente de un proceso por prevaricación.

Este proceso penal no tiene relación material alguna con las Cuestiones de Competencia, llamadas únicamente a resolver la opción entre un foro judicial y otro; y en esta alternativa, que es la única que pende en tales Cuestiones, ¿por qué habría de necesitar contar con el precedente de la Sentencia contra mi mandante? Parece *como si* lo que se quisiera es zanjar el inocultable debate jurídico de fondo con una decisión que, de paso, termine con la tentación de reabrirlo en el futuro. Pero ésta no puede ser la finalidad de la Jurisprudencia de esta Excma. Sala y, en este sentido, creemos que el Auto es exorbitante.

Por otro lado, si la Sentencia que recaiga contra mi mandante fuera absolutoria, menos entendemos de qué manera pueda influir en unas Cuestiones de Competencia pendientes.

3. El Auto rechaza de forma vehemente el testimonio de D. Ricardo Vinyes, interpretando que esta defensa llama al testigo nada menos que "para ilustrar a este Instructor a fin de que pueda valorar lo horrendo de los crímenes relativos a secuestro de niños, por cuanto que, aún en la hipótesis de que el Instructor careciera de capacidad

propia para tal valoración, esa constatación nada añadiría, ni restaría, a las razones de la imputación" (sic).

Lamentablemente, parece que el Excmo. Instructor se ha sentido preocupado personalmente con nuestra propuesta; esta defensa nunca ha querido entrar en la capacidad o incapacidad del Instructor en valorar "lo horrendo" de los crímenes. Basta leer nuestro escrito de 9 de Febrero de 2010 para comprobar que con esta testifical únicamente pretendemos constatar la existencia de la denuncia sobre el secuestro organizado de niños, sus circunstancias y la gravedad de los hechos denunciados; no su carácter "horrendo", que es evidente, sino su carácter *delictivo*. Nos bastaría que en esta Instrucción se valorara su carácter delictivo, porque sobre este particular --y después de haberlo requerido en diversos escritos-- no hemos obtenido respuesta. Ignoramos por qué el Juez que se dispone a investigar estos crímenes es un presunto prevaricador; ignoramos si la tesis de este Excmo. Tribunal es que tales secuestros son un delito político, o si están prescritos (¿desde cuándo?) o amnistiados, o si es un invento de las víctimas. Nada de esto se nos ha dicho.

4. Se rechaza el testimonio de los denunciados "porque estos se han expresado, y nítidamente, sin que su discurso afecte a la calificación del comportamiento del imputado". Sin embargo, según el Auto de 3 de Febrero de 2010 sí parecía afectarle, ya que se nos decía entonces que las víctimas habían mostrado una actitud "angustiada" (pág. 45) y les llegaba a reprochar, nada menos, "el intento de buscar atajos en el uso indebido del cauce penal". En la

medida en que el Auto de 3 de Febrero consideraba indebida la actitud de las víctimas --vinculando esta actitud con la posterior decisión también indebida de D. Baltasar Garzón al admitirlas a trámite-- es por lo que considerábamos de utilidad que el Excmo. Instructor pudiera escuchar a los denunciantes, y comprobar lo equivocado de su previo juicio. Tampoco esta diligencia de prueba se nos ha permitido.

5. Se rechaza el testimonio de D. Carlos Jiménez Villarejo señalando que "tampoco resulta útil para hacer visible la intencionalidad del imputado". Sin embargo, propusimos esta diligencia precisamente porque el Auto de 3 de Febrero de 2010 --yendo más allá de lo expuesto en ninguna de las querellas-- no interpretaba correctamente lo que consideraba el "verdadero objetivo" del Grupo de expertos en su coordinación con la Policía, y la supuesta "jerarquización de objetivos" del Grupo designado en tal causa, del cual formaba parte el Sr. Jiménez Villarejo. Toda vez que el Auto mostraba desconocer este objetivo, y que sobre este desconocimiento advertía indicios de cargo contra mi mandante, resulta absolutamente necesario escuchar a este testigo en relación con el contenido, finalidad y razón de ser de aquel Grupo.

Pero estamos en la misma situación: este Excmo. Instructor ya tiene una opinión sobre el particular, y no considera de utilidad ninguna diligencia de prueba que se le quiera aportar de contrario.

6. Finalmente, el Auto desprecia nuestra propuesta de solicitar antecedentes de otros procesos penales que hayan tenido el mismo objeto procesal que el incoado por mi mandante, con el argumento de que se trata de procesos contra otros individuos, por otros delitos y en otros países.

En parte tiene razón el Auto: se trata de otros países y otros individuos, pero los delitos son los mismos: las mismas desapariciones forzadas, las mismas prácticas sistemáticas de asesinatos masivos, los mismos secuestros de niños. Cada víctima es diferente, ciertamente, pero el crimen es el mismo. Es el mismo delito que ha sentado en el banquillo a criminales de guerra en Estados Unidos, Italia, Francia, Alemania, Argentina... Es el mismo delito que la Jurisdicción española [con opiniones en contra, entre otras, del Excmo. Sr. Instructor, como sabemos] persigue y condena cuando se comete en cualquier lugar del globo, salvo en España. Y para mostrar lo contradictorio de esta sonora excepción, es por lo que instábamos la práctica de esta diligencia, que también se nos ha denegado, como todas las demás.

En fin, el Auto recuerda que "el Juez Instructor ha de actuar objetivamente, practicando no sólo aquellas diligencias que sean útiles para la formulación de la acusación, sino también aquellas que, siendo pertinentes, puedan favorecer la defensa del imputado"; por desgracia, no ha resuelto en consecuencia.

Como señala la constante Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el juicio de admisión de diligencias debe verse presidido por un juicio de '*pertinencia*', esto es, valorando si son o no concernientes al propio asunto debatido. Y en el caso presente todas las diligencias son pertinentes, y en parte han sido acogidas incluso por el Ministerio Público. Lo que la Ley no prevé, ciertamente, es que un Instructor pueda despachar la solicitud de diligencias de descargo con el argumento de que el hecho investigado "*ha sido ya objeto de valoración suficiente en las decisiones de este Instructor*", razón por la cual serían supuestamente "inútiles" las diligencias. Por más que el Instructor se haya hecho una idea preconcebida de los hechos, no puede denegar a la defensa la posibilidad de aportar a la causa otros elementos de valoración que vengan al caso y que se refiera a los hechos investigados.

Por todo ello, la decisión --ésta sí, insólita por inhabitual-- de denegar a la defensa **todas** las diligencias que había solicitado [incluso aquéllas que el Fiscal apoyó expresamente] después de haber aceptado las diligencias propuestas por la acusación, cuya utilidad o pertinencia permanecen inéditas, vulnera clara y decisivamente el derecho a la defensa de mi representado, previsto en el art. 24.2 de nuestra Constitución y art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dejamos expresamente mencionados a los efectos oportunos. Esta denegación de pruebas causa un daño tanto más irreparable cuando que el Auto de 7 de Abril puede abrir paso --como de manera explícita pretende-- a la suspensión inmediata de mi representado en sus funciones jurisdiccionales.

Tercera.- De la falta de concurrencia de los presupuestos para dictar el Auto de continuación del procedimiento.

A. El art. 779 L.E.Cr. prevé que el Auto de prosecución integre la relación de hechos punibles. A este respecto, el Auto de 7 de Abril remite expresamente al anterior Auto de 3 de Febrero, si bien incluyendo en esta ocasión, de manera formal, la querrela presentada por la Falange Española de las JONS. A pesar de formar parte de la Sala, sostiene el Excmo. Instructor que no le constaba esta querrela de la Falange hasta el día 5 de Febrero de 2010, esto es, al día siguiente de haber notificado a las partes el Auto de 3 de Febrero. En dicho Auto, recordemos que el Excmo. Instructor había adelantado "uno de los contenidos preceptivos del auto previsto en el citado artículo 779.1.4 L.E.Cr.: la determinación del hecho objeto del proceso" (Auto de 1º de Marzo de 2010). Ya en su día indicamos lo extraño de semejante adelanto, cuando, por notoriedad, existía una querrela de la Falange pendiente de acumulación.

En cualquier caso, en este Auto de 7 de Abril ya se nos integra el tenor de esta nueva querrela en el hecho enjuiciable, y esta parte se defenderá frente a su contenido. A pesar de que la querrela de Falange Española incluye la denuncia de una lesión contra "*el derecho al honor de las personas que aparecen reseñadas en su auto (del Juez Garzón) como responsables de crímenes contra la humanidad*", alegando que "*tal proceder es calumnioso y atenta contra el derecho al honor de nuestro movimiento y sus miembros*", el Auto de 7 de Abril elimina este motivo de imputación queriendo interpretar que la Falange reprocha a

D. Baltasar Garzón hechos "que no erige en hecho a imputar". Ignoramos en qué se basa esta afirmación; admitida a trámite la querrela de la Falange, nos habremos de defender de todo su contenido y, si este procedimiento llega a juicio, es seguro que la defensa de esta Acusación Popular no va a compartir el pudor del Auto de 7 de Abril.

Vinculado con lo anterior, señala el Auto que "no cabría conformar un peculiar estatuto de parte con asimétrico y discriminatorio haz de derechos en función de su declarada adscripción ideológica, por muchos que fueren los que pusieren en ello su empeño". Esta defensa no es quien tiene el poder para intentar tal cosa. Pero también habrá de denunciarse, con la misma contundencia, que en este caso particular que nos ocupa han sido precisamente **motivaciones ideológicas** las que han movido a ciertas organizaciones y grupúsculos marginales a ejercer una acción penal contra D. Baltasar Garzón, para denunciar un delito que ni la Fiscalía ni la Sala de lo Penal en pleno de la Audiencia Nacional habían advertido. Y habríamos esperado que este Excmo. Tribunal valorase estas espurias motivaciones a la hora de no prestar crédito a tal persecución ideológica.

B. Por lo demás, en relación con el hecho imputado, damos por reproducidos los argumentos expuestos en anteriores escritos. Hemos de suponer que el Excmo. Instructor ha prescindido de reprochar a D. Baltasar Garzón cualquier supuesta vulneración de las normas de reparto de la Audiencia Nacional, tema sobre el cual se practicaron varias diligencias de prueba, cuya motivación no se nos ha explicado nunca. De igual forma, habría quedado fuera de

imputación la tramitación del proceso penal derivado de los sucesos de Paracuellos, imputación ésta que fue objeto de querrela y también de prácticas de diligencias de instrucción --a instancias de las acusaciones--, pero que no se menciona en el Auto.

De modo que el hecho imputado, desde una perspectiva material, se centraría una vez más en el supuesto "desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la Ley de amnistía 46/1977", o principios como la "irretroactividad de la ley penal desfavorable", insinuando que lo que pretende mi mandante es nada menos que derogar la ley de amnistía, o "redefinir" el alcance de retroactividad de las normas sobre prescripción, cosa que, en efecto, sólo corresponde al Poder Legislativo.

Sin embargo, lo que corresponde a los Jueces y Magistrados es interpretar la Ley y el Ordenamiento Jurídico, siempre con criterios jurídicos pero con la libertad de interpretación que concede la titularidad de un Poder del Estado. Y en el marco de esta interpretación, y con la ley en la mano, D. Baltasar Garzón entendió que la Ley de Amnistía no era aplicable a los hechos que se habían denunciado, y entendió que los mismos no estaban prescritos. No pretendió derogar ni pasar por encima de ninguna norma, sino únicamente interpretarlas de conformidad con el resto del Ordenamiento Jurídico, incluyendo lógicamente los Tratados internacionales firmados y ratificados por España que, por aplicación del art. 96 C.E., forman parte del Ordenamiento interno.

Podemos explicar una vez más cuáles fueron los criterios jurisdiccionales en que fundó mi mandante sus resoluciones. Nos consta que este Excmo. Instructor no los comparte [cfr. Voto Particular en Sentencia 1º Octubre de 2007; "caso Scilingo"] pero insistimos una vez que el debate no es ése, sino valorar el supuesto carácter **insostenible** de tal interpretación. Ha reiterado el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 23 de Febrero de 2010:

<<Las resoluciones que se dicen prevaricadoras... en modo alguno pueden ser tenidas por tales, porque responden a una línea de interpretación por el Magistrado querellado de las cuestiones de fondo (competencia para conocer, aplicación de la Ley de Amnistía) que podrá ser muy discutible, forzada o poco razonable, como pone de manifiesto el informe del Ministerio Fiscal de 1 de Febrero de 2008, pero **no puede ser incluida, en modo alguno, en la categoría de las 'indefendibles' u 'objetivamente insostenibles' como parece exigir con insistencia la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo**, por cuanto que, como ya se apuntaba en anteriores escritos del Ministerio Fiscal, la 'competencia' o 'incompetencia' de la Audiencia Nacional, y en concreto del Juzgado Central de Instrucción nº 5, que constituyó la cuestión esencial del Auto de 2 de Diciembre de 2008, del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acabó negando tal competencia del querellado, a favor de distintos Juzgados de Instrucción del territorio nacional, contó con el Voto particular de 3 magistrados que se manifestaron en dirección opuesta a la mayoría de la Sala, e incluso alguno de los Juzgados de Instrucción receptores de las respectivas diligencias, desgajadas de la investigación que llevaba a cabo el Magistrado querellado, aún hoy en día se manifiestan en esa misma dirección>> (folio 781).

Esta es la cuestión principal: valorar la interpretación como no insostenible. Pero aparte de ello, podríamos añadir 'ad maiorem' los argumentos por los cuales D. Baltasar Garzón, y otros muchos magistrados, entienden que la Ley de Amnistía no impide la investigación de los crímenes ocurridos durante la Guerra Civil. Podríamos mencionar una norma, el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, vigente y aplicable en España, que establece que la vigencia del principio de legalidad no podrá oponerse para impedir el juicio "*de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*". Y este precepto es aplicable directamente por los tribunales, como lo es todo el corpus normativo del derecho internacional penal, que no se limita a establecer unos meros ideales de justicia, sino que es norma vigente, derecho positivo, que aplica, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando impone la interpretación restrictiva de las leyes de amnistía [Caso Ould Dah v. Francia, 17 de Marzo de 2009]. Y podríamos añadir el propio tenor del Código Penal, y la jurisprudencia que lo desarrolla, que nos señalan que el delito de desaparición es un delito permanente, como lo es la sustracción de niños, que no comienza a prescribir mientras que no se pone fin a la situación ilícita generada. Y podríamos discutir, con la Ley en la mano, el concepto de delito político, y si el asesinato indiscriminado de poblaciones y el terror indiscriminado, puede conceptuarse como delito político, etcétera, etcétera.

Por otra parte, quedándose con la Ley en la mano, no hay ningún precepto en la Ley de Amnistía que impida

investigar ningún hecho delictivo, aun en la hipótesis de que se tenga que valorar, en su momento procesal, como amnistiado. De hecho, y tal y como hemos explicitado en anteriores escritos, la experiencia de nuestros tribunales es que **deben investigarse** y llevarse a juicio hechos supuestamente constitutivos de delito por más que se pueda presumir que estarían comprendidos en la Ley de Amnistía [Auto de 19 de Diciembre de 1995, Sección II de la Audiencia Provincial de Madrid, 'Caso Enrique Ruano']. Ningún precepto de la Ley de Amnistía respalda la interpretación que pretende imponer ahora el Excmo. Instructor: dicha Ley no autoriza a denegar la tutela judicial de las víctimas de tales delitos, cuando acudan ante los Tribunales con la pretensión de saber qué pasó con sus familiares. [Derecho fundamental a la tutela judicial que, por cierto, no existía en España cuando se aprobó la Ley de Amnistía, por lo que puede interpretarse razonablemente que el derecho de estas víctimas a obtener reparación es un derecho fundamental que no puede verse cercenado por una norma tal vez democrática pero sin duda preconstitucional].

C. En relación con el **derecho de las víctimas**, el Auto vuelve a insinuar que el comportamiento de mi mandante pudo ser "bienintencionado", pero que ello no le exculparía del delito. En consecuencia, hemos de reiterar ahora que el fundamento último de toda la actuación jurisdiccional es garantizar que toda persona tenga asegurada la tutela judicial efectiva de jueces y magistrados en el ejercicio de sus derechos e intereses. Conceder esta tutela no es únicamente algo 'bienintencionado' o 'encomiable', como señalaba el Auto de 3 de Febrero, sino algo **obligado** dentro del funcionamiento de los tribunales.

Proteger y dar respuesta a las víctimas se sitúa en el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, antes que en el de las obras humanitarias. El tratamiento de las denuncias penales presentadas por las desapariciones forzadas de personas durante el período de la Guerra Civil y de la postguerra (incluidos miles de niños separados con violencia de sus padres) merece ser analizado --sólo puede serlo, de facto-- desde la óptica del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) con la finalidad de dar cumplida respuesta a las legítimas demandas de esclarecimiento e investigación de los hechos presentados por las familias de los desaparecidos, en palabras del Fiscal ante el Tribunal Constitucional, Excmo. Sr. D. Manuel Miranda Estrampes (Vid. su artículo "*Caso del Arroyo de la Coja de Jauja. Una desaparición forzada de 1936 sin resolver. Crónica de una ocasión perdida*", en Diario La Ley, nº 7076, de 15 de Diciembre de 2008. LA LEY 6114, 2008). Este Fiscal defendió ante el Tribunal Constitucional el derecho de una mujer, D^a Rocío Borrego Cobacho, a que la Justicia investigara la desaparición de su madre en Lucena a primeros de noviembre de 1936. Para este Fiscal las decisiones judiciales que acordaron el archivo por prescripción del delito --decisiones que calificaba de "irrazonables"-- no podían considerarse fundadas en Derecho en los términos exigidos constitucionalmente conforme al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y concluía. Cuando expusimos anteriormente este argumento, el Excmo. Instructor nos contestó que aquel Recurso del Fiscal fue inadmitido a trámite; pero a efectos del razonamiento, y en esta sede penal, eso es irrelevante. Lo relevante es que la Fiscalía del Tribunal Constitucional comparte la tesis que

movió a D. Baltasar Garzón a admitir a trámite las denuncias de las víctimas en pro de su derecho a la tutela judicial, con lo que, una vez más, no puede calificarse de indefendible o prevaricadora, si no es negando el derecho a una interpretación alternativa y postulándose como único intérprete de la conciencia de la ley.

D. Frente a estas decenas de miles de víctimas, y sin pretender ningún argumento plebiscitario --como gratuitamente nos atribuye el Auto de 7 de Abril-- el proceso penal incoado por mi mandante no perjudicó a nadie. Este mismo Tribunal lo ha reconocido, por lo que se nos escapa la potencia o relevancia del bien jurídico lesionado, en una matizada compensación de intereses, que obliga a apartar de las funciones jurisdiccionales y sentar en el banquillo a mi representado y a desproteger al mismo tiempo a las víctimas de los crímenes franquistas, condenándolos a no saber nunca qué pasó de sus padres y hermanos. Más allá de proclamaciones grandilocuentes, como la que se refiere a los "principios esenciales del Estado", ignoramos qué bien jurídico lesionó D. Baltasar Garzón. Y, sobre todo, teniendo en cuenta la situación que propugnan el Auto de 3 de Febrero y el Auto de 7 de Abril de 2010 --esto es, la decisión de desoir a las víctimas-- ¿será ésta una situación que se adapta mejor a la tutela judicial efectiva? ¿Se adapta mejor al respeto de los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución, que es la primera Ley? Nuestra opinión es que no. Habrá quien sostenga lo contrario, pero ciertamente no se nos ocurrirá tildar de prevaricador a quien sostenga una opinión divergente.

E. En conclusión, entendemos que la doctrina expuesta por el Auto de 7 de Abril de 2010 es contraria a Derecho e impone un serio riesgo para la independencia judicial, garantizada en el art. 117 C.E. Dicha independencia impone respetar en cada juez o magistrado la capacidad de decidir de forma "no interferida" la interpretación que ha de dar a cada norma del Ordenamiento, según el espíritu de los principios constitucionales. Muy lejos de ello, el espíritu del Auto tiene más que ver con el intento de imponer a unos subordinados jerárquicos una determinada interpretación normativa --o unas "opciones de política del derecho adoptadas en otras sedes y subrepticamente filtradas en el momento interpretativo"¹ (en este caso, de forma bien poco subrepticia)-- que con un Poder Judicial que respete la independencia y libertad de criterio de todos y cada unos de sus miembros.

Dentro del respeto a la Ley, y salvando las decisiones de notable extravagancia --en la que no nos encontramos-- un Juez en el ejercicio de su potestad no puede ser interferido cuando conforma su criterio jurídico

¹ **"EL PODER JUDICIAL"** Perfecto Andrés Ibáñez y Claudio Movilla Álvarez. Ed. Tecnos, 1986. "(La independencia) no es en modo alguno función de la imposible neutralidad ideológica, sino precisamente la forma específica que el Magistrado tiene de ser político. No como transmisor meramente pasivo de opciones de política del derecho adoptadas en otras sedes y subrepticamente filtradas en el momento interpretativo, sino como quien tiene que moverse inevitablemente dentro de márgenes no pequeños de discrecionalidad. Y puesto que la norma jurídica no preexiste en términos absolutos al momento de su aplicación y el juez debe <colaborar -como dice Lazzaro- con el poder legislativo en la formación de la dirección política del Estado>" (pág. 122).

motivadamente, sin que pueda imponérsele el riesgo de que algún día un superior jerárquico pueda valorar su expulsión de la carrera judicial al repudiar la interpretación jurídica con la que haya resuelto un caso en particular.

Por todo ello,

SOLICITO AL EXCMO. INSTRUCTOR que teniendo por recibido este escrito, tenga por formulado **RECURSO DE REFORMA** contra el Auto de 7 de Abril de 2010 y, tras los trámites legales oportunos, dicte nueva resolución dejándolo sin efecto y acordando, en su lugar, la práctica de las diligencias de instrucción solicitadas en nuestro escrito de 9 de Febrero de 2010, para acordar seguidamente el archivo de la presente causa.

OTROSI DIGO que este escrito se presenta en el Juzgado de Guardia toda vez que, de forma sorprendente, únicamente se nos ha concedido tres días "naturales" para la formulación del presente Recurso, cuando hasta ahora se otorgaban días "hábiles" como sucedió, por ejemplo, con el Auto de 3 de Febrero de 2010, en cuya diligencia de notificación se nos indicaba que:

"(podrá) interponer Recurso de Reforma ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor que la ha dictado dentro del plazo de tres días **hábiles** siguientes al de la presente diligencia".

Sin embargo, en la diligencia de notificación del Auto de 7 de Abril de 2010 se nos indica que:

"(podrá) interponer Recurso de Reforma ante el Excmo. Sr. Magistrado Instructor que la ha dictado dentro del plazo de tres días **naturales** siguientes al de la presente diligencia".

Por gestión directa en la Secretaría de este Excmo. Tribunal se nos ha confirmado que el cambio no es un error.

Pues bien, ignoramos a qué se ha debido este insólito e injustificado cambio de criterio respecto al mantenido hasta el momento, que nos coloca en un término que expira hoy sábado, diez de Abril.

Podemos indicar, por añadidura, que en relación con los cómputos de plazos este Excmo. Instructor tiene argumentado --en otro caso parecido-- que *"el plazo para la interposición del recurso debe computarse conforme a las normas de carácter general, **sólo por días hábiles**", toda vez que "la razón de ser de esta excepción (habilidad de todos los días y horas del año para instrucción de las causas penales) desaparece cuando se trata de recurrir resoluciones", en la medida en que **"ni la resolución en sí misma ni el acto procesal de parte consistente en su impugnación"** conforman "un acto de instrucción" (Auto nº 508/2006, de 5 de Diciembre, Sección II de la Audiencia Provincial de Pontevedra), con lo que su decisión de imponernos ahora unos plazos más exigentes no tiene*

respaldo en los antecedentes de este procedimiento ni en la Ley (arts. 182, 185 L.O.P.J.) ni tampoco en la interpretación que de la misma ha mantenido el Excmo. Instructor (cuando formaba parte de otro Tribunal).

NUEVAMENTE SOLICITO POR ESTE OTROSI que tenga por hechas las anteriores manifestaciones y por formulada queja por este cambio de criterio para el cómputo de los plazos del recurso, por el apremio y la injustificada limitación material que supone en el ejercicio del derecho a la defensa.

En Madrid, a diez de Abril de dos mil diez.

Ldo. Gonzalo Martínez-Fresneda Proc. Virginia Aragón Segura
Col. nº 11.487 Col. nº 1040