

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^o 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 teniendo en consideración el contenido del Auto de 3 de Febrero de 2010 -notificado el siguiente día 4- dictado por el Excmo. Sr. Instructor, por medio de este escrito y ejercitando el derecho de defensa en la fase de Instrucción, esta parte interpone **Recurso de Apelación** contra el citado Auto, al tiempo que viene a solicitar en el seno de esta instrucción la práctica de las **diligencias** que se relacionan al final, con base en las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Sobre las omisiones y los errores del Auto de 3 de Febrero de 2010.

Ante todo, debemos mostrar nuestro más completo desacuerdo ante el contenido del Auto que se nos ha notificado. Un Auto que resulta insostenible en su

valoración de los hechos, infundado en la aplicación del Derecho material y sinceramente incomprensible en la aplicación del Derecho procesal. La motivación del Auto se limita a una sucesión de calificativos peyorativos acerca de la conducta de mi mandante, a cual más injustificado, pero no nos ofrece una valoración técnica jurídica del comportamiento de D. Baltasar Garzón. El contenido estrictamente jurídico del Auto se limita a tres páginas [pág. 23 a 25] donde incorpora unas "líneas básicas" sobre el delito de prevaricación; más allá de estas líneas, el Auto se ocupa en descalificar todo el actuar del Magistrado, con el que parece claro que no está de acuerdo. Pero no basta estar en desacuerdo para acusar a un Magistrado de prevaricador.

I.- Desde una perspectiva fáctica, el Auto muestra una patente desviación de los hechos objeto de esta causa, ofreciendo una visión tan sesgada de la instrucción llevada a cabo por mi mandante, que sólo cabe explicarse desde una idea preconcebida de este asunto, que le impide analizar con objetividad los hechos que contempla: se ha considerado inaceptable que el Juez Garzón abra una causa sobre los crímenes de la Guerra Civil y la posguerra y --a partir de ahí-- todas las decisiones tomadas en el seno de esa causa son valoradas en contra del Juez, desde la peor de las diversas interpretaciones posibles. Para ello, el Auto no duda en dar por sentadas unas conclusiones *a priori*, obtenidas haciendo un proceso de intenciones: el Juez sólo pretendería dirigir la apertura de las fosas (aunque no haya abierto ninguna) eludir las previsiones de la llamada Ley de la Memoria Histórica (a pesar de que ésta se promulga un año después de iniciarse la causa) y dar pábulo a unas asociaciones de víctimas que al presentar sus denuncias sólo habrían pretendido tomar el atajo más corto para localizar los restos de sus familiares.

Sólo desde esta idea preconcebida se puede entender que en la descripción de los antecedentes fácticos y procesales, el Auto sea tan selectivo y parcial, como si se pretendiera amoldar el supuesto de hecho a la consecuencia jurídica que se va a imponer, desde la condena absoluta y radical dirigida ya contra la existencia misma de la causa abierta por D. Baltasar Garzón.

Para empezar, un dato que llama la atención en la descripción de los antecedentes procesales es que el Auto guarde un completo silencio respecto a la querrela presentada por Falange Española de las JONS contra mi mandante, querrela que fue admitida a trámite por la Sala mediante Auto de 15 de Diciembre de 2009. Cuando ahora el Auto de 3 de Febrero dictado por el Excmo. Instructor diseña lo que señala como "hecho justiciable", lo hace acudiendo al texto de las querellas [como si fueran estas querellas y no los Autos de Incoación los que marcaran el ámbito de la cognición judicial] pero se olvida clamorosamente de esta querrela de Falange, presentada hace ya más de cinco meses y admitida a trámite hace dos. Si el título de imputación ha de deducirse del contenido de las querellas, como se afirma en el Auto (págs. 5 y ss.) el tenor de esta tercera querrela no puede ignorarse olímpicamente.

Recordemos que la querrela de Falange imputa a mi mandante, entre otras cosas, *"vulnerar el derecho al honor de las personas que aparecen reseñadas en su auto 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 3 de Febrero ha tenido la prevención de apartar de sí el contenido de esta querrela admitida a trámite, pero esta parte tiene que saber si en el título de imputación frente al que tiene que defenderse está incluido también como acto

injusto el haber atentado de forma calumniosa contra el honor "de nuestro movimiento y sus miembros". Ello con independencia de las indeseables cuestiones de nulidad procesal a las que puede dar lugar no contar con una parte querellante admitida en el procedimiento.

También prescinde el Auto de 3 de Febrero de cualquier mención al rapto de los niños durante la Guerra Civil y la postguerra. Tal y como explicó mi mandante, el contenido de la instrucción iniciada por él fue objeto de concreción y definición ulterior, aún después de admitida la competencia, en particular por las denuncias sobre la horrenda práctica de sustracción de menores en la Guerra y en la postguerra. Sobre este particular el Excmo. Instructor preguntó expresamente a mi mandante en su declaración de 9 de Septiembre de 2009, constatando que la causa instruida por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 también había incorporado este hecho en su instrucción. Sin embargo --y de forma incomprensible, sobre todo después del interés mostrado por el Instructor sobre este tema-- estos gravísimos hechos punibles jamás investigados desaparecen del Auto de 3 de Febrero que, de esta forma, nos priva de cualquier explicación sobre por qué estos delitos no pueden ser investigados [¿son delitos políticos? ¿han prescrito?].

También prescinde, en fin, de mencionar en su "hecho justificable" lo referente a la supuesta vulneración de las normas de reparto de la Audiencia Nacional, tema sobre el cual inopinadamente se practicaron varias diligencias de prueba, cuya motivación todavía no se nos ha explicado, pero que han ocupado la instrucción de esta Causa Especial durante los meses de Noviembre y Diciembre del año pasado. El silencio del Auto sólo lo podemos entender como un desprecio hacia el resultado de cualquier diligencia que no vaya en la dirección de confirmar que todo, absolutamente todo lo hecho por D. Baltasar Garzón en ese procedimiento

odioso era irregular. Pero habría sido deseable que el respeto a lo actuado en esta Causa Especial y al propio juez querrellado hubiera llevado al reconocimiento de que no había nada irregular en todo aquello y que las múltiples denuncias de los familiares de los desaparecidos habían correspondido a su Juzgado sin que él lo buscara.

El Auto también omite que las Asociaciones de Memoria Histórica pretendieron personarse en esta Causa Especial, lo que no les fue permitido, aunque sí se esmera en recordar que no se permitió la personación de algunos herederos de ministros de Franco durante la guerra. Estas probablemente pretendían sólo cambiar la Historia. Pero aquellas querían defender la legitimidad de la causa abierta por el juez imputado, entendiendo -nunca mejor dicho- que esa es *su causa*. Quizá su presencia habría permitido entender la finalidad de sus denuncias mejor de como lo hace el Auto de 3 de Febrero. Mientras tanto, en esta Causa Especial contra el juez Garzón y a solicitud de Manos Limpias se ha unido un testimonio íntegro del procedimiento del Juzgado Central nº 5, con todos sus anexos, en los que constan todos los informes sobre la localización de las fosas y los listados con miles de desaparecidos, recabados con esfuerzo y dolor por las asociaciones, para aportarlos al juzgado de Garzón. Las asociaciones no pueden intervenir en esta Causa Especial, pero Falange Española sí.

En fin, se olvidan sistemáticamente los hechos que no encajan en el marco punible diseñado, se imaginan intenciones, se confunden fechas e incluso se imputa a mi mandante la firma de resoluciones que no firmó, por estar de baja, como enseguida veremos.

II.- El Auto tampoco se detiene en contestar todas nuestras alegaciones expuestas en el escrito de 1° de Octubre de 2009, por el que solicitábamos el sobreseimiento de la causa.

Dada la naturaleza del Auto dictado por el Excmo. Instructor, y habida cuenta de que todavía estamos en fase de instrucción, no replicaremos en detalle cada una de las afirmaciones que hace, pero sí será necesario salir al paso de su contenido y solicitar que sea dejado sin efecto. Para ello, debemos impugnarlo, básicamente en lo que se refiere al capítulo titulado, con gran alarde apodíctico, "*Las resoluciones dictadas por el querellado son objetivamente contrarias a Derecho*" (pág. 26). Ya en este título está el germen del sofisma, ya que cuando se convierte una valoración subjetiva, de las varias posibles, en una realidad "objetiva", la prevaricación de la conducta valorada resulta inevitable.

El Auto nos dirá que "*la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley*" (pág. 25), pero ¿no cae el Auto en el mismo defecto que reprocha a mi representado? La opinión doctrinal del autor de esta resolución se convierte en tribunal de la conciencia de la Ley, al presuponer que sólo hay "una" interpretación legislativa, sólo una forma de entender e interpretar la norma, el delito de detención ilegal, la prescripción de los delitos y, en definitiva, la impunidad de los crímenes contra la Humanidad. Una forma que es la suya; una forma que cosifica o materializa la Justicia, con mayúsculas, de manera que cualquier otra visión o interpretación convierte a la resolución en "objetivamente" contraria a Derecho. Y ello, aunque para tal fin se tenga que orillar la realidad de los hechos, prescindiendo de aquellos que desenfocan la visión del Excmo. Instructor al resultado al cual dice estar "vinculado" desde que se admitió la primera querrela.

Veamos dónde considera que mi representado pudo cometer un delito de prevaricación.

A. Sobre el Auto de Incoación de Diligencias Previas. El Auto de 3 de Febrero considera que ya el Auto de Incoación de Diligencias Previas firmado por mi mandante es prevaricador. En primer lugar, llama la atención semejante conclusión cuando el Auto de 26 de Mayo de 2009, que admitió la querrela que dio origen a la presente causa, nada decía de tal supuesta irregularidad. Según aquel Auto de la Sala --que es el que enmarca la imputación fáctica; no la querrela-- el reproche se centraría en que mi mandante *"reconoce carecer de competencia material, salvo por razón de su conexión con otro delito del que se proclama competente, pero que no está vigente ni investiga, y por el que se incoa el procedimiento"*. Nada más; es cierto que dicha resolución describe el contenido de la querrela, pero no dice en ninguna parte que la incoación de Diligencias Previas sea un acto sospechoso.

En cualquier caso, cuando este Auto de 3 de Febrero quiere ver en toda la actuación de D. Baltasar Garzón una intencionalidad prevaricadora, debe incurrir en notorias contradicciones. Así, nos dirá que el Auto de Incoación es irregular porque incoadas las Diligencias Previas *"no promueve actuación procesal de investigación ni dispensa la más mínima protección al denunciante o víctima alguna"* (pág. 13). ¿Es ese el delito? Se reprocha al Juez de Instrucción haber retrasado la adopción de estas medidas, e incluso se insinúa una demora culpable en la tramitación, sin caer en la cuenta de lo contradictorio del argumento, cuando páginas adelante le reprochará un arrebatado deseo de controlar las exhumaciones; hasta tal punto no fue así, que mi mandante, en efecto, no promovió actuación procesal alguna en tanto no se declaró competente, porque no podía

hacerlo ni jurídica ni procesalmente antes de declararse competente, y así rechazó en varias ocasiones peticiones de exhumación de fosas.

Como también era impertinente, por cierto, que el Juez calificara penalmente los hechos antes de asumir la competencia --en la medida en que esta calificación determinaría si era o no competente-- y fuera más allá de constatar que las denuncias describían hechos delictivos y solicitaban la apertura de una instrucción penal, por lo que su contenido era el propio para incoar un proceso.

Con todo, lo más escandaloso es que el Auto de 3 de Febrero valore como indicio de prevaricación *"la previsión expresa de una ulterior petición de informe al Ministerio Fiscal"* (pág. 26). Según el Auto, el hecho de que D. Baltasar Garzón haya solicitado informe al Fiscal es, nada menos, demostrativo de que *"el Magistrado querellado incoó las Diligencias Previas pese a albergar serias dudas sobre su competencia"* (ibídem). He aquí un manifiesto ejemplo de un proceso de intenciones de los que plagan el Auto de 3 de Febrero. ¿De dónde habrá salido semejante conclusión? ¿Pedir informe al Fiscal es un indicio de prevaricación? ¿Pedir opinión a los denunciados --por más que el trámite demore algún tiempo la resolución del asunto-- es un indicio de prevaricación?

A lo largo de toda esta resolución se insiste una y otra vez en que la Fiscalía de la Audiencia Nacional no respaldó a mi representado, quien habría actuado con su opinión en contra, reiterándose este argumento como un claro indicio de que D. Baltasar Garzón se atreve a actuar *"con empeño tal que persiste en ello incluso cuando ya conoce la interposición del recurso por el Ministerio Fiscal"* (pág. 30). Nada menos. En cualquier caso, quede dicho que la Providencia de 29 de Octubre de 2008 --en la

que, según el Auto, mi mandante habría manifestado su "empeño" doloso de proseguir la tramitación-- no fue firmada por D. Baltasar Garzón sino por otro Magistrado, como se habría apreciado en caso de un examen atento y objetivo de las actuaciones. En fin, todas estas reflexiones, que parecen residenciar en el Ministerio Público el control de la legalidad procesal, chocan con la evidencia de que este mismo Excmo. Instructor está actuando de la misma forma que reprocha a mi mandante: recabando informes del Ministerio Público y actuando en contra de lo informado por el Fiscal.

B. Sobre la desconsideración del informe del Ministerio Fiscal. En este particular, nos encontramos con la grave afirmación, de "*que una denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial por la inactividad del procedimiento interrumpa el desdeñoso (sic) aplazamiento en recabar el parecer del Ministerio Fiscal*" (pág. 28). Esto es completamente incierto, y nos pone en la pista del desenfoque del Auto, que yerra gravemente al "*inferir que solamente la denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial movió al querrellado para recabar dicho informe*" (pág. 14). Sin embargo, el Auto se equivoca en las fechas, porque el Juzgado respondió a aquella queja del Consejo el 17 de Diciembre de 2007 [y no el 17 de Noviembre, como quiere leer], siendo así que el traslado a la Fiscalía del 16 de Noviembre no tenía nada que ver con la denuncia ante el Consejo. En cualquier caso, nos resulta desalentador advertir que cuando presentamos al Excmo. Tribunal estos documentos, intentando explicar con ellos que el Consejo General no había advertido comportamiento irregular de mi mandante, se intente escudriñar en ellos rastros de otras ilicitudes, dejando otra vez sin contestar el argumento de defensa que movió a su presentación.

No hay, en ningún caso, "once meses de inactividad alguna", como señala incorrectamente el Auto (pág. 14); en dicho periodo se dictaron catorce resoluciones, se proveyeron diecinueve escritos y se alcanzaron 435 folios de actuaciones. [En su manifiesta contradicción, el Auto no tiene empacho en imputar a mi representado, al mismo tiempo, una "inactividad procesal" y una "desmedida investigación", con lo que si demostramos que no hubo inactividad, se nos imputará lo contrario. El Auto incurre reiteradamente en estas trampas argumentales: cualquier comportamiento posible del Juez Garzón es culpable].

Por demás, consta en las actuaciones, por diligencia de la Ilma. Secretaria del Juzgado Central de Instrucción nº 5 [folio 428 de las Diligencias Previas 399/06], que el leve retraso ocasionado estuvo motivado por las "crisis de ansiedad y estrés" del funcionario encargado de su tramitación. Que el Auto valore una especial intención oscura en mi mandante y un actuar 'desdeñoso' en este retraso resulta inaceptable [mucho más, por cierto, cuando por ejemplo en esta misma Excma. Sala la tramitación de la querrela de Falange acumula una demora que nadie ha tenido que explicar; la carga de trabajo en los juzgados y tribunales basta para entender estas cosas].

En fin, el Auto convierte los informes del Ministerio Público en auténticas "advertencias" [el Fiscal "advierde que la Audiencia Nacional carece de competencia" (pág. 14), "el Ministerio Fiscal le había advertido en un documento extensa y rigurosamente motivado de la improcedencia de esa incoación" (pág. 47)] de donde se concluye que actuar en sentido contrario sería muestra de inadvertencia punible. No estamos de acuerdo con tal conclusión, y el Excmo. Instructor tampoco debería estarlo.

C. Sobre la realización de una desmedida investigación.

D. Baltasar Garzón no *investigó* los hechos. Consta en las actuaciones, y así lo reiteró en su declaración, que antes de pronunciarse sobre su competencia y al solo objeto de conocer el alcance y dimensión de los hechos denunciados, solicitó a diversos organismos del Estado, así como a los denunciados, un informe sobre el número e identidad de los desaparecidos en la Guerra Civil y posguerra. Nada más.

Señala el Auto que "*la competencia no es tributaria de la veracidad constatada de los hechos denunciados*" (pág. 29). [Es cierto: nadie en su sano juicio duda de la veracidad constatada de los hechos denunciados; por eso es tanto más incomprensible que el Auto reproche un delito a quien abre una causa para su depuración]. La competencia no es tributaria de la veracidad, pero a la hora de declararse competente --en el marco, además, en un órgano de competencia especial-- es preciso delimitar el objeto del proceso y el alcance de los hechos (número de víctimas). Con estas diligencias el Juzgado no practicó ninguna actuación dirigida a investigar la autoría de los hechos.

De cualquier forma, el Auto tampoco nos aclara la relevancia punible de aquellas diligencias practicadas antes de declararse competente *como constitutivas de un delito de prevaricación*. El Auto considera que el Juez no debería haberlas practicado, pero no nos dice por qué habría de calificarse como de grosera injusticia el mero hecho de haber preguntado cuánta gente desapareció en la Guerra Civil. ¿A quién perjudica tal diligencia? En fin, la irrelevancia punible de estas diligencias se demuestra en que en la hipótesis de que mi mandante no las hubiera acordado, esto es, si se hubiera declarado competente sin practicarlas, o incluso al día siguiente de solicitar el informe del Fiscal, ello no le salvaría de la misma imputación global que hoy sufre.

III.- El Auto de 16 de Octubre de 2008. Para la resolución que se nos ha notificado, el Auto de 16 de Octubre --por el cual mi mandante asume la competencia-- es contrario a Derecho "*aunque no sólo ni fundamentalmente por ello*" (pág. 30). No terminamos de comprender este extraño retruécano, según el cual el Auto es contrario a Derecho pero no por lo que resuelve sino por otras cosas; pero si lo que resuelve [que en este caso es asumir la competencia] no es contrario a Derecho, no sabemos dónde se encuentra la injusticia.

A este respecto, el Auto de 3 de Febrero se centra en desarrollar distintas teorías jurídicas, todas ellas notoriamente cuestionables y, de facto, cuestionadas en la doctrina. A los solos efectos de salir al paso de su contenido, baste decir lo siguiente:

a) Sobre la consideración del contexto como delito de lesa humanidad. A este respecto, el Auto desarrolla la teoría --sin duda respetable, pero no la única que ha de ser respetada-- de que el contexto no afecta al estatuto jurídico de los hechos juzgados. Así lo manifestó el Excmo. Sr. Instructor en su Voto Particular a la Sentencia de 1º de Octubre de 2007 (caso Scilingo) de la cual escoge el siguiente párrafo: "*el derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los Tribunales españoles*" (p'g. 32). Por desgracia, se trata de una cita parcial; el párrafo que sigue en aquella misma Sentencia dice: "**De lo expuesto no puede deducirse, sin embargo, que las normas del Derecho Internacional Penal consuetudinario, en cuanto se refieren a los delitos contra el núcleo duro de los Derechos Humanos esenciales, puedan ser ignoradas en la interpretación y aplicación de las leyes internas**". Este segundo párrafo de la Sentencia del Tribunal Supremo [del cual el Excmo. Sr. Instructor está en desacuerdo

manifiesto, expresado a través de un voto particular] descabala por sí solo el argumento del Auto: mi mandante se limitó a interpretar las leyes internas de conformidad con las normas del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, en la misma línea que lo hacen **todos** los países civilizados de nuestro entorno: como lo hace la República Federal de Alemania [baste recordar el actual proceso en el Tribunal I de Múnich contra Ivan Demjamjuk], Francia [por ejemplo, con los procesos y condenas contra Klaus Barbie o Maurice Papon] o Italia [con el proceso ante el Tribunal Militar de Roma por los hechos de las Fosas Ardentinas] procesos todos donde se enjuician hechos perpetrados en los años 1940 a 1945. Somos el único Estado europeo que no osa investigar sus crímenes de guerra.

b) Sobre la prescripción de los delitos de detención ilegal. Considera el Excmo. Instructor que, a su juicio, estos delitos ya están prescritos, aunque no nos dice desde cuándo. En este particular, el contenido del Auto es tan infundado, que la Jurisprudencia que cita no le respalda en sus conclusiones. **Los delitos de detención ilegal son delitos permanentes, que sólo comienzan a prescribir cuando cesa la situación antijurídica,** y sólo comienza a prescribir cuando consta que el detenido es puesto en libertad. No consta que las decenas de miles de desaparecidos en la Guerra Civil hayan sido puestos en libertad. Hasta que no conste su fallecimiento --en su caso-- tampoco cabe declarar su prescripción. La Sentencia de 25 de Junio de 1990, que cita el Auto, se limita a decir que para la aplicación del tipo "el acusador deberá demostrar que el detenido no ha sido vuelto a ver por sus lugares habituales"; creemos que los familiares de las víctimas del franquismo están en condiciones de aportar semejante prueba. Y con esta prueba, el delito no puede comenzar a prescribir, como no ha prescrito la desaparición de Eduardo Moreno Bergaretxe, *Pertur*, (1976) o de los miles

de desaparecidos en Argentina (1976-1983) que, esos sí, admitimos investigar en España.

c) Sobre la Ley de Amnistía. El Auto considera que 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" (pág. 37). Sin embargo, no debe ser tan "manifiestamente" contrario a Derecho, cuando el Auto necesita nada menos que nueve folios para argumentar por qué ha de aplicarse la Ley de Amnistía a esa clase de crímenes.

A juicio de mi mandante, la Ley de Amnistía no se aplica por las razones que explica en sus Autos, pero no deja de ser su valoración en Derecho compartida por otros muchos estamentos de la Judicatura y del Derecho. ¿Cometerán todos ellos delito de prevaricación por interpretar la Ley de Amnistía en esos términos? Mal que le pese a muchos, los Tratados Internacionales firmados por España confirman que **los hechos tipificables como crímenes contra la Humanidad no son amnistiables**.

Así se prevé, por ejemplo, en el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de Noviembre de 1950, aprobado y vigente en España, que establece con claridad que "el presente artículo [que regula el principio de legalidad] no impedirá el juicio y el castigo 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". Para el Prof. García de Enterría "el texto de la convención es **literalmente aplicable** a todas las situaciones históricas en las que se hayan producido crímenes de guerra" ["El sistema europeo de protección de os derechos humanos", Civitas, Madrid] y, en

efecto, nadie ha cuestionado la vigencia de tal previsión del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En este sentido, podríamos citar aquí otras muchas opiniones que disienten gravemente del tenor del Auto de 3 de Febrero; baste citar ahora al Ilmo. Sr. D. Ramón Sáez, Magistrado-Juez de la Audiencia Nacional, para quien *“la amnistía entonces decretada, modelo de impunidad de los crímenes contra la humanidad, debe contemplarse como un hecho ilícito internacional”* [*Memoria Histórica, ¿se puede juzgar la historia?*, V.V.A.A., Fundación Antonio Carretero, Jueces para la Democracia, Madrid, 2009, pág. 104] o el Ilmo. Sr. D. César Estirado, de la Fiscalía del Tribunal Superior de Madrid, quien al hablar de la Ley de Amnistía, señalaba que *“hay que dejar muy claro que son normas ilegítimas, totalmente contrarias al Derecho Internacional, como así lo han dejado claro la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU”* [ibídem, pág. 122]. **El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos comparte esta apreciación:**

“Sin lugar a dudas, evitar esta legislación al amparo de decisiones o de leyes de circunstancia adoptadas por el Estado del lugar de las infracciones, actuando para proteger a sus propios nacionales o, en su caso, bajo la influencia directa o indirecta de los autores de estas infracciones, con el fin de exculparlos, conduciría a paralizar todo ejercicio de la competencia universal, y reduciría a la nada el objetivo perseguido por la Convención de 10 de Diciembre de 1984. **Al igual que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Tribunal Penal Internacional para Yugoslavia, el Tribunal considera que la amnistía es generalmente incompatible con el derecho que tienen los Estados de investigar sobre tales conductas”** [Resolución TEDH de 17 de Marzo de 2009, Ould Dah v. Francia].

Por otra parte, tanto las denuncias iniciales como las posteriormente incorporadas a las actuaciones describían la comisión de delitos comunes y no políticos, únicos que habían sido amnistiados en la Ley de 1977. Una vez más, ante el silencio del Auto, debemos reiterar nuestra pregunta: ¿se puede considerar que el rapto de los niños es un delito político? ¿se puede considerar que la muerte de García Lorca tenía una finalidad política? ¿de quién eran "adversario político" las decenas de miles de hombres, mujeres y niños desaparecidos por los pueblos de Castilla, de Extremadura, de Galicia...? **¿Son delitos políticos o son delitos contra la Humanidad?** Ya vemos que el Auto de 3 de Febrero insiste en valorar estos hechos desde una perspectiva política; pero según las normas de Derecho Penal Internacional esto sería un grave desenfoque: son crímenes contra toda la humanidad, además de horrendos, cuya impunidad no estaría justificada.

Y sobre todo, aún en el caso de que se llegase a demostrar tal naturaleza política ¿es obligado que el Juez valore esta finalidad política de los delitos --si no quiere verse acusado de prevaricador-- en un Auto de incoación de Diligencias, de forma tal que está obligado a inadmitir las denuncias por tales hechos y no investigarlos? La Ley de Amnistía no dice nada de esto y la práctica de los Tribunales, aunque escasa, no respalda la tesis plasmada como dogma intocable en el Auto de 3 de Febrero. Así, podemos recordar que en el asunto del juicio por el asesinato del estudiante Enrique Ruano (1969) la Ilma. Audiencia de Madrid declaró claramente, en un Auto de 19 de Diciembre de 1995, que la posible aplicación de la Ley de Amnistía no podía evitar el juicio sobre los hechos delictivos, recordando que la aplicación de esta Ley, como todas, exige la constatación de unos supuestos de hecho que habrían de ser objeto de prueba y no dados por existentes de antemano:

“Se solicita por la defensa y por el Ministerio Fiscal la aplicación de la Ley de Amnistía 46/77 de 15 de Octubre, **cuestión que conlleva un juicio valorativo sobre la intencionalidad política de los procesados.** Tal juicio valorativo, por ir referido a un elemento subjetivo interno y personal, **ha de inferirse de una serie de datos como son anteriores y coetáneos a los hechos para su determinación que por ahora se desconocen.** No constan en las actuaciones que los policías intervinientes actuaran con una finalidad y móvil político, ya que tampoco se ha practicado prueba alguna sobre este extremo. En consecuencia, **se estima prudente que tal cuestión se plantee en el juicio oral, donde con una mayor amplitud de criterios y de datos tras un juicio contradictorio puede dilucidarse una cuestión tan susceptible de ser apreciada en diversos matices...** Se desestima por ahora como artículo de previo pronunciamiento la aplicación de la Ley de Amnistía en el presente caso, sin perjuicio de que se reproduzca su planteamiento en el juicio oral”. [Auto de 19 de Diciembre de 1995; Sección II de la Audiencia Provincial de Madrid, Sumario 6/69].

Siguiendo la misma senda argumental del Auto de 3 de Febrero, tanto el Juez que abrió aquella causa como los Magistrados que habrían permitido su tramitación habrían de ser considerados tan prevaricadores como mi mandante. Analizando el mencionado Auto de la Audiencia, dice la profesora D^a Alicia Gil:

“Podemos extraer dos consecuencias importantes de la decisión de la Audiencia Provincial de Madrid: la primera una **interpretación restrictiva de la Ley del 77:** donde dice que se amnistían los delitos cometidos por los funcionarios con ocasión de la persecución de delitos políticos, debe exigirse también en la comisión de tales delitos el mismo móvil político. La segunda, que **la amnistía no impide la investigación y constatación de los hechos y del móvil político (...)** Esta interpretación acercaría más nuestra Ley de Amnistía a un mecanismo de averiguación de la verdad y no del olvido absoluto. Por desgracia esta táctica solo se ha seguido en el caso Ruano” [*La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*”, Ed. Atelier, Barcelona 2009, página 86].

d) Sobre la protección de las víctimas, que es viable siempre que exista un objeto penal. Es cierto, pero en este caso sí que existía un objeto penal, derivado de decenas de denuncias de desaparición forzada, que merecían ser investigadas.

El Auto de 3 de Febrero se refiere a la Ley de la Memoria Histórica, dándole una interpretación distinta a la que le concede mi mandante. No tenemos nada que reprochar, si no fuera porque se pretende imputar a mi mandante por tener otra interpretación distinta, pero no temeraria. Sostiene el Auto que cuando esta Ley dice que el derecho a la reparación y reconocimiento personal previsto en la misma es "plenamente compatible... con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia" (art. 4) está excluyendo, en algún interlineado, las acciones penales. Pero no vemos por ningún sitio semejante exclusión que, en cualquier caso, sería contraria claramente al derecho a la tutela judicial efectiva. De hecho, en el Diario de Sesiones del Congreso, con ocasión del debate de dicha Ley, una intervención de la Vicepresidenta Primera D^a María Teresa Fernández de la Vega dejaba claro que el Código Penal y la Ley de Memoria Histórica tenían cada uno su propio campo de acción:

"Los derechos de las víctimas de esas conductas a saber la verdad, a obtener justicia, a ser reparadas del daño sufrido, están plenamente garantizados aquí desde hace muchísimo tiempo. Su crítica contra el proyecto de ley parte, a mi juicio, de un error conceptual, **porque confunde el campo propio del Código Penal, de una ley de justicia penal, y el ámbito en el que se mueve esta ley**, que no es otro que el de la articulación de la solidaridad de las víctimas -y eso fue lo que ustedes mandataron al Gobierno- y de los españoles hacia toda las personas que sufrieron la violencia" [Diario de Sesiones, 14 de Diciembre de 2006, n° 222, página 11270].

El Auto de 3 de Febrero de 2010 también confunde ambos campos. La Ley de la Memoria Histórica es muy importante, aunque tiene un "*limitado ámbito de actuación legal*" (pág. 45), como el propio Auto debe reconocer. De hecho, las últimas experiencias en Granada muestran con toda su crudeza la inhabilidad de esta Ley para proveer la búsqueda de desaparecidos y el levantamiento de cadáveres. Pero si la Ley no sirve para tal fin y un Juez penal tampoco puede actuar, ¿quién va a dar amparo a las víctimas? ¿Ante unos hechos tipificados como delictivos, ante unas víctimas que buscan a sus familiares, realmente la Justicia penal no tiene nada que decir? ¿Ni siquiera cuando los responsables administrativos, a quien el Auto parece ceder la competencia de levantamiento de cadáveres, muestran su desdeñosa oposición "a llenar Granada de agujeros", como alguno de ellos declaró? ¿La imputación del Juez que recibió sus denuncias es la respuesta que un Estado democrático tiene que dar a estas víctimas?

IV.- El Auto de 18 de Noviembre de 2008. En este particular, se equivoca gravemente la resolución de 3 de Febrero; no es verdad que este Auto "*lleva a poner fin a la investigación*" (pág. 46). Esto no es cierto, en absoluto. Ni este Auto, ni la posterior resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 2 de Diciembre de 2008, ponen fin a la investigación, ni sobreseen las actuaciones, que en parte siguen abiertas, y en parte están pendientes de una decisión de este Excmo. Tribunal. El Juzgado Central de Instrucción se limitó a inhibirse por considerarse no competente, una vez constató el fallecimiento de los responsables. En relación con esta cuestión, no estará de más insistir en que a mi mandante no le constaba de antemano que los responsables de los crímenes, todos ellos, estuvieran muertos como, de forma muy ligera, insinúa el Auto.

El Auto de 3 de Febrero, yendo mucho más allá de su ámbito de cognición, sostendrá que "tampoco era jurídicamente procedente la inhibición" (pág. 45). Nuevamente, D. Baltasar Garzón comete prevaricación al mismo tiempo cuando se declara competente y cuando se inhibe; no tiene escapatoria. Pues bien, este debate --acerca de si su inhibición era o no jurídicamente procedente-- es todavía un debate abierto, hasta el punto de que en la actualidad se encuentra pendiente de resolución ante este Excmo. Tribunal Supremo. Y eso es así porque --desmintiendo la irrazonabilidad del comportamiento de mi mandante-- ha habido varios Juzgados de España que han entendido que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 sigue siendo competente para investigar los delitos denunciados.

Segunda.- Sobre la existencia de distintas teorías sobre las cuestiones básicas que el Auto invoca para valorar las decisiones del juez Garzón.

A] Desde una perspectiva jurídica: elementos del tipo de la prevaricación.

1. El Auto nos recuerda que la prevaricación exige, como elemento objetivo, una resolución donde el Juez "se aparte del método de interpretación y valoración previsto en el ordenamiento o **usual** en la práctica jurídica", mereciendo la calificación de injusta "**cuando la resolución no se encuentre dentro de las opiniones que puedan ser jurídicamente defendibles**" (pág. 24).

En consecuencia, la "indefendibilidad" de una resolución, o su condición de "inusual en la práctica jurídica", **es un dato de hecho que forma parte del elemento objetivo del tipo** y que habrá de ser probado. El Auto se

limita a señalar que la postura de mi mandante es indefendible, aplicando los más severos epítetos a la postura discrepante [excusa argumental, artificiosidad, ignorancia inexcusable, jurídicamente grosera, etc.] pero no aporta prueba, más allá de su opinión personal, de que la tesis de mi mandante sea indefendible.

Sobre esta base, el Auto desprecia la evidencia, como ya expusimos en anteriores escritos, de que **los razonamientos jurídicos empleados por mi mandante no han sido cuestionados como supuestamente prevaricadores por ninguna de las instancias y órganos jurisdiccionales que han conocido de sus resoluciones.** Este es un dato que el Auto, sorprendentemente, se abstiene de valorar, para concluir tergiversando nuestra alegación *como si* esta defensa hubiera planteado una suerte de Condición Objetiva de Perseguibilidad que ni existe ni esta parte ha llegado a plantear en ningún caso. Lo que esta defensa exponía ante esta Excma. Sala es que la evidencia de que ninguno de los diecisiete miembros de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ni la Fiscalía de la Audiencia Nacional, ni el Consejo General cuando conoció de estos hechos, hayan advertido ninguna sospecha de conducta prevaricadora en D. Baltasar Garzón es un **indicio muy sólido** de que tal prevaricación no existió. Porque cualquiera que sea la interpretación de los elementos del tipo de la prevaricación, de existir tal ilícito cualquiera de estas instancias tenía la **obligación de deducir testimonio** contra el Juez supuestamente prevaricador, por imposición de los art. 407, 408 y 409 LOPJ, que obliga a los jueces y al Consejo General que hayan tenido "noticia de (un) acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta" a comunicarlo al tribunal competente. Y si no lo hicieron, no hay más alternativa que imputarles a todos ellos el delito previsto en el art. 408 C.P. puesto que se les habría puesto de manifiesto un delito de prevaricación y no lo habrían

denunciado. Y siendo así, y por aplicación de los mismos preceptos, este Excmo. Tribunal no tendría más alternativa que deducir testimonio contra todos estos Magistrados, de entender que examinaron resoluciones prevaricadoras y dejaron de promover su persecución, si no quiere estar cometiendo, a su vez, el delito previsto en el art. 408 C.P. Si se pretende advertir un delito de prevaricación en la conducta de D. Baltasar Garzón, toda esta deriva en cascada en inevitable y --con lo fácil que se ha puesto, francamente, el ejercicio de la acción penal contra Jueces y Magistrados por terceros no perjudicados-- no es un escenario inimaginable que alguno de los especialistas habituales plantee esta posibilidad. Pero si ni los Magistrados de la Sala de lo Penal, ni nadie, advirtió una supuesta prevaricación cometida por mi mandante es, sencillamente, porque no existió, porque nadie la valoró como ajena a las opciones jurídicamente defendibles o de la práctica jurídica usual.

Eso es lo razonable. Lo que no es razonable es pensar que ha existido una prevaricación que no han visto ni la Fiscalía ni los diecisiete miembros de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ni el Consejo General del Poder Judicial, pero que no le ha pasado desapercibida a Manos Limpias y a Falange, que no eran parte en aquel proceso, pero cuyo criterio jurídico será más acertado que el de todos aquéllos.

Pero dejando aparte esta inacción orgánica contra mi mandante, lo cierto es que **ha habido instancias judiciales que han defendido las tesis de D. Baltasar Garzón en sus Autos**, incluyendo algún miembro significado de este Excmo. Tribunal, con lo que costará trabajo tildarlas de indefendibles; no se podría admitir que todas estas instancias sean conscientes de la injusticia de sus postulados o, al menos, compartan con mi mandante un

desconocimiento flagrante del derecho. Siendo así, habrá que concluir que las decisiones adoptadas por D. Baltasar Garzón no incurren en ningún caso en una ilegalidad tan grosera o inaceptable o *fuera de uso* como para merecer una represión penal. A este respecto, el Auto de 3 de Febrero tampoco nos da contestación.

2. Respecto al tipo subjetivo de la prevaricación, el análisis del Auto resulta igualmente decepcionante. A la hora de buscar datos en los que rastrear una supuesta intencionalidad delictiva de mi representado, el Auto apenas puede señalar hechos manifiestamente incorrectos, como que habría congelado la marcha del proceso [¿se le reprocha al mismo tiempo activar indebidamente una causa y retrasar su puesta en marcha?] conocer de antemano que los responsables estaban muertos [no lo sabía, y en ninguna de las resoluciones que dictó dice que lo supiera] o que la construcción jurídica es artificiosa [por más que sea compartida por bastante gente]. Junto a ello, el Auto menciona como sospechosos hechos completamente inocuos, como que el Juez haya solicitado informe previo al Fiscal, que haya actuado desoyendo las "advertencias" que éste le hizo, o que nunca antes se hubiera abierto una causa por tales hechos.

Respecto a esto último, mi mandante no es responsable de esta falta de antecedentes; cuando recibe en su Juzgado, turnadas por Decanato, unas denuncias que describen la comisión de delitos muy graves, no tiene más alternativa que incoar un procedimiento; y cuando se declara competente, no tiene más alternativa que incoar un Sumario, en atención a los delitos por los que asume su competencia. No tiene alternativa. Y si no se había hecho antes [no nos consta que antes las Asociaciones de Memoria Histórica hubieran denunciado los hechos ante la jurisdicción penal] ese sería un motivo de más para hacerlo ahora. Pero lo que

resulta insólito es que se pretenda apodarar al Juez que ha actuado de esta forma, en términos pretendidamente peyorativos, llamándole nada menos que "árbitro ético" (pág. 38); esos son los epítetos que se dedican a mi mandante, y esos los argumentos con los que se pretende sentarle en el banquillo.

El Auto llega a insinuar (pág. 21) que mi mandante se habría *aprovechado* de una enfermedad que sufrió para, con tal excusa, pedir indebidamente un aplazamiento a la hora de emitir el informe previsto en el art. 23 L.E.Cr. ¡Hasta ahí llega el Auto! No sabemos qué se supone que debía haber hecho mi mandante; en esos días estuvo ocupado, entre otras cosas, en dictar la "compleja" resolución del día 23 de Octubre, como reconoce el Auto, y pidió aplazamiento no sólo porque iba a pedir la baja, sino también porque había dado traslado a las partes de la iniciativa del Fiscal, toda vez que un proceso no se puede tramitar de espaldas a las partes personadas. No hay irregularidad alguna.

Por último, es completamente incierto que el Juez haya actuado con el único objetivo real de eludir la Ley de Memoria Histórica y controlar la realización de exhumaciones. Si así hubiera sido y el Juez hubiera actuado por ese afán de control, se hubiera declarado competente apenas recibir las primeras denuncias y hubiese ordenado inmediatamente la apertura de las fosas. No lo hizo así (cosa que, curiosamente, también se le reprocha) porque previamente quiso conocer el parecer de las partes y el alcance de los hechos denunciados. Antes de declararse competente, consta en la causa que D. Baltasar Garzón rechazó varias veces las peticiones de que abriera fosas [vid., por ejemplo, Providencia de 22 de Mayo de 2008, folio 813] sin que tuviera ningún interés privado o particular en aquellas diligencias. En contra de lo que señala el Auto, antes de declararse competente no anunció

que asumiría la responsabilidad de las exhumaciones sino únicamente "en su caso", esto es, en el caso de declararse competente [vid. por ejemplo, Providencia de 28 de Agosto de 2008], expresión ésta muy relevante de la cual el Auto prescinde completamente.

Y una vez que mi mandante constató que su competencia había decaído por fallecimiento de los responsables, remitió la causa a los Juzgados competentes, sin forzar ni prolongar la asunción de un asunto para el que no era competente. Pero más allá del Juez que resulte competente, una vez más dejaremos dicho que la naturaleza delictiva de los hechos denunciados obligaría a que la jurisdicción penal se pronuncie de alguna forma y dé respuesta a quien clama por la búsqueda de sus deudos desaparecidos.

3. Finalmente el Auto, tras desarrollar su valoración de que nada --absolutamente nada-- de lo realizado por el Juez Garzón en la causa del Sumario nº 53/08 es ni correcto, ni legal, ni inocente, parece hacer una concesión al hablar de los "móviles altruistas" del juez. Pero eso no tiene consecuencia alguna: *"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"* (pág. 50).

De manera que no habrá salvación posible para el juez Garzón, por "encomiable" que fuera su propósito. "Encomiable" no se dice desde la ironía, ni desde el paternalismo; éste es el problema. Una vez más, el Auto de 3 de Febrero hace gala de su adscripción doctrinal a la concepción más tradicional del Derecho Penal, que sitúa el problema de las víctimas en un segundo plano, para aplicar el mismo calificativo al interés por las víctimas que a la labor de una ONG: encomiable.

Pero ese no es el enfoque correcto de acuerdo con el Derecho Penal Internacional, ni de acuerdo con nuestra Constitución, para los que **el problema de las víctimas se sitúa en el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva**. 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 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**. No son palabras nuestras, sino 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, n° 7076, de 15 de Diciembre de 2008. LA LEY 6114, 2008].

Este Fiscal recurrió sin éxito contra la inadmisión de un recurso de amparo interpuesto por D^a Rocío Borrego Cobacho, quien había denunciado en Lucena la desaparición de su madre a primeros de noviembre de 1936, narrando que la misma había sido detenida por la Guardia Civil de Jauja donde estuvo tres días en el cuartel, sin que se volviera a saber de ella. Para este Fiscal las decisiones judiciales que acordaron el archivo por prescripción del delito no podían considerarse '*prima facie*' resoluciones fundadas en Derecho en los términos exigidos constitucionalmente conforme al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Según leemos en el artículo citado, la tesis nuclear de la Súplica que interpuso se basaba en que la calificación jurídico-penal de los hechos por parte del juzgado como delito de homicidio o de asesinato no guardaba correspondencia con el contenido fáctico de la denuncia presentada; lo que realmente se había puesto en

conocimiento del Juzgado de Instrucción era la desaparición forzada de la madre de la denunciante, según la definición que viene establecida en la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las Desapariciones Forzadas aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006. Y añade el Fiscal: <<En nuestro ordenamiento jurídico-penal toda desaparición forzada, en los términos definidos por el Derecho Penal Internacional, tendría encaje 'prima facie' no en el tipo penal de homicidio o asesinato sino en el de detención ilegal>>. Y razona que el delito de detención ilegal, tanto en su actual regulación en el C.P. de 1995 (art. 163 y ss.) como en su regulación legal en el C.P. republicano de 1932 (art. 474) se configuraba como un delito de naturaleza permanente, lo que tiene una decisiva incidencia en el régimen de su prescripción. De manera que el Fiscal del T.C. estima que en ese caso los indicadores de que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva serían en un doble sentido: primero, por vulneración de ese derecho fundamental en su modalidad de acceso a la jurisdicción (penal) y, segundo, por vulneración del mismo derecho en su modalidad de resolución fundada en derecho. Este segundo sentido le lleva a calificar la argumentación jurídica que se aplicó en ese caso por el Juzgado y la Audiencia Provincial de irrazonable e incoherente. "Irrazonable"; ya vemos que hay adjetivos que se usan para una cosa (abrir procedimiento por las desapariciones de la Guerra Civil) y también para su contraria (negarse a abrirlo).

El Auto de 3 de Febrero de 2010 ventila esta conducta de la Fiscalía del Tribunal Constitucional diciendo que el Recurso fue inadmitido a trámite; pero a efectos del razonamiento, 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 no puede calificarse --si no es negando el derecho a una interpretación alternativa y postulándose como único intérprete de la conciencia de la ley-- de indefendible o prevaricadora.

Por todo ello, la preocupación de mi mandante por las víctimas es algo más que "encomiable"; es la consecuencia obligada del respeto a un derecho constitucional, del que son titulares las víctimas de tales crímenes, de obtener tutela judicial en unas pretensiones que nadie había osado en calificar, hasta ahora, de injustas.

B] Desde una perspectiva procesal: el alcance de la presente instrucción contra D. Baltasar Garzón.

Finalmente, el Auto notificado nos convoca a una interpretación incomprensible del papel de un Instructor judicial, que se nos dice "vinculado" con el contenido valorativo del Auto de Incoación a trámite de las querellas. Esta tesis, de consecuencias procesales imprevisibles, merece ser examinada aquí.

El Auto de 3 de Febrero de 2010 parte de una teoría consistente en que la resolución por la cual se admite a trámite una querella contiene una valoración material de los hechos descritos en la misma, de tal forma que --sin oír todavía al imputado-- quien admite a trámite una querella ya se habría hecho una idea de lo que pudo haber sucedido. A partir de este postulado incorrecto, el Auto desarrolla otro no menos arriesgado: el de la vinculación, según el cual el Instructor estaría vinculado a aquella supuesta valoración material realizada por quien admitió a trámite la querella. Finalmente, la conclusión del silogismo sería la imposibilidad de que el Instructor entre en contradicción con lo supuestamente ordenado por la Sala

de Admisión, como si una decisión de archivo fuera contradictoria con la decisión de admitir a trámite una querrela. Francamente, si no fuera una tesis invocada varias veces en el Auto, no terminaríamos de creerlo.

Los autos de admisión a trámite de una querrela --y, en particular, los Autos que han admitido a trámite estas querellas contra mi mandante-- no contienen una valoración jurídico material de los hechos descritos en ellas. Se limitan a un juicio puramente formal de tipicidad, donde no se analizan los hechos propiamente dichos, sino únicamente el relato fáctico de la querrela y su posibilidad de subsunción en algún tipo del Código Penal. No es posible que la admisión a trámite esté sujeta a una previa valoración sobre el fondo que, antes de iniciada la instrucción, iría en contra de la Presunción de Inocencia.

Así fue en el caso que nos ocupa; cuando esta defensa recurrió en Súplica la admisión a trámite de la primera querrela, la Sala se preocupó de indicarnos que la admisión no comprometía la valoración de los hechos, diciéndonos en su Auto de 15 de Junio de 2009 que *"la iniciación del proceso **no puede depender de un juicio valorativo de efectiva responsabilidad**, sino de la valoración de que concurren los requisitos que lo condicionan o lo determinan... Lo que nos interesa ahora, porque es lo único que esta Sala decidió en el Auto recurrido, es **determinar si se cumplen o no se cumplen los requisitos de la admisión de la querrela**. Todo lo demás pertenece al objeto del proceso, y no a la procedencia de su incoación, por lo que su planteamiento resulta prematuro"* (pág. 5). En este mismo sentido, señalaba que *"el art. 410 LOPJ posibilita recabar antecedentes para determinar la relevancia penal de los hechos o la verosimilitud de la imputación. Pero **verosimilitud no significa aquí indagación de su veracidad**, sino determinación de la*

credibilidad inicial precisa para excluir los casos referidos de uso fraudulento de la querrela" (pág. 7). Finalmente, nos remitían a la instrucción, lugar "donde con arreglo a la Ley y con las debidas garantías se determine la veracidad de lo sucedido **y se hagan las valoraciones penales que proceda hacer. Nada de esto corresponde a esta inicial fase**" (pág. 8). Así de claro; no corresponde a la admisión de la querrela ninguna valoración penal sobre los hechos denunciados. En estos mismos términos se había manifestado antes el propio Auto de admisión de 26 de Mayo de 2009, con palabras que dejan poco lugar a la duda:

"Esta Sala, sin valorar ni prejuzgar lo sucedido, entiende que no se dan las circunstancias para rechazar la admisión a trámite de la querrela" (pág. 17).

"Sólo si apriorísticamente se descarta su tipicidad procederá la inadmisión 'a limine', mientras que, cuando se excluya 'ab initio', habrá de admitirse a trámite la querrela, y será luego en el ámbito del proceso correspondiente donde ha de decidirse en su caso el sobreseimiento, si procede" (pág. 7).

Pues bien, frente a esta clara evidencia, el Auto de 3 de Febrero parte de entender que, por el contrario, hubo una valoración jurídica que de alguna forma le vincula: "Respecto al juicio de tipicidad (valoración jurídico-penal del hecho) también está vinculado el Instructor por la decisión del órgano colegiado" (pág. 8). Ya en esta frase se advierte el grave error: el juicio de tipicidad no exige una valoración jurídico-penal de un hecho --todavía no investigado-- sino una mera adscripción formal o análisis de compatibilidad entre el texto de la Ley y el texto descrito en una querrela. ¿Qué valoración jurídico-penal hay en este trámite? Como expresamente dejó dicho el Auto de 26 de Mayo de 2009, la Sala ni ha valorado ni ha prejuzgado nada.

Pero partiendo de este error fundamental, el Auto de 3 de Febrero desarrolla la tesis de que un Instructor ha de estar "vinculado" con semejante valoración:

"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 querrella admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite" (pág. 9).

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

Finalmente, y como se comprenderá, esta insólita teoría del "Instructor vinculado por la admisión a trámite" deja sin contenido real a la instrucción penal, porque si al admitir la querrella ya hay una valoración de indicios, ¿qué queda para el trámite del art. 779 L.E.Cr.? Según el Auto de 3 de Febrero, únicamente la valoración de "hechos nuevos" (sic):

"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 querrella 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 querrella admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite" (pág. 9).

"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 querrela, valoró su relevancia penal?" (pág. 11).

"(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)

Como decimos, todas estas consideraciones parten de dos presupuestos enormemente desenfocados: el primero, que habría unos "hechos viejos" sobre los cuales la Sala de admisión ya se habría pronunciado en juicio de indicios, vedando que el Instructor haga lo propio y, el segundo, que el Instructor carecería de independencia de criterio a la hora de valorar la relevancia penal de los hechos objeto de instrucción. Estos dos presupuestos, inéditos incluso en la doctrina más atrevida, no se sostienen de ninguna manera.

Tercera.- Sobre la necesidad de practicar diligencias, a la vista de las limitaciones que el Auto de 3 de Febrero de 2010 atribuye a esta instrucción en relación con las supuestas valoraciones de la Sala al admitir la querrela.

No estamos en absoluto de acuerdo con la anterior interpretación que hace el Auto de 3 de Febrero. Tal y como ha señalado la Sala, en el trámite de admisión de una querrela no se valora nada; en particular, no se valoran hechos, sino únicamente un relato: y se trata de comprobar si ese relato encaja en alguno de los tipos previstos en el Código Penal, pero sin entrar a valorar si los hechos relatados son más o menos probables. Desde este punto de vista, y tal y como sucede en la práctica habitual de nuestros Tribunales, no hay ningún instructor que se sienta vinculado a ordenar la prosecución de la causa por el mero

hecho de haberla admitido a trámite. Esta interpretación resulta de una novedad desconcertante.

En cualquier caso, con independencia de que no estemos de acuerdo, si es éste el criterio del Excmo. Instructor, y éstas las consideraciones sobre las cuales ajustará su decisión a la hora de concluir la presente causa, entonces no tenemos más remedio que amoldarnos a tal criterio, por más que disintamos de él.

Considera el Excmo. Instructor que no se le han ofrecido hechos nuevos, y que sin tales hechos nuevos, diferentes de los expuestos con la querrela, se siente constreñido o vinculado a ordenar la prosecución de la causa, por lo que entiende fue una 'valoración jurídica' de la Sala de admisión. En estas condiciones, si el Excmo. Instructor manifiesta claramente su falta de libertad interpretativa sobre los datos de hecho que conocía la Sala de admisión, la única solución en Derecho a que se ve abocada esta defensa es a la aportación de esos hechos nuevos que el Excmo. Instructor echa en falta, a través de la práctica de nuevas diligencias de prueba.

Por todo lo anterior, esta defensa solicita de forma complementaria que la Excma. Sala deje sin efecto el Auto de 3 de Febrero de 2010 [toda vez que su contenido es manifiestamente infundado] y, al mismo tiempo, solicita del Excmo. Instructor la práctica de nuevas diligencias de instrucción, básicamente por dos órdenes de motivos:

En primer lugar, que hemos comprobado en el Auto de 3 de Febrero de 2010 que el "hecho enjuiciable" que se pretende imputar a D. Baltasar Garzón no fue ya el delimitado en el Auto de admisión a trámite de la querrela [esto es, que 'la investigación sumaria se centró en

delitos para los que el Juzgado reconoce carecer de competencia material, salvo por razón de su conexión con otro delito del que se proclama competente, pero que ni está vigente ni investiga' (pág. 16)] sino que el reproche se nos presenta "acotado (sic) 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" (pág. 5). Siendo la primera vez que se nos informa que el título de imputación se "acota" a todo lo actuado, esta parte no ha tenido oportunidad de defenderse de tal imputación que, como decimos, no venía recogida en el Auto de 26 de Mayo de 2009.

La segunda razón para la práctica de las diligencias se encuentra, como hemos dicho, en la propia tesis del Auto de 3 de Febrero de 2010, que nos sugiere la necesidad de practicar --ahora y en este trámite-- diligencias complementarias sobre las cuales el Excmo. Instructor pueda ofrecernos una libre valoración, no constreñida por anteriores resoluciones de la Sala. Por otro lado, estas diligencias servirán --desde esta misma tesis, que no compartimos pero a la cual debemos acomodarnos-- para dar algún contenido a la presente instrucción, porque lo que sería ya un auténtico despropósito es que se admita a trámite una querrela contra D. Baltasar Garzón diciendo que con ello no se prejuzga nada, y a continuación se acuerde la prosecución de la causa contra él diciendo que como no hay hechos nuevos, ha de estarse a lo acordado, con lo que mi mandante se sentaría en el banquillo sin que ninguna instancia judicial haya valorado la verdad material que se derive de una investigación exhaustiva, como sería de rigor.

Por ello, una vez que el Auto de 3 de Febrero nos ha expuesto el marco procesal de la presente instrucción y sin

perjuicio de impugnar dicho Auto en lo que tiene de omisiones, errores y valoraciones equivocadas, no tenemos más alternativa que solicitar nuevas diligencias para que se practiquen y se sometan a la consideración del Excmo. Instructor como 'hechos nuevos' respecto a los cuales no se considere vinculado dentro de la instrucción que permanece abierta.

DILIGENCIAS DE INSTRUCCIÓN

I.- Diligencias de prueba en relación con el comportamiento e intencionalidad de mi mandante al admitir las denuncias a trámite e incoar las Diligencias Previas 399/2006.

A. Declaración testifical de los **Ilmos. Magistrados D. José Ricardo de Prada, D^a Clara Bayarri y D. Ramón Saez Valcárcel**, adscritos a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Como hemos explicado con anterioridad, esta diligencia se solicita para aportar prueba **testifical** sobre la supuesta irregularidad punible cometida por D. Baltasar Garzón al incoar las Diligencias Previas 399/2006. Solicitamos su declaración --en su condición de testigos de los hechos, que no de peritos-- para que aporten luz acerca de la inexistencia de un **elemento objetivo del tipo** del delito de prevaricación, que es el carácter indefendible de la fundamentación jurídica de las resoluciones cuestionadas. Estos tres Magistrados, miembros de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 2 de Diciembre de 2008, son autores de un Voto Particular donde coinciden con sólidos argumentos con las decisiones tomadas por D. Baltasar Garzón.

El Auto de 3 de Febrero de 2010 afirma no haber advertido indicios de que las opiniones de mi mandante sean "jurídicamente defendibles"; en esta tesitura --y precisamente para evitar esa "predeterminación" a la prosecución que el Auto de 3 de Febrero nos anuncia si no se le ofrecen nuevos datos-- consideramos necesario que se llame a declarar a estas personas, con la finalidad de que este Excmo. Instructor pueda valorar, a la luz de sus testimonios, si sigue considerando que las tesis de mi mandante son "jurídicamente indefendibles", ajenas a cualquier posible interpretación sensata y sostenible, o si ha de revisar esta valoración en la medida en que son defendidas por otros Magistrados.

Insistimos en que con esta diligencia no pretendemos plantear una pericia jurídica ni abrir un debate en Derecho, sino apenas mostrar que este debate existe (hecho objetivo), y que la decisión de mi mandante de incoar una causa por los crímenes cometidos durante el franquismo, defendiendo la imprescripción de los mismos y la inaplicabilidad de la Ley de Amnistía en su instrucción, no es ni una temeridad ni una decisión indefendible.

B. Declaración testifical del **Excmo. Sr. D. Carlos Jiménez Villarejo**, en su condición de miembro del Grupo de Expertos designado en el Sumario tramitado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5.

El interés de este testimonio proviene del mismo Auto de 3 de Febrero de 2010, que en un infundado juicio de intenciones malinterpreta lo que considera "verdadero objetivo" de este Grupo en su coordinación con la Policía (pág. 20). Toda vez que el Auto muestra desconocer este objetivo, y que sobre este desconocimiento advierte indicios de cargo contra mi mandante, es del interés de esta defensa que escuche a este testigo para ilustrar del contenido, finalidad y "jerarquización de objetivos" del

Grupo de Expertos designado en tal causa, del cual formaba parte el Sr. Jiménez Villarejo.

C. Declaración testifical del Excmo. Sr. D. Javier Zaragoza, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional.

El interés de esta diligencia, en la línea adelantada en el anterior apartado, se encuentra en los propios argumentos del Auto de 3 de Febrero de 2010. En su tenor, el Auto viene a mencionar una y otra vez la autoridad de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y sus supuestas "advertencias" a D. Baltasar Garzón, como indicio de que éste podría estar cometiendo un delito de prevaricación.

Esta parte considera que el Auto de 3 de Febrero confunde la postura de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, por cuanto de su intervención no se puede deducir que dicha Fiscalía entendiera o sospechara que el comportamiento del Juez pudiera ser delictivo, y no hay nada en sus intervenciones que permita deducir tal cosa ni menos aún que pretendiera advertir al juez de una posible prevaricación.

Para aclarar este error de interpretación --nuevamente sobre uno de los elementos del tipo objetivo del delito que, según la tesis del Auto, precisa **en esta instancia** de una prueba "nueva"-- es por lo que solicitamos que se cite al Fiscal de la Audiencia Nacional.

D. Declaración testifical de D. Ricard Vinyes Ribas, cuya dirección figura en la comparecencia ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional de 6 de Noviembre de 2008. Esta comparecencia se hizo para aportar documentación referida al secuestro de niños en el franquismo.

Esta diligencia se solicita, ante el silencio del Auto en relación con este tema, para que el Excmo. Instructor pueda valorar el contenido de estos hechos horrendos y, con ello, pueda pronunciarse en Derecho acerca de su hipotética amnistía o supuesta prescripción. En definitiva, para que pueda concluir que las decisiones de mi mandante fueron justas, y que lejos de existir causa para inadmitir las denuncias por aquellos crímenes --cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad-- existía una obligación jurisdiccional de investigarlos y castigarlos.

E. Declaración testifical de **D. Joan Garcés Ramón**, con domicilio en Madrid, c/ Zorrilla nº 11, 1º, y de **D. Fernando Magán Pineño**, con domicilio en Talavera de la Reina, c/ Salvador Allende nº 6, 1º.

El Auto de 3 de Febrero de 2010 también nos sorprende al desarrollar ciertos procesos de intenciones en relación con la intencionalidad que habría movido a los impulsores de las denuncias admitidas a trámite por D. Baltasar Garzón. De ellos se dice que tienen una actitud "angustiada" (pág. 45) y les llega a reprochar, nada menos, "el intento de buscar atajos en el uso indebido del cauce penal". De este argumento --al valorar que las denuncias son irregulares por buscar atajos indebidos-- el Auto puede concluir que la decisión de D. Baltasar Garzón al admitirlas a trámite es irregular.

Entendemos que el Auto ha malinterpretado la intención de los denunciantes --al insinuar, sin prueba alguna, que actuaron con finalidad espuria-- por lo que es imprescindible que este Excmo. Instructor pueda escuchar en testimonio a los Letrados que firmaron las denuncias presentadas y dirigieron la defensa de sus clientes. Esta diligencia es imprescindible ya que servirá también, por consiguiente, para que se pueda valorar racionalmente si la decisión de D. Baltasar Garzón de admitir a trámite las

denuncias [decisión a la que ahora se extiende la sospecha delictiva] no tiene defensa alguna en Derecho o, por el contrario, fue conforme a lo ordenado por la Ley procesal.

F. Documental, consistente en que se recabe de la Ilma. Secretaria de Sala D^a María Antonio Cao Barredo que se una a la presente Causa Especial **testimonio de las Cuestiones de Competencias acumuladas bajo el número 06/20380/2009**, y actualmente en tramitación en su Secretaría.

Esta documentación se solicita para mostrar, en el mismo sentido manifestado, un argumento más, un 'hecho nuevo', por el cual la decisión de D. Baltasar Garzón al incoar una causa por estos hechos [conducta que el Auto de 3 de Febrero incorpora al título de imputación, pero que no se deducía del Auto de admisión a trámite de la querrela] no puede ser tenida por absolutamente irrazonable. Este hecho sería la evidencia de que al menos dos Juzgados de Instrucción han rechazado la inhibición planteada por la Audiencia Nacional, forzando el planteamiento de sendas Cuestiones de Competencia que en la actualidad se están tramitando ante este Excmo. Tribunal Supremo. En efecto, tanto el Auto dictado el 28 de Mayo de 2009 por el Juzgado de Instrucción n° 3 de Granada, como el Auto dictado el 2 de Julio de 2009 por el Juzgado de Instrucción n° 1 de San Lorenzo de El Escorial exponen motivadamente que, en su criterio, es la Audiencia Nacional la única competente para la instrucción y enjuiciamiento de los hechos.

Interesa al derecho de esta defensa que se aporte testimonio de las mencionadas Cuestiones de Competencia, en la medida en que de su tenor podrán obtenerse nuevas evidencias de la existencia de diversas posturas y distintas tesis en relación con las normas de asignación de competencia y con la perseguibilidad de los delitos contra la Humanidad.

G. Documental, consistente en que se recabe de la Ilma. Secretaria del Juzgado central Decano de la Audiencia Nacional certificación identificativa de todas aquellas **causas penales** [Diligencias Previas, Sumarios, Juicio Oral, Ejecutorias, Solicitudes de Extradición, tramitación de Orden Europea de Detención, etc.] que se hayan dirigido **contra antiguos miembros de las S.S. o del ejército alemán durante la Segunda Guerra Mundial, o contra responsables del Ejército, Policía o miembros de la Administración de Argentina, Chile o terceros países** que tuvieran por título de imputación las desapariciones forzadas de personas, asesinatos o torturas.

El interés de esta diligencia es poner de manifiesto ante esta Excma. Sala un **elemento de hecho**, que es la práctica "usual" de nuestros tribunales a la hora de interpretar la prescripción de los delitos cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad, o la eventual consideración de estas prácticas como delitos "políticos". Para poner de manifiesto, en fin, que nuestros tribunales, en aplicación de las normas de Derecho Penal Internacional y en el ejercicio de su responsabilidad, promueven sin ninguna reserva la persecución de estos delitos, sin entenderlos ni prescritos ni de carácter político.

H. Documental, consistente en que se oficie al Consejo General del Poder Judicial a fin de que remitan a este Excmo. Tribunal **testimonio íntegro de los Expedientes Gubernativos n° 30/07, 31/07 y 33/07**, derivados de quejas planteadas contra mi mandante.

El interés de esta diligencia será poner de manifiesto la grave incorrección del Auto de 3 de Febrero de 2010 cuando afirma, sin fundamento alguno, que D. Baltasar Garzón sólo habría reactivado la tramitación de las

Diligencias Previas 399/06 tras recibir noticia de tales quejas. Dejando aparte que dicha causa nunca estuvo paralizada, esta prueba documental servirá para desmentir la apreciación del Auto [ya que las quejas se recibieron después de recabar el informe al Fiscal] con lo que caerá por su base la aventurada conclusión que, sobre este hecho incierto, el Auto ha querido extraer.

I. Documental, consistente en que se remita oficio al Congreso de los Diputados, a los efectos de que remitan testimonio del **Diario de Sesiones n° 222**, de 14 de Diciembre de 2006, en el particular referido a su página 11.270.

Esta diligencia se solicita, en la línea de lo argumentado en el tenor del presente escrito, para mostrar documentalmente que tampoco existe contradicción ni incompatibilidad entre la Ley de Memoria Histórica y el Código Penal para los autores de esa Ley, de forma tal que la aplicación de la primera no impide la aplicación y vigencia del Código penal en relación con los hechos que sean considerados delictivos.

II.- Diligencias de prueba en relación con el hecho de la existencia de un debate acerca de la perseguibilidad de los crímenes contra la Humanidad, la vigencia e interpretación de las Leyes de Amnistía y el alcance de la prescripción en los casos de desaparición forzada de personas.

En relación con este particular, interesa insistir una vez más que nuestra pretensión no es más que aportar las pruebas de **un hecho** que, a nuestro juicio, desmontaría la imputación de una prevaricación. Este hecho es la existencia de un profundo debate acerca de la perseguibilidad de los delitos cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad. En el ámbito del mismo, la aplicación del Derecho de D. Baltasar Garzón no sólo no

puede tildarse de irracional ni extravagante ni "inusual" en el Derecho Penal Internacional, sino que es valorada como ajustada a derecho por otros magistrados y juristas, estando en consonancia y en la línea de este debate que, como hecho, deseamos aportar a la Excma. Sala para su valoración.

- J.** Declaración testifical de **D^a Carla del Ponte**, actual embajadora de Suiza en la República Argentina, en su condición de antigua Fiscal Jefe del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas y Fiscal del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y que puede ser citada en la Embajada de Suiza en España, c/ Núñez de Balboa n° 35, 7° A.

- K.** Declaración testifical de **D. Eugenio Raúl Zaffaroni**, Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (calle Talcahuano, 550, 4° piso, Buenos Aires). Fue uno de los Jueces redactores de la Sentencia de 14 de Junio de 2005 que declaró la nulidad por inconstitucionalidad de la Ley de Punto Final y Obediencia Debida. Puede ser citado en la Embajada de la República Argentina en España, c/ Serrano n° 90, 6°.

- L.** Declaración testifical de **D. Juan Guzmán Tapia**, con dirección en El Mayorazgo, 1952, Pedro de Valdivia, Norte, Providencia (Santiago de Chile). Este testigo es el actual Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Central de Chile. En su antigua condición de Juez de Instrucción en Santiago de Chile abrió varias causas a los responsables de la dictadura chilena y ordenó la exhumación de cadáveres de represaliados. Puede ser citado en la Embajada de Chile en España, c/Lagasca n° 88, 6°.

- M.** Declaración testifical de **D. Hugo Relva**, Coordinador del Programa de Justicia Internacional de Amnistía Internacional, que puede ser citado en la sede central de Amnesty International, 1 Easton Street WC1X ODW, Londres (Reino Unido).

- N. Declaración testifical de **D. Hernán Hormazábal Malareé**, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Girona, especialista en Derecho Penal Internacional, que puede ser citado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona, Campus Montilivi, despacho n° 236.
- Ñ. Declaración testifical de **D. Sergio García Ramírez**, Magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y Presidente de dicha Corte Interamericana hasta el año 2007, que puede ser citado en San José [Costa Rica], Avenida 10, calles 45 y 47, Los Yoses, San Pedro.
- O. Declaración testifical de **D. Eduardo Freiler**, Presidente de la Cámara Federal de Buenos Aires, y autor de resoluciones referidas a la inaplicabilidad de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, que puede ser citado en Olivos, Buenos Aires [Argentina], calle Rawson n° 2520.

A estas personas no se les convoca como peritos de ciencia sino como **testigos de un hecho**: la existencia de interpretaciones usuales en la comunidad de los países civilizados que aplican las normas de Derecho Penal Internacional de la misma forma que se hace en las resoluciones adoptadas por el juez Garzón, de manera que, aunque puedan existir interpretaciones diferentes, ello no hace sino poner de manifiesto la existencia de un debate profundo para la persecución de estos crímenes.

- P. **Documental**, consistente en Oficio que habrá de dirigirse a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Segunda, para que remita a esta causa testimonio del Auto de fecha 19 de Diciembre de 1995, dictado en el juicio oral celebrado por la muerte de Enrique Ruano (Sumario 6/69).
- Q. **Documental**, consistente en que se oficie al **Max Planck Institut für ausländisches und internationales strafrecht**, con sede en Günterstalstr. 73, 79100 Freiburg (Alemania), para que remitan a la causa

testimonio del Dictamen elaborado entre Marzo y Mayo de 1998 por el Dr. Kai Ambos con el siguiente contenido:

Dictamen producido por el Instituto Max Planck para el Derecho Penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia (Alemania) acerca del siguiente problema jurídico:

"A pesar de las disposiciones nacionales de exclusión de pena (normas de impunidad), ¿es legalmente posible que la República Federal de Alemania persiga penalmente a miembros de organismos estatales de Argentina por delitos que involucran la desaparición de personas cometidas en este país durante el período de la dictadura militar (1976-1983)?"

Toda vez que el Auto insiste en considerar que las decisiones de D. Baltasar Garzón son indefendibles y estrafularias, será importante que esta Excma. Sala recabe testimonio de dicho Dictamen. Con independencia de las conclusiones del mismo --que responden **afirmativamente** a la cuestión planteada, y que sirvieron de base para el ejercicio de acciones penales en Alemania contra los responsables de estos crímenes-- el tenor de la consulta ya indica **el hecho** que pretendemos introducir en instrucción: la relevancia o alcance real de las leyes de amnistía aprobadas por Parlamentos elegidos democráticamente como supuesto instrumento para impedir la persecución y castigo de prácticas de desaparición forzada de personas en el contexto de crímenes contra la Humanidad.

En definitiva, como bien señaló el Ilmo. Sr. D. Ramón Saez en el artículo citado, estamos inmersos en un interesante debate de fondo que afecta *"a la calificación jurídica y a la aplicabilidad de las categorías de crímenes internacionales; a la fecha de aplicación, en ese contexto, de la responsabilidad individual...; a la suerte del principio de legalidad en esa materia y a la*

contradicción entre la solución del caso Scilingo y la doctrina establecida por el TEDH en los asuntos Papon v. Francia y Kolk y Kislyiy v. Estonia; a los criterios de conexión e imprescriptibilidad de los crímenes internacionales; a la naturaleza permanente de los delitos de desaparición forzada; y a la aplicabilidad de la ley de amnistía, si se puede equiparar a las de punto final de la experiencia sudamericana y a su compatibilidad con la legalidad internacional” (ibídem, pág. 107). Un debate amplio y complejo en el que, aunque se confrontan diversas tesis, se van marcando hitos a favor de la perseguibilidad de estas conductas; un debate, en fin, que admite distintas opciones, todas ellas defendibles, y que no se puede cercenar por quien, erigiéndose en supuesta conciencia de la ley, pretende castigar a quien se opone a su particular visión de las cosas, por autorizada que ésta sea.

Por todo ello,

SOLICITO AL EXCMO. SR. INSTRUCTOR que tenga por interpuesto **Recurso de Apelación** contra el Auto de 3 de Febrero de 2010, dando a este recurso el trámite procesal oportuno; SOLICITANDO A LA EXCMA. SALA que estimando este recurso acuerde dejar sin efecto el Auto recurrido.

A tal efecto, y en aplicación del artículo 766.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, solicita al Excmo. Sr. Instructor que expida y remita a la Excma. Sala que tiene que resolver el recurso un testimonio íntegro de las actuaciones.

OTROSÍ SOLICITA AL EXCMO. SR. INSTRUCTOR QUE teniendo este escrito por recibido, se sirva tener por hechas las manifestaciones que contiene y, por razón de las mismas, siendo el recurso interpuesto en un solo efecto, se sirva acordar la práctica de las **diligencias** solicitadas, en la fase de instrucción en que se encuentra esta Causa Especial.

En Madrid, a nueve de Febrero de dos mil diez.

Ldo. Gonzalo Martínez-Fresneda Proc. Virginia Aragón Segura
Col. n° 11.487 Col. n° 1040