

Causa Especial 20048/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Cao Barredo

Sala Segunda del Tribunal Supremo

**AL EXCMO. MAGISTRADO INSTRUCTOR
PARA LA EXCMA. SALA SEGUNDA**

D^a VIRGINIA ARAGÓN SEGURA, Procuradora de los Tribunales, col. n^o 1.040, actuando en nombre y representación de D. BALTASAR GARZÓN REAL, tal y como tiene acreditado en la Causa señalada al margen, comparece y para como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito, y al amparo de los artículos 652 y 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Cr.) vengo a formular en tiempo y forma ESCRITO DE DEFENSA en nombre de mi mandante, consignando las conclusiones provisionales de esta parte, así como la proposición de prueba necesaria para la defensa de mi representado.

INTRODUCCIÓN

Se presenta este escrito de Defensa al expirar el plazo que se nos ha dado para ello. Sin embargo, en este momento la Excma. Sala tiene pendientes de resolver una

serie de cuestiones que se le han planteado por vía de recursos de Apelación y Súplica, que afectan a extremos esenciales para esta defensa. En concreto, están pendientes de resolverse los recursos siguientes:

1. Recurso de Apelación por Nulidad de Actuaciones contra el Auto de 20 de abril y Providencia de 21 de abril de 2010 dictados por el Instructor de esta Causa especial. En estas resoluciones, el Instructor otorgaba un plazo de una audiencia a las Acusaciones Populares para que cambiaran sus escritos de Acusación en el sentido que les indicaba.

A este recurso se ha adherido la Fiscalía del Tribunal Supremo por escrito de 10 de mayo de 2010.

2. Recurso de Apelación por Nulidad de Actuaciones contra la Providencia de 23 de abril de 2010, por la cual se admitieron el segundo y tercer escrito de Acusación del Sindicato de Funcionarios MANOS LIMPIAS.
3. Recurso de Apelación contra el Auto de 11 de mayo de 2010, por el cual se desestimó el recurso de Reforma de esta defensa contra el anterior Auto de 7 de abril, de transformación del procedimiento y denegación de pruebas solicitadas por esta parte.
4. Recurso de Súplica contra el Auto de 6 de mayo de 2010, que inadmitió a trámite la Recusación del Instructor.
5. Recurso de Apelación de Falange Española de las JONS contra el Auto de 12 de mayo de 2010 que desestimó su

recurso de Reforma contra el Auto de 20 de abril de 2010, que inadmitió su primer escrito de Acusación.

6. Recurso de Apelación de Falange Española de las JONS contra el Auto de 12 de mayo de 2010 que desestimó su recurso de Reforma contra la Providencia de 23 de abril de 2010, que acordó tener a esta Acusación por apartada del procedimiento.

Ante esta situación, esta parte interpuso, mediante escrito de 28 de mayo de 2010, recurso de Reforma contra la Providencia de 20 de mayo de 2010 por la que se nos daba traslado para formular escrito de Defensa antes de que se resolvieran las anteriores cuestiones. Mediante Providencia de 10 de junio de 2010, el Instructor -que en un principio había tenido por presentado en tiempo y forma este recurso- ha decidido que *"no procede resolver sobre el fondo de la pretensión formulada"* por entender ahora que la Providencia de 20 de mayo no es recurrible.

Esta decisión del Instructor nos obliga a presentar este escrito de Defensa cuando penden todavía de resolución por parte de la Sala una serie de temas fundamentales, que afectan a la validez misma de las acusaciones frente a las que nos tenemos que defender, así como a la Instrucción practicada en esta Causa y las pruebas que durante la misma han sido denegadas a esta parte.

Es obvio que la resolución fundada que la Sala dicte sobre tales cuestiones afectaría directamente al contenido de este escrito de Defensa, aún en el supuesto de que todos los recursos fueran desestimados. En esa medida, la

obligación de formular ahora este escrito de Defensa en el plazo perentorio concedido -y con el riesgo, por no hacerlo así, de incurrir en las consecuencias previstas en el segundo párrafo del artículo 784.1 L.E.Cr.- genera indefensión para esta parte, con vulneración del artículo 24, 1 y 2 de la Constitución (C.E.) lo que denunciaremos aquí a los efectos oportunos.

CUESTIONES PREVIAS

De no prosperar ninguno de los recursos aún pendientes de resolverse, esta parte reproducirá sus peticiones al inicio del Juicio Oral en el trámite de cuestiones previas previsto en el artículo 786.2 L.E.Cr.

Sin perjuicio de su adecuada exposición en dicho trámite -que estará condicionada por el contenido y fundamentación de las resoluciones que recaigan sobre los recursos pendientes- esta parte desea dejar ya constancia aquí de dichas cuestiones que son, al día de la fecha, las siguientes.

A.- NULIDAD DE TODO LO ACTUADO DESDE EL AUTO DE 20 DE ABRIL DE 2010 Y LA PROVIDENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2010 DICTADOS POR EL EXCMO. SR. INSTRUCTOR.

1. Con fecha 7 de abril de 2010 se dictó por el Instructor Auto acordando seguir el procedimiento por los

trámites previstos en los artículos 780 y ss. L.E.Cr. y dar traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para el trámite previsto en dicho artículo.

Mediante escrito fechado a 15 de abril de 2010 (folios 946 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) la representación conjunta del denominado Sindicato de Funcionarios MANOS LIMPIAS y de la asociación civil LIBERTAD E IDENTIDAD (en adelante nos referiremos a esta parte acusadora como MANOS LIMPIAS) presentó escrito de Acusación contra D. Baltasar Garzón Real por un presunto delito de prevaricación. Por escrito fechado a 19 de abril de 2010 (folios 924 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) Falange Española de las JONS (en adelante, FALANGE) presentó su escrito de Acusación contra mi representado.

Mediante escrito fechado a 22 de abril de 2010 (folios 917 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) el Fiscal de Sala presentó escrito por el que se oponía a la apertura de Juicio Oral y reiteraba su petición de sobreseimiento de la Causa.

2. Pero lo relevante, tanto del escrito de FALANGE como del escrito de MANOS LIMPIAS, es que ninguno de los dos era válido para la función acusatoria que pretendían, según veremos a continuación. Esto debería haber traído como consecuencia que el Instructor tuviera a ambas partes por decaídas en su derecho a sostener la acusación, con las consecuencias procesales que de ello se derivaran. Sin embargo, el Instructor optó por concederles un nuevo trámite para que pudieran presentar otro escrito de

Acusación con arreglo a Derecho y ajustado además a las concretas exigencias que el Instructor se permitió indicarles.

Así, con fecha 20 de abril de 2010 (folios 1.019 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) el Instructor dictó un Auto donde afirmaba que el escrito de FALANGE “podría entenderse más como una exposición para el debate ideológico sobre acontecimientos históricos, desde cuya perspectiva valorar los hechos, que el presupuesto para la estricta determinación del objeto del proceso.” Y añadía: “Tal proceder no puede admitirse en la medida que podría hacer del proceso un escenario para debates o actos propagandísticos ajenos a la estricta y única finalidad admisible de constatar si concurren o no los concretos elementos que la ley exige para la imposición de una sanción penal”. En consecuencia, dicho Auto disponía que no había lugar a admitir el escrito presentado por FALANGE, a cuya representación **requería** para que en el término de una audiencia subsanara los defectos de su escrito. Como quiera que dicha representación no presentó el nuevo escrito en ese término, se la tuvo por “precluida en su derecho a formular acusación y apartada de la querrela”, según Providencia de fecha 23 de abril de 2010 (folio 1.053 del Tomo III de la pieza de Instrucción). Tanto el Auto de 20 de abril como esta Providencia de 23 de abril fueron objeto de impugnación por parte de FALANGE, estando todavía pendiente de resolverse los correspondientes Recursos de Apelación.

El defecto del escrito de Acusación que había presentado MANOS LIMPIAS era de otra naturaleza aún más grave, si cabe, que el de FALANGE. Bien fuera por la ausencia de un discurso acusatorio propio -desde la imposibilidad objetiva de construir una imputación a partir de la conducta de D. Baltasar Garzón- bien por un exceso de obsequiosidad hacia el Instructor o bien por una suma de

todo ello, el caso es que la representación de **MANOS LIMPIAS** optó a la hora de hacer su escrito por copiar textualmente páginas enteras de un Auto anterior del Instructor. En efecto, con fecha 3 de febrero de 2010, el Instructor había dictado un Auto por el que rechazaba una solicitud de sobreseimiento y archivo de la Causa presentada por esta defensa del querellado (folios 671 y ss. del Tomo II de la pieza de Instrucción). Tanto el relato de los hechos de ese Auto como sus consideraciones jurídicas fueron copiados literalmente (hasta en las erratas) por el escrito de Acusación de MANOS LIMPIAS.

Cuando el Instructor leyó el escrito de Acusación de MANOS LIMPIAS, dándose cuenta de que estaba leyéndose a sí mismo, llegó a la conclusión evidente de que tal escrito no podía ser admitido como válido para la función que pretendía. Sin embargo, de nuevo optó por otorgar a esa Acusación Popular un segundo trámite, dictando una Providencia de fecha 21 de abril de 2010 (folio 1.027 del Tomo III de la pieza de Instrucción) por lo que requería a esa Acusación para que en el plazo de una audiencia efectuara “nueva formulación del escrito”. Pero lo peculiar de esta Providencia, como se puede ver en ella, es que se **requiere** a la parte expresamente para que excluya del escrito determinadas páginas que se señalan, hasta un total de **cincuenta y cinco páginas**. No sólo eso, también se indica a esta Acusación Popular que, en relación con el elemento subjetivo del delito de prevaricación imputado a mi mandante, se limite a incluir “la mera afirmación de que el acusado actuaba ‘a sabiendas’”.

3. MANOS LIMPIAS sí cumplió al día siguiente con el requerimiento que le hacía el Instructor, aunque a trompicones: presentó en efecto un segundo escrito de Acusación en la siguiente audiencia -el día 22, a las 12:11h- e incluso un tercero -a las 14:34h de ese día- porque en el segundo se había olvidado de incluir el imprescindible elemento subjetivo del "a *sabiendas*" que le había dictado el Instructor (folios 1.033 y ss. y 1.051 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción). Ambos escritos fueron admitidos por el Instructor en la misma Providencia de fecha 23 de abril de 2010 por la que tuvo a FALANGE por apartada de su querella (folio 1.053 del Tomo III de la pieza de Instrucción).

A pesar de haber cumplido escrupulosamente con las exigencias del Instructor, el segundo escrito de MANOS LIMPIAS sigue adoleciendo de un defecto esencial insubsanable: lo que queda del escrito sigue siendo (salvo el encabezamiento y el final) una copia literal del Auto de 3 de febrero de 2010. Por mucho que el escrito original se haya podado, lo que queda del mismo sigue perteneciendo a la fuente plagiada. ¡Hasta tal punto no había en el primer escrito de MANOS LIMPIAS ni una sola idea propia! Es decir, **el escrito de Acusación frente al que aquí tenemos que defendernos, el que ha servido en definitiva como única base para que acto seguido el Instructor dictara Auto de Apertura de Juicio Oral contra mi mandante (Auto que ha traído como primera consecuencia la suspensión del Juez D. Baltasar Garzón en sus funciones) y por el que el Sr. Garzón se va a sentar en el banquillo, es un escrito de Acusación cuyo autor intelectual viene a ser el propio Magistrado Instructor de este procedimiento.** Para que se pueda valorar mejor lo que aquí estamos afirmando, a

continuación vamos a transcribir el apartado de HECHOS PUNIBLES de dicho escrito (que está unido a la Causa a partir del folio 1.033 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) transcribiendo **sombreadas** las partes del relato acusatorio que son transcripción literal del Auto de 3 de febrero de 2010 (que está unido a la Causa a partir del folio 671 y ss. del Tomo II de la pieza de Instrucción) indicando también las páginas del Auto donde se puede encontrar cada párrafo copiado.=

<< I HECHOS PUNIBLES

I. Interposición de denuncias. El 14 de diciembre de 2006 fueron presentadas distintas Denuncias y otros documentos ante el Juzgado Central de Instrucción Número 5, en funciones de Guardia, que tras el oportuno reparto realizado por el Juzgado Central de Instrucción Decano correspondió al Juzgado Central de Instrucción número 5. (Folios 435 a 438, 484 y 485 del Tomo II, Pieza de Instrucción).

↓ **Copia de Pág. 11** ↓
del Auto

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

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

↓ Copia de Pág. 12 ↓
del Auto

Tales denuncias no indicaron en ningún momento que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito "contra la forma de Gobierno", encaminándose de forma evidente a la detección de las fosas con los restos de personas asesinadas, quejándose del silencio del Estado que no habría asumido tal obligación.

↓ Copia de Pág. 12 ↓
del Auto

Las denuncias fueron precedidas de la aprobación en julio de ese año, de la ley 24/2006 de 7 de julio, que declaró 2006 como "año de la Memoria Histórica" y, una vez que el Gobierno ya había presentado un proyecto **de ley**, calificado por la Comisión Constitucional en el mes de septiembre (lo que las denunciantes valoraron como insatisfactorio).

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

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

En lo anterior coincidieron sustancialmente las seis primeras denuncias presentadas en diciembre de 2006, que dieron lugar a la incoación de las diligencias previas. La presentada por la "Asociació per a la recuperació de la memoria histórica de Cataluña", aunque concluyó con una genérica petición de averiguación y punición de los hechos, advirtió previamente que de lo que se trataba era "requerir a la Administración de Justicia para que asuma un papel activo en la localización de las fosas, exhumaciones, identificación de restos y restitución a sus familiares...". La denuncia de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón no ocultó que, además de la "averiguación y comprobación" lo que requería era que se instara a los poderes públicos "la implantación de un órgano independiente que conozca, coordine, dirija y practique cuantas diligencias sean necesarias para reparar legalmente a las familias, que han requerido nuestra intervención, teniendo en cuenta que dichas familias no cuentan con los medios necesarios..."

↓ **Copia de Pág. 13** ↓
del Auto

La ARMHM mallorquina manifestó que "considera que ésta (la actividad de localización y exhumación de fosas comunes) es una **tarea que incumbe al Estado...**" lo que justificó por el carácter criminal de los hechos que dieron lugar a la existencia de las víctimas solicitando "**el auxilio de la justicia en la localización del paradero o destino final de las personas enumeradas...**", perspectiva que explica la inclusión de un pedimento de determinación de responsabilidades penales. La particular de Doña Carmen Dorado proclamó que "conscientes de que por el tiempo transcurrido resulta casi imposible hallar a los Autores materiales e intelectuales"...pero pese a ello indicó la verdadera finalidad de la denuncia "no es menos cierto que sí sería posible establecer las reales circunstancias de tales muertes, y en concreto la de don Luis Dorado Luque, y de las maquinaciones posteriores para ocultarlas y asegurar la impunidad que aún persiste..." generando por tanto una responsabilidad patrimonial (de los diversos Gobiernos) que la familia planteará en breve".

Nota. No ha sido facilitada a la parte copia de la testimoniada remitida por el Juzgado Central de Instrucción Número 5 (DPPA 399/06, posterior Sumario 53/08), obrando las denuncias iniciales entre los folios 5 y 166, del Tomo 1 de la citada causa.

II. Auto de Incoación de Procedimiento. Turnadas las Denuncias al Juzgado Central de Instrucción número 5 de Madrid, el Magistrado Titular, Don Baltasar Garzón Real, acordó mediante Auto de 19 de diciembre de 2006 la incoación de Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado, a las que se les asignó el numero 399/2006. (Folios 78 y 79 del Tomo 1, Rollo de Sala).

↓ **Copia de Pág. 13** ↓
del Auto

III. Diligencias de trámite. El Auto de 19 de diciembre de 2006 dio traslado de las Diligencias al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia, si bien de forma previa interesaba la ratificación de las denuncias presentadas. A partir de dicho momento, se inicia un largo periodo en el que el Magistrado se limita a tener por hechas ratificaciones u ordenar que se practiquen otras en relación a nuevas denuncias, que, alcanzan la cifra de quince más antes de la resolución del 16 de octubre de 2008, a la que después nos referiremos. (Folios 80 a 120 del Torno 1, Rollo de Sala).

Durante este extenso período de tiempo (diciembre de 2006 a octubre de 2008) el Juez Instructor querrellado no promueve una mayor actuación procesal.

Así tienen lugar, entre otras y de forma resumida las siguientes actuaciones:

- Comparecencias de fechas 3-1-07 (3).
- Providencia de 22-1-07 (proveyendo sobre diversas denuncias presentadas).
- Providencia de 22-2-07, solicitudes de personación y ratificación de denuncias
- Providencias de 9-3-07, 3-5-07, 24-8-07, sobre exhortos de ratificación, denuncias y designaciones de abogados y procuradores.
- Providencia de 23-6-2008, requiriendo a los denunciados un listado de desaparecidos.
- Auto de 24-8-07, resolviendo con relación a la petición de justicia gratuita de una de las asociaciones denunciadas.
- Providencia de 28-8-08, resolviendo sobre la personación de otras asociaciones y adoptando librar distintos oficios.

↓ Copia de Pág. 14 ↓
del Auto

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

Tras la anterior denuncia, el Magistrado dictó Providencia de 16 de noviembre de 2007 (folio 88 Tomo 1, Rollo de Sala), acordando hacer efectivo el traslado de las Diligencias al Ministerio Fiscal. Hasta dicho momento el Magistrado no había realizado ninguna actuación procesal en amparo de las víctimas ni con relación a la fijación de su competencia.

↓ Copia de Pág. 14 ↓
del Auto

El Ministerio Fiscal en Informe de fecha 29 de enero de 2008, presentado el día 01 de febrero de 2008 entendió, que no procedía admitir a trámite las denuncias, advirtiéndole que la Audiencia Nacional carecía de competencia para conocer de las mismas y que la tipificación de los delitos de lesa humanidad no era susceptible de aplicación retroactiva (con referencia de la Sentencia del TS de 1 de octubre de 2007). Añade que la Ley de Amnistía es aplicable en toda su amplitud y que no cabe atribuir competencia a la Audiencia Nacional, ni siquiera *ex delicto laesa humanitatis* no incluido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que no era tampoco aplicable el fuero por persecución universal, ya que los delitos denunciados se habrían cometido en España. (Folios 89 a 94 Tomo I, Rollo de Sala).

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

↓ **Copia de Pág. 15** ↓
del Auto

VI. Diligencias de Prueba previas a la asunción de competencia. Pese al informe del Ministerio Fiscal, el querellado mantiene la misma actitud reflejada en anteriores proveídos, -no investigar y no proveer auxilio alguno a ninguna de las víctimas o sus familiares- acordando ahora el traslado de ese informe a las partes personadas, mediante providencias de los días 4 y 26 de febrero de 2008 (folios 95 y 96 Tomo 1, Rollo de Sala) y 22 de mayo de 2008 (folios 100 y 101 Tomo 1, Rollo de Sala). Y sigue retrasando, otros varios meses más, la decisión sobre su cuestionada competencia.

Mediante Providencia de 23 de junio de 2008 (folio 102 Tomo 1, Rollo de Sala) el querellado, omitiendo tomar en consideración el informe del Ministerio Fiscal, acordó por primera vez una serie de actuaciones que bajo el pretexto de dirigirse a poder resolver sobre su propia competencia.

Para ello que estima necesario conocer:

- a) *número* de desaparecidos a partir del 17 de julio de 1936,
- b) *identificación* de los casos de desaparición de personas "que continúan hasta el día de hoy" y
- c) si han existido *denuncias* por las desapariciones.

En igual sentido dicta posteriores proveídos en 17 de julio (folio 103), 28 de agosto (folio 105 a 109) 2, 4 y 25 de septiembre de 2008 (folios 110 a 116 todos del Tomo 1, Rollo de Sala).

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

↓ **Copia de Pág. 16** ↓
del Auto

- Los denunciantes, a quienes reiteró el requerimiento de presentar relación sistemática de personas desaparecidas y ubicación posible de las mismas, así como datos sobre hallazgos. Y les requirió para que indicaran personas o instituciones que practicaran o fueran a practicar *exhumaciones* para "*que puedan ser controladas por este Juzgado*" tras resolver sobre competencia

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

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

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

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

- Nuevamente, al Ministerio de Defensa le amplió el anterior requerimiento, que le había enviado, ahora para que lo hiciera extensivo a la información obtenible de los Tribunales militares;

↓ **Copia de Pág. 17** ↓
del Auto

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

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

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

- Reiteró oficio a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que, a fin de que facilitaran la información, ordenaran la remisión de la misma al Registro Central de Ausentes y todas las Cabeceras del Colegio Notarial de España;

- Solicitó nuevamente datos de los *fondos documentales* que especifica (fondos judiciales de los Tribunales de Justicia de Madrid desde 1936, fondos del antiguo

Ministerio de la Gobernación referidos a traslados de restos al Valle de los Caídos, listados de exhumaciones de restos en los fondos del Gobierno Civil de Madrid, documentos referidos a Jurisdicciones especiales, fondo documental de Auxilio social y relativos a la Organización sindical) al Archivo General de la Administración;

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

↓ **Copia de Pág. 18** ↓
del Auto

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

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

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

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

- Al Gobierno Vasco le requirió también para que le envíe el listado de personas desaparecidas como consecuencia del "alzamiento nacional".

VII. Auto de asunción de competencia. El 16 de octubre de 2008 (Folios 121 a 188 Tomo 1, Rollo de Sala) el Juez Instructor acusado dictó Auto acordando cuatro tipos de decisiones:

↓ **Copia de Pág. 19** ↓
del Auto

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

↓ **Copia de Pág. 19** ↓
del Auto

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

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

↓ **Copia de Pág. 20** ↓
del Auto

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

↓ **Copia de Pág. 21** ↓
del Auto

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

↓ **Copia de Pág. 18** ↓
del Auto

El Auto de 16 de octubre de 2008 establece las siguientes premisas:

a) Que las denuncias presentadas a esa fecha, lo son por el delito de detención ilegal, basadas en un "plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos", siquiera, rebatiendo al Ministerio Fiscal, alguno de los denunciadores afirma que también cabe calificar los hechos de genocidio;

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

↓ **Copia de Pág. 19** ↓
del Auto

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

En definitiva concluirá que los hechos denunciados son constitutivos de un delito

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

↓ **Copia de Pág. 10** ↓
del Auto

En su fundamento Jurídico Séptimo, el magistrado expondrá lo que denomina "escollos" a la tramitación de la causa, entre los que cita la irretroactividad, la competencia o la aplicación de la Ley de Amnistía. Sobre esta última, en el fundamento jurídico Decimoprimer, toma en consideración el acusado el archivo de las Diligencias Indeterminadas 70/1998, tramitadas y resueltas por el mismo Magistrado, pero ofreciendo ahora una justificación absolutamente dispar con lo resuelto en su día.

Nota. La copia testimoniada de las Diligencias Indeterminadas 70/1998 remitida por el Juzgado Central de Instrucción Número 5, consta como Pieza Documental en la presente causa especial. No habiendo sido facilitada a esta parte copia foliada de tales actuaciones nos remitimos a dicha pieza Documental obrante en la causa.

↓ **Copia de Pág. 21** ↓
del Auto

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

Así, pese a no concurrir ningún dato nuevo, decide el querellado transformar el procedimiento seguido hasta entonces para seguir en adelante el que

regula el Sumario Ordinario, dictando el correspondiente Auto de transformación con fecha 17 de octubre de 2008 (folio 230 Tomo 1, Rollo de Sala), provocando así que ningún recurso pueda dirigirse previamente a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, por cuanto que el régimen de recursos devolutivos de tal tipo de procedimiento exige la interposición de la previa reforma, que demora la decisión de aquellos.

El 20 de octubre, el Ministerio fiscal interpuso Recurso de Apelación contra el Auto de 16 de octubre de 2008 (Folios 189 a 228 Tomo 1, Rollo de Sala), que estimaba debía aceptarse porque se interpone frente un Auto dictado en Diligencias Previas y no en Sumario, al que se transforman los autos en fecha posterior. A modo de resumen el Fiscal introducía su recurso en base a lo siguiente:

1. Planteamiento general del recurso. La esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho no es otra que la aplicación y la interpretación de las leyes para llegar a la solución prevista por el ordenamiento jurídico, la cual debe desarrollarse sin prejuicios previos que condicionen ese proceso de subsunción del hecho en la norma. No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado -y en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia- y adapte todo el proceso de aplicación e interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera "los escollos" (expresión que emplea el fundamento jurídico 7° del auto) impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico. Es ésta, sin duda, una situación que podría producir efectos invalidantes del auto al incurrir en vicio generador de nulidad de pleno derecho en los términos que establece el art. 6.3 y 4 del Código Civil y el art. 238.1 ° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A tales efectos, el contenido del presente recurso se sustenta en los argumentos que a continuación se sintetizan, y que serán desarrollados en los apartados siguientes de este escrito:

1 °. El proceso penal en un Estado de Derecho está sujeto a reglas y límites que en ningún caso se pueden violentar. Es evidente que la formación de una causa general no se compadece con el objeto y la finalidad que persigue el proceso según la legislación adjetiva y con el diseño constitucional del mismo. En idéntica medida, el proceso se configura con un sistema de recursos -pieza esencial del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva- cuyo propósito no es otro que el control y revisión de las decisiones jurisdiccionales por los Tribunales superiores, régimen que ni siquiera el órgano jurisdiccional puede alterar discrecionalmente en su propio interés, debiendo respetar en todo caso la legalidad y la buena fe procesal.

2°. Se ha evitado la aplicación de las normas de prescripción a hechos delictivos perpetrados en el mejor de los casos hace casi 60 años, y se utiliza como norma de cobertura el tipo penal sobre el delito de detención ilegal sin dar razón del

paradero de la víctima, para concluir con una singular interpretación de las normas de prescripción de ese delito, cuando es público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas entonces, y que en consecuencia nos encontramos manifiestamente ante delitos de asesinato, circunstancia que puso fin a la situación ilícita de privación de libertad (requisito que contempla el art. 132 para el inicio del cómputo de la prescripción).

3° Se ha eludido la aplicación de una norma con rango de ley, cual es la Ley de Amnistía de 1977, aprobada por las primeras Cortes democráticas, y se emplea como norma de cobertura la calificación jurídica de las detenciones ilegales con desaparición como crímenes contra la humanidad, soslayando el principio de irretroactividad de las leyes penales no favorables (art. 9 CE) y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la imposibilidad de aplicar retroactivamente tal figura jurídica (STS de 1-10-2007), circunstancia que se reconoce en el fundamento jurídico 9° (página 37 del auto).

4° Se ha impedido la aplicación imperativa de las normas de competencia territorial que se derivaría de la calificación jurídica que el propio Instructor asigna a los hechos que investiga -detenciones ilegales, no incluidas en el catálogo de competencias atribuidas a la Audiencia Nacional ex art. 65 LOPJ-, y se diseña un singular andamiaje jurídico consistente en vincular aquellos cielitos, mediante una laxa interpretación de las normas de conexión, con un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno - hoy inexistente en el Código penal vigente- cuando es público y notorio que los posibles responsables de ese delito de rebelión han fallecido, y que en todo caso dada su condición y su responsabilidad la competencia para la instrucción y enjuiciamiento de los mismos correspondería al Tribunal Supremo.

↓ **Copia de Pág. 20** ↓
del Auto

En ejecución de lo dispuesto en el Auto de 16 de octubre de 2008, el Magistrado acusado dispuso componer sendos grupos de expertos y de Policía Judicial. Respecto a este último remitió oficio al Sr. Comisario Jefe de la Comisaría General de Policía Judicial en 20 de octubre de 2008 (Folio 234 Tomo 1, Rollo de Sala), advirtiéndole que su actuación "deberá estar coordinada con el Grupo de Expertos para facilitar el trabajo a éstos y, en su caso, seguir las instrucciones técnicas de los mismos, facilitándoles todos los resultados obtenidos"; y además que tengan en cuenta la actividad que pueda estar desarrollando la Administración en otros ámbitos, coordinándose y evitando solapamientos. Es obvio que ni de los expertos ni de la Administración era esperable una investigación de hechos a efectos de represión de los delitos.

Pero más revelador es que la *averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte* se indique en el oficio que se *tendrá en su labor de*

localización y sistematización de víctimas, expresión que revela la jerarquización de objetivos.

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

↓ **Copia de Pág. 21** ↓
del Auto

Junto al anterior recurso de Apelación directa contra el Auto de 16 de octubre de 2008, Ministerio Fiscal, por *escrito de 21 de octubre de 2008*, acudió igualmente al remedio del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para instar a la Audiencia Nacional a que pusiera fin a la actividad, pretendidamente investigadora, del querellado y, por ello, a las actuaciones sobre exhumaciones que, con el pretexto de aquella, había sido asumida por el Ilmo. Magistrado querellado.

El día 22 de octubre el querellado, pese a no tener obstáculo para elaborar el complejo Auto del día siguiente, en que rechaza la admisión de la apelación (Auto de 23 de octubre de 2008 obrante al Folio 238 a 246 Tomo 1, Rollo de Sala), decide pedir a la Audiencia Nacional aplazamiento para emitir el informe previsto en el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, -que implica igual demora para la resolución por la Audiencia- al tiempo que adelanta que, por razones de salud, permanecerá de baja desde el día 27. Fecha en que fue sustituido, sin que el Ilmo. Magistrado que le sustituyó decidiera revocar o detener la actuación que el Juzgado Central nº 5 ya había desplegado.

↓ **Copia de Pág. 22** ↓
del Auto

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

elevar a la Sala y cuya respuesta deja sobre la mesa en proveído del día 14 de noviembre.

Nota. Salvo error de esta parte, no se nos ha facilitado copia de las actuaciones consistentes en la referida queda del Ministerio Fiscal y copia del Auto de Sala de 7 de noviembre de 2008, remitiéndonos a lo testimoniado y obrante en la causa al respecto).

↓ **Copia de Pág. 22** ↓
del Auto

IX. Resolución del propio acusado declarándose incompetente. Reincorporado a su destino de la baja laboral, el Ilmo. Magistrado acusado dictó, al día siguiente, el Auto de fecha 18 de noviembre de 2008, antes incluso de informar a la Audiencia en la cuestión de competencia (lo que haría al día siguiente).

Anticipándose a la previsible decisión que la Sala pudiera tomar sobre su competencia, el Magistrado querellado resuelve (folios 265 a 416 Tomo 1, Rollo de Sala):

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

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

No obstante el sentido y alcance de tal decisión, el querellado utilizó también esta nueva resolución para tratar de justificar su comportamiento procesal precedente con una amplia reiteración y ampliación de los argumentos ya expuestos en el Auto de 16 de octubre de 2008.

Pese a la inhibición acordada a motu proprio a favor de los distintos Juzgados de Instrucción, el Magistrado aún dictó otras resoluciones dirigidas a sostener la instrucción en la forma adoptada y decidida por el mismo, forzando la continuación de las funciones asignadas a la comisión de expertos y al Grupo de Policía integrado por funcionarios de la Comisaría General de la Policía. Así puede citarse el Auto de 28 de noviembre de 2008 (Folios 417 a 418 Tomo 1, Rollo ele Sala).

↓ **Copia de Pág. 22** ↓
del Auto

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

Nota. Salvo error de esta parte, no se nos ha facilitado copia de las actuaciones consistentes en resolución de Sala de 2 de diciembre de 2008, remitiéndonos a lo testimoniado y obrante en la causa al respecto y a los documentos que acompañan a las querellas.>>

Este es el relato de HECHOS PUNIBLES que contiene el escrito de Acusación que ha bastado para acordar la Apertura del Juicio Oral contra D. Baltasar Garzón.

4. Esta defensa interpuso primero un recurso de Apelación por Nulidad de Actuaciones contra el Auto de 20 de abril de 2010 y contra la Providencia de 21 de abril, por considerar que los escritos de Acusación no eran válidos para el fin que pretendían, siendo este defecto

insubsanable, y que la decisión del Instructor de intervenir en el contenido material de los escritos de Acusación quebraba las normas esenciales del procedimiento. Además, consideramos que la intervención del Instructor era parcial y vulneraba la imprescindible neutralidad del juez, quebrantándose el derecho de mi mandante a un proceso con todas las garantías. En segundo lugar, se interpuso después otro recurso de Apelación por Nulidad de Actuaciones contra la Providencia de 23 de abril de 2010 en el particular por el cual acordaba unir a la Causa los nuevos Escritos de Acusación de MANOS LIMPIAS. Ambos Recursos de Apelación están aún pendientes de resolverse por la Excma. Sala.

Igualmente, esta defensa recusó al Excmo. Magistrado D. Luciano Varela Castro, Instructor de la presente Causa, mediante escrito de 23 de abril de 2010. Esta recusación fue rechazada 'a limine' por Auto de fecha 6 de mayo de 2010, que igualmente fue impugnado por esta defensa mediante recurso de Súplica de fecha 12 de mayo de 2010. Este recurso de Súplica está igualmente pendiente de resolverse.

Nos remitimos aquí a las alegaciones expuestas en dichos recursos, que tendremos ocasión de desarrollar al inicio del Juicio Oral (art. 786.2 L.E.Cr.) si dichos recursos no prosperasen. Bástenos ahora con dejar aquí constancia de que esta defensa considera que todo lo actuado en este procedimiento a partir de las resoluciones del Instructor de fecha 20 de abril, 21 de abril y 23 de abril de 2010 es nulo, al haberse prescindido de normas esenciales del procedimiento, lo cual ha producido

indefensión para esta parte, con vulneración del art. 24.1 y 2 C.E.

En el mismo sentido, esta parte considera -aquí no hay discrepancia con el criterio del Instructor- que los iniciales Escritos de Acusación presentados por FALANGE (folios 924 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) y MANOS LIMPIAS (folios 946 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) contienen defectos materiales de argumentación que los hacen inválidos para sostener la acusación que pretenden, hasta el punto de que deben ser sustituidos por otros. Es decir, y en palabras del Instructor, que no pueden servir de “presupuesto para la estricta determinación del objeto del proceso”.

5. Como consecuencia de lo anterior, esta defensa considera que el Instructor de esta Causa, Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, al dictar las citadas resoluciones, no sólo estaba vulnerando normas esenciales del procedimiento sino que estaba abiertamente tomando partido en favor de una de las partes. Ello, en la medida en que facilitó a las Acusaciones Populares un trámite no previsto legalmente para la incorporación a los Autos de unos Escritos de Acusación que sustituyeran a los inválidos e intervino directamente en el contenido de los escritos hasta llegar al extremo de requerir a una de las acusaciones para que excluyese de su escrito páginas y rúbricas enteras o para que limitase el contenido argumental de una parte esencial de la acusación a una frase que le indica. Estas iniciativas del Instructor, al entender de esta defensa, ponían de relieve un motivo para la recusación del mismo por haber manifestado interés

indirecto en el procedimiento (art. 219.10º de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En consecuencia, se formuló recusación mediante escrito de fecha 23 de abril de 2010.

Nombrado Instructor del incidente de recusación el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, se dictó por éste un Auto fechado el 6 de mayo de 2010 por el que venía a rechazar "a limine" la recusación planteada. Esta decisión fue objeto de recurso de Súplica, que también está pendiente de resolverse.

Esta defensa considera -dicho sea esto, como todo lo que sigue, con el máximo respeto hacia ese Excmo. Tribunal- que en efecto concurren en el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro las causas de recusación invocadas, razón por la cual tendrán que ser reproducidas en el trámite del art. 786.2 L.E.Cr. ya que de estimarse finalmente la concurrencia de esa causa de recusación por la Excma. Sala, habría que dejar sin efecto todo lo actuado a partir del momento en que se exterioriza la pérdida de imparcialidad del Instructor recusado.

B.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A CONOCER LA ACUSACIÓN FORMULADA (Art. 24.2 C.E.).

1. Con independencia de las razones expuestas, que tachan de invalidez el escrito de Acusación de MANOS LIMPIAS que ha sobrevivido (compuesto por el escrito presentado a las 12:11h del día 22 de abril de 2010, más el de "aclaración y rectificación" de éste, presentado a las 14:34h del mismo

día) el contenido de su segunda versión es también notoriamente insuficiente para integrar el principio acusatorio, ya que del escrito no se deduce, con un mínimo de concreción, cuál sería el hecho o hechos atribuidos a mi mandante que integrarían los elementos objetivos del tipo del delito de prevaricación imputado.

En efecto, bien sea por los cortes impuestos por el Instructor al escrito inicial de MANOS LIMPIAS o bien, sencillamente, por la imposibilidad material de articular una acusación contra mi mandante sobre la base de sus decisiones como juez, lo cierto es que del *corpus* acusatorio presentado en el día 22 de abril es imposible adivinar cuáles serían las resoluciones supuestamente injustas constitutivas de ese supuesto delito continuado de prevaricación que se imputa a mi mandante. Los escritos de MANOS LIMPIAS no lo especifican, ni mucho menos explican cuál sería la razón de su injusticia.

Como se puede ver, el apartado de HECHOS PUNIBLES del escrito de MANOS LIMPIAS contiene un relato fragmentario de actuaciones llevadas a cabo durante la tramitación de las Diligencias Previas 399/2006 en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 (procedimiento que denominaremos en adelante "Causa del Juzgado Central nº 5") que van desde el subepígrafe "I. Interposición de denuncias" hasta el subepígrafe "X. Resolución de la Sala declarando incompetente al acusado" pasando por estos otros: "II. Auto de Incoación del Procedimiento"; "III. Diligencias de trámite"; "IV. Informe del Ministerio Fiscal"; "V. Ley de Memoria Histórica"; "VI. Diligencias de Prueba previas a la asunción de competencia"; "VII. Auto de asunción de

competencia"; "VIII. Recurso de la fiscalía"; "IX. Resolución del propio acusado declarándose incompetente".

En todo ese relato, y pese a sus errores y a su evidente tono sesgado en contra de mi mandante -ambos herencia del Auto que copia-, no existe la menor precisión sobre los hechos concretos que según MANOS LIMPIAS integran el delito de prevaricación del art. 446.3º del Código Penal (C.P.) que atribuye al juez Baltasar Garzón Real. El hecho de dictar resoluciones judiciales -que a esto se limita la descripción fáctica de esta Acusación- no se corresponde ni colma el tipo objetivo de ningún delito.

En definitiva, tampoco se detiene en exponer las razones por las que las hipotéticas resoluciones injustas adoptadas por el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, tan graves como para ser tachadas de prevaricadoras, habrían sido además dictadas "a sabiendas" de su injusticia. Claro que, en este punto, ya la Providencia de 21 de abril de 2010 requiere a esta Acusación Popular para que se abstenga de cualquier divagación "que exceda de la mera afirmación de que el acusado actuaba 'a sabiendas'". Lo que ocurre es que estos apremiantes requerimientos del Instructor para salvar la existencia de, al menos, esta Acusación supérstite, por mucho que a él le basten, no satisfacen las exigencias mínimas del derecho fundamental que asiste a mi representado de saber de qué hechos concretos se le está acusando y cuál es la participación culpable que se le atribuye en tales supuestos ilícitos de carácter penal. En resumen, volviendo a utilizar las propias palabras del Instructor, tampoco este segundo escrito de Acusación de MANOS LIMPIAS sirve como "presupuesto para la estricta determinación del objeto del proceso".

2. Si el escrito de Acusación no sirve para ese presupuesto, está claro que no puede haber proceso, a falta de otros escritos que cumplan esa finalidad (el Ministerio Fiscal ha solicitado el sobreseimiento de la Causa) en el momento procesal en que nos encontramos: los prolegómenos del Juicio Oral.

En este momento ya no bastan las resoluciones dictadas durante la fase de Instrucción, tanto por la Sala de admisión de las querellas como por el Instructor, donde se pretendió fijar el objeto del proceso (objeto que, por cierto, sufrió una continua inflación desde el Auto de 26 de mayo de 2009 que admitía la primera querrella, hasta los últimos Autos del Instructor, donde se dice ya sin concesiones que la prevaricación estaría en todo lo actuado por nuestro mandante en la Causa del Juzgado Central nº 5). El principio acusatorio exige ahora la vigencia de un relato acusatorio sostenido por una de las partes acusadoras, que reúna todos los requisitos de concreción fáctica, claridad, fijeza y tipicidad exigidos por la jurisprudencia. El Tribunal Constitucional tiene declarado desde antiguo que el art. 24 C.E. prohíbe que los escritos de Acusación sean imprecisos, vagos o insuficientes (SSTC 9/1982, 20/1987, 87/2001) y exige que la acusación quede claramente perfilada, tanto fáctica como jurídicamente (SSTC 135/1989, 41/1997, 87/2001). Estas exigencias son manifiestamente incumplidas por la Acusación de MANOS LIMPIAS, tal y como queda recogida en un escrito que es un residuo insuficiente de una operación de "corta y pega".

Cuando se imputa un supuesto delito continuado de prevaricación, como aquí hace MANOS LIMPIAS, tampoco basta con decir que es de aplicación el art. 74.1 C.P. Para poder defendernos frente a tal pretensión punitiva sería necesario que la parte acusadora hubiera determinado claramente: a) qué resoluciones supuestamente injustas integran "una pluralidad de acciones u omisiones" (art. 74.1 C.P.) que infrinjan el tipo penal de la prevaricación; y b) en qué consiste el "plan preconcebido" al que dichas resoluciones sirven de "ejecución" (ibid.). Si en el escrito de Acusación no se concretan esos elementos objetivos, no sabemos de qué tenemos que defendernos. Y si esa concreción no se puede hacer, no sólo no se puede hablar de delito continuado, sino que más bien estaríamos en presencia de esa corruptela jurídica consistente en confundir delito indeterminado con delito continuado.

C.- VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL Y A UTILIZAR LOS MEDIOS DE PRUEBA PERTINENTES PARA LA DEFENSA (Art. 24.1 y 2 C.E.).-

Todas las diligencias de prueba solicitadas por esta representación en defensa de D. Baltasar Garzón han sido denegadas por el Instructor. Esta parte discrepa no sólo de las razones -difíciles de entender- utilizadas para denegar toda la prueba, sino también de la forma en que se ha hecho. Tanto aquellas como ésta han generado grave indefensión, cuya trascendencia es fácil de valorar si se comprende que la práctica de las diligencias solicitadas durante la fase de Instrucción habría conducido al sobreseimiento del procedimiento y ello habría evitado, de

entrada, que el juez Garzón estuviera hoy suspendido en sus funciones por el Consejo General del Poder Judicial.

En cuanto a lo infundado de las razones para denegar la práctica de las diligencias, nos remitimos a las alegaciones de nuestro recurso de Apelación de fecha 13 de mayo de 2010 que está todavía pendiente de resolución por la Sala. Si este Recurso fuera desestimado, exponremos en su caso al inicio de las sesiones del Juicio Oral lo que sea oportuno sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas por esta parte en este procedimiento (art. 786.2 L.E.Cr.).

En cuanto a la forma en que el Instructor ha denegado las diligencias que le propusimos durante la Instrucción, ello ha generado un plus de indefensión para esta parte, como se desprende de la siguiente secuencia de actuaciones.

A. En efecto, por escrito de 9 de febrero de 2010, esta representación solicitó la práctica de ciertas diligencias de Instrucción, al tiempo de recurrir en Apelación el Auto de 3 de febrero dictado por el Instructor, en el que desestimaba el sobreseimiento solicitado por nosotros en escrito de 1 de octubre de 2009 (folio 731 del Tomo II de la pieza de Instrucción).

B. Por Providencia de 15 de febrero de 2010, el Instructor tuvo por "*formulado, en tiempo y forma, recurso de Apelación contra el Auto de este Instructor*", sin hacer ningún pronunciamiento sobre las diligencias solicitadas (folio 757 del Tomo II de la pieza de Instrucción).

C. Ante ese silencio, esta representación presentó escrito el siguiente día 22 de febrero de 2010, instando del Instructor que se sirviera resolver nuestra solicitud de práctica de diligencias, sin obtener respuesta (folio 773 del Tomo II de la pieza de Instrucción).

Al no obtener respuesta del Instructor, el 1 de marzo de 2010, esta representación volvió a reiterar la solicitud de que resolviera nuestra petición de diligencias (folio 814 del Tomo II de la pieza de Instrucción).

D. Por Providencia de 24 de febrero de 2010 -no notificada hasta el 2 de marzo- el Instructor contestó finalmente que *"una vez cumplimentado el traslado ordenado por proveído de fecha 15 de febrero pasado, se acordará"* (folio 774 del Tomo II de la pieza de Instrucción). La Providencia no señalaba el motivo de condicionar el pronunciamiento al previo traslado de las partes, aunque se nos anticipaba que el Instructor acordaría, después del traslado, respecto a las diligencias solicitadas. Sin embargo, no fue así.

E. Por Auto de 1 de marzo -no notificado hasta el 8 de marzo- el Instructor acuerda que *"no ha lugar a resolver sobre la petición de práctica de diligencias formulada por la representación del Ilmo. Magistrado querellado, en tanto la Sala no comunique la decisión que adopte sobre el recurso de apelación pendiente"* (folio 798 del Tomo II de la pieza de Instrucción; notificación al folio 805).

El resumen es que tuvimos que esperar un mes para que se nos respondiera que no se nos iba a responder.

Para justificar tal cosa, el Instructor afirmaba -entonces- que el recurso de Apelación en el procedimiento abreviado debía admitirse con efecto suspensivo, con unos razonamientos insólitos que van en contra de lo previsto en la L.E.Cr. (art. 217). El Instructor indicaba entonces la conveniencia de esperar la decisión de la Sala sobre nuestro recurso, que *"puede devenir una referencia para formar criterio sobre la admisibilidad o no de las diligencias interesadas"*, para terminar razonando que este efecto suspensivo *"redunda por otra parte en indudable beneficio del propio imputado"* (folio 802 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Como veremos, poco tiempo después el propio Instructor actuará en contra de su propia doctrina.

F. Una vez resuelto por la Sala el recurso de Apelación, por Auto de 23 de marzo de 2010, la tesis del Instructor cambió. Sin resolver la solicitud de pruebas por Auto propio y específico (art. 311.2 y 141 L.E.Cr.) el 7 de abril de 2010 el Instructor dictó ya el Auto de transformación del procedimiento, dando por concluida la fase de Instrucción (folio 869 del Tomo III de la pieza de Instrucción). Aprovechando el tenor de dicha resolución, en este Auto se nos razonaba la inutilidad de todas las diligencias que habíamos solicitado, si bien en su parte dispositiva no se resolvía nada sobre las mismas.

Con el Auto de 7 de abril de 2010 entramos en la fase intermedia del procedimiento. Contra este Auto interpusimos el correspondiente recurso, pero en esta ocasión -y de forma contradictoria con lo razonado en Auto de 1 de marzo- no se reconocerá a nuestros recursos efecto suspensivo alguno, por lo que la tramitación se despachó con toda celeridad.

G. El 11 de mayo de 2010 el Instructor resuelve y desestima el recurso de Reforma interpuesto contra el Auto de 7 de abril de 2010 (folio 1.172 del Tomo III de la pieza de Instrucción). A pesar de que este Auto de transformación no era firme -y contra él interpusimos el recurso de Apelación correspondiente, aún pendiente de resolver- el mismo día 11 de mayo el Instructor dictó Auto de Apertura de Juicio Oral (folio 1.192 del Tomo III de la pieza de Instrucción).

De esta forma, el mismo Instructor que, para justificar su silencio sobre las diligencias de prueba solicitadas, sostenía en el Auto de 1 de marzo que "*la decisión sobre la suficiencia de la fase de investigación sumarial se suspende hasta la resolución de los recursos*", decide ahora abrir Juicio Oral sin esperar a que la Sala se haya pronunciado sobre las diligencias de prueba denegadas por él, ni sobre la suficiencia de la fase de investigación sumarial, ni sobre otras cuestiones de relevancia (entre ellas, dos Incidentes de Nulidad) planteadas por vía de recurso y que se encuentran pendientes de resolver.

Todo lo anterior vulnera las normas esenciales del procedimiento y lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de mi mandante y a utilizar los medios de prueba pertinentes. Ello es así, no sólo por haberse resuelto la petición de diligencias de forma implícita y no en Auto propio; no sólo por haber invertido el Instructor su propia doctrina y no suspender luego la tramitación del procedimiento hasta conocer el previo parecer de la Sala,

sino sobre todo por dictar un Auto de Apertura de Juicio Oral (no recurrible) sin esperar a que su antecedente procesal, el Auto de transformación del procedimiento y conclusión de la Instrucción, sea firme. Todo ello supone además un cambio llamativo en su consideración hacia la Sala, a no ser que el Instructor esté seguro de que aquélla va a desestimar la Apelación. Ahora, con un Auto de Apertura de Juicio Oral encima de nosotros -y con el magistrado acusado suspendido ya de sus funciones- tenemos que esperar a una Apelación que, en buena medida, queda ya fuera de lugar.

Si se da inicio al acto del juicio habrá sido porque la resolución de dicha Apelación es desestimatoria, por razones que ahora no podemos imaginar ni debatir. En todo caso, es indudable que esa manera de terminar la Instrucción de este procedimiento, sin dar la oportunidad a la defensa del juez Garzón de practicar ni una sola diligencia de prueba y sin darle la oportunidad de acudir en Alzada ante la Sala para exponer sus razones antes de que la Instrucción estuviera finalizada, han generado una indefensión evidente, con consecuencias muy graves, ya que el Auto de Apertura de Juicio Oral dictado en esas condiciones ha supuesto la suspensión en sus funciones de mi representado, situación en la que todavía se encontrará al inicio del juicio.

D.- FALTA DE LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA ACUSACIÓN POPULAR PARA PROMOVER LA APERTURA DE JUICIO ORAL.-

En el momento de redactar este escrito la única parte acusadora que sostiene su acusación contra D. Baltasar Garzón Real es la representación conjunta del Sindicato MANOS LIMPIAS y de la asociación LIBERTAD E IDENTIDAD. Esta parte acusadora es una **Acusación Popular**, es decir que representa a dos entidades que no han resultado ofendidas o perjudicadas por el supuesto delito de prevaricación que persiguen (art. 270.1º L.E.Cr.).

El artículo 782.1 L.E.Cr. establece que "*Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa... lo acordará el Juez...*". Del número 2 del mismo artículo se desprende que cuando en este trámite la Ley menciona al acusador **particular**, se estaría refiriendo a los "*directamente ofendidos o perjudicados*" por el delito.

Por su parte, el artículo 783.1 L.E.Cr. establece que "*Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado...*".

Al no incluirse en este trámite procesal ninguna referencia expresa a la Acusación **Popular**, el Pleno jurisdiccional de la Sala a la que tengo el honor de dirigirme generó una doctrina, a partir de la sentencia 1045/2007, de 17 de diciembre (recurso de Casación 315/2007; "*caso Botín*") según la cual, en el llamado "Procedimiento Abreviado" -que es el que aquí se sigue- no procede la apertura del Juicio Oral a petición sólo del acusador popular. Se considera que el artículo 782.1

L.E.Cr. supone una limitación al ejercicio de la acción popular plenamente compatible con el art. 125 C.E., el cual reconoce al legislador una facultad de configuración legal de la acción popular.

Si bien es cierto que esta doctrina ha sido matizada en sentencias posteriores, el Fiscal de Sala, cuando despachó en este procedimiento el traslado de la Causa para el trámite del art. 780.1 L.E.Cr. reiteró su petición de SOBRESEIMIENTO, entre otras razones, por considerar que las acusaciones populares personadas **carecen de legitimación procesal** para instar la apertura del Juicio Oral. (Escrito del Ministerio Fiscal de fecha 22 de abril de 2010; folios 917 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción).

Este planteamiento de la Fiscalía fue rechazado por el Instructor al dictar el Auto de Apertura de Juicio Oral de 11 de mayo de 2010 (folios 1.172 y ss. del Tomo III de la pieza de Instrucción) con argumentos que no compartimos, y que no desvirtúan los fundados argumentos del Fiscal de Sala en su escrito de 22 de abril de 2010.

Efectivamente, la sentencia del Tribunal Supremo 54/2008, de 8 de abril (recurso de Casación nº 408/2007; "caso Atutxa") supone una seria matización a la doctrina resultante de la sentencia de 17 de diciembre de 2007, hasta el punto que admite la legitimación de la Acusación Popular para sostener en solitario la acusación -en contra del criterio del Fiscal- en aquellos procesos en los que no existe Acusación Particular por tratarse de un delito que *"carece, por definición, de un perjudicado concreto susceptible de ejercer la acusación particular"*. (En el caso de esta sentencia, se trataba de un delito de

desobediencia). Según la nueva doctrina emanada de esta sentencia, en tales supuestos, la presencia de la Acusación Popular *"puede explicarse por la necesidad de abrir el proceso penal a una percepción de la defensa de los intereses sociales emanada, no de un poder público sino de cualquier ciudadano que propugne una visión alternativa a la que, con toda legitimidad, suscribe el Ministerio Fiscal"*. Por esta razón, esta sentencia rechazó la alegación suscitada por la defensa sobre la falta de legitimidad de la Acusación Popular para instar en solitario la apertura de Juicio Oral, en contra de la opinión del Fiscal. (Por cierto, en el caso resuelto por esta sentencia, la Acusación Popular que sostenía esa diferente *"percepción de la defensa de los intereses sociales"* era también el llamado "Sindicato de Funcionarios MANOS LIMPIAS").

La anterior sentencia (recaída en el *"caso Atutxa"*) fue objeto de varios votos particulares discrepantes, cuyos argumentos en general compartimos.

1. Así, el Magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar sostuvo que la doctrina de la sentencia de 17 de diciembre de 2007 (*"caso Botín"*) debía ser considerada doctrina de la Sala a todos los efectos y que su aplicación resultaba obligada también a este caso, por imponerlo así *"elementales exigencias ligadas al principio constitucional de seguridad jurídica"*. El criterio de este voto particular *"es que no cambia el sentido de la Ley, una vez llevada a cabo la interpretación del citado art. 782.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque exista o deje de existir acusación particular personada en una causa penal"*.

2. Los Magistrados Excmos. Sres. D. Carlos Granados Pérez, D. Joaquín Giménez García y D. Andrés Martínez Arrieta formularon otro voto particular, reiterando la doctrina emanada de la sentencia del Pleno jurisdiccional de la Sala de 17 de diciembre de 2007, sosteniendo que dicha doctrina debió ser aplicada a este supuesto de hecho ("*caso Atutxa*"). Este voto particular afirma: "*La solución que mantenemos, debe aplicarse con carácter general para todos los casos en los que sólo la acusación popular solicita dicha apertura, con independencia de que exista o no la posibilidad de personación de una acusación particular y de que ésta, en su caso, actúe o no de manera efectiva*". Y dan tres razones:

a) En primer lugar, porque la Ley no dice nada al respecto. No existe esa excepción en los artículos 782 y 783, ni en ningún otro artículo, de la L.E.Cr.

b) En segundo lugar, porque si se admiten supuestos en que la Acusación Popular basta por sí sola para instar la apertura del Juicio Oral, estaríamos diseñando dos clases diferentes de acción popular, según que concurriera o no con la acción particular.

c) En tercer lugar, porque esta distinción atentaría al principio de igualdad ante la Ley, "*porque los posibles imputados estarían en situación diferente según el delito imputado tuviese o no perjudicados, estando más expuestos a la acusación precisamente en casos de inexistencia de perjudicados, lo que les convertiría en ciudadanos de peor condición*".

Esta última paradoja, que se señala en ese voto particular, resulta perfectamente de aplicación al presente procedimiento seguido contra el juez Garzón, ya que la Causa por él instruida (Diligencias Previas 339/06, después Sumario 53/08) no ha originado perjuicio de clase alguna.

3. Incluso el Magistrado Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro emitió un voto particular discrepante del fallo de la sentencia del "caso Atutxa", considerando que dicha sentencia establecía un criterio contrapuesto al que se fijó en la sentencia de 17 de diciembre de 2007 ("caso Botín") y esa variación de criterio *"no puede ampararse en una variación de supuesto que sea sustancial, por lo que puede lesionar el derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos en las resoluciones jurisdiccionales que aplican las Leyes"*. Estaba en lo cierto.

Por último, la reciente sentencia de 20 de enero de 2010, viene a examinar de nuevo la cuestión, constatando la existencia *"de una doctrina jurisprudencial que interpreta el art. 782 de la ley procesal, que se encuentra desarrollada y explicada en las SSTs 1045/2007 y 54/2008 a las que nos remitimos"*. Esta sentencia resume dicha doctrina jurisprudencial de la siguiente manera:

*"en el procedimiento abreviado no es admisible la apertura del juicio oral a instancias, en solitario, de la acusación popular, cuando el Ministerio Fiscal y la acusación particular han interesado el sobreseimiento de la causa (STS 1045/2007) doctrina que se complementa al añadir que en aquellos supuestos en los que por la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos protegidos en el delito, **no existe posibilidad de personación de un interés particular** y el Ministerio Fiscal concurre con una acusación*

popular que insta la apertura juicio oral, la acusación popular está legitimada para pedir, en solitario, la apertura de la causa a la celebración del juicio oral (STS 54/2008)".

Así las cosas, está claro que en el delito de prevaricación no sólo existe la posibilidad de personación de un interés particular, sino que además suele ser lo habitual ya que la adopción de una resolución injusta suele ser inseparable del correspondiente perjuicio para el justiciable al que afecta tal resolución. La casuística judicial sobre esta figura delictiva está llena de ejemplos en que el querellante o la Acusación personada actúan por sentirse perjudicados como consecuencia de una resolución que consideran prevaricadora. Es más, el propio tipo delictivo descrito en el art. 446 C.P. se refiere, en sus números 1º y 2º, a otros tantos casos en que la sentencia injusta es "contra el reo", es decir, en su perjuicio.

En la presente Causa no existe ninguna Acusación Particular personada, **porque no se ha derivado perjuicio alguno para ninguna persona física o jurídica como consecuencia de las decisiones del juez Garzón,** pero no porque no exista posibilidad de personación de un interés particular como consecuencia de la naturaleza del delito en abstracto. Por lo tanto, debe aplicarse el principio de que no es admisible la apertura del Juicio Oral a instancias, en solitario, de la Acusación Popular, habiendo el Ministerio Fiscal interesado el sobreseimiento de la Causa.

CALIFICACIÓN PROVISIONAL

- I -

HECHOS

"Queremos resaltar la importancia histórica del caso: los hechos a que se refiere este sumario son constitutivos de crímenes contra la Humanidad y de crímenes de guerra. Esa calificación procede del Derecho Internacional Penal y se ha recibido en nuestra legislación interna. Posiblemente estemos abordando los hechos con relevancia penal más graves, por su intensidad y su extensión, que se han presentado ante la jurisdicción española" [Auto Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; 2 de Diciembre de 2008. Voto Particular Ilmos. Sres. De Prada, Bayarri y Sáez, folio 66, Tomo XII, Sumario 53/2008].

Al ser el escrito de Acusación de MANOS LIMPIAS una mera copia del Auto del Instructor de fecha 3 de febrero de 2010, para impugnar los hechos que se imputan a nuestro representado nos referiremos más al contenido del Auto que al del escrito, no sólo porque es más lógico trabajar sobre

el original que sobre la copia, sino porque el escrito de Acusación no se entiende sin el Auto, el cual viene a ser la fuente auténtica de la acusación que pesa sobre mi representado.

Leído por sí solo, el escrito de Acusación presentado por MANOS LIMPIAS adolece de una llamativa falta de concreción fáctica, ya que lo que contiene es el relato residual de una serie de actuaciones judiciales tramitadas en el Juzgado Central de Instrucción nº 5., tal y como ha quedado tras la intervención quirúrgica que sobre el escrito original de esta Acusación Popular practicó el Instructor.

Cuando vamos a la fuente primigenia -el Auto de 3 de febrero de 2010- recordamos ya como, de forma más contundente, el Instructor de esta Causa Especial -yendo más lejos que el Auto de Incoación dictado en su día por la Sala- estableció que mi mandante habría cometido prevaricación *"de manera continuada mediante la adopción de **todos los proveídos** que discurren desde la incoación (diciembre de 2006) hasta la inhibición (noviembre de 2008)... Este es, pues, el título de imputación, acotado objetivamente en relación al **total contenido** de las plurales resoluciones que se indican"* (folio 675 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Aunque este Auto no se puede admitir nunca como sucedáneo de un escrito de Acusación, es la única referencia que tenemos sobre el hecho del que se acusa.

De manera que, exacerbada así por el Instructor la Acusación y planteado en estos términos absolutos el marco acusatorio, será preciso que analicemos la integridad de

las resoluciones dictadas por mi mandante, para poder articular la defensa.

[Todo ello sin perjuicio de la vulneración del derecho de mi representado a conocer la acusación que se ha cometido al acordar la apertura del Juicio Oral sobre la base de un escrito de Acusación que no respeta ese derecho, según denunciemos en la anterior Cuestión Previa B de este escrito.]

Primero.- Las denuncias presentadas.

1. El 14 de diciembre de 2006 se presentaron ante el Juzgado Central de Guardia **denuncias** formuladas por D. Marcial Muñoz Sánchez, "Asociación Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo", "Asociació per a la recuperació de la Memória Histórica de Catalunya", "Asociación por la recuperación de la Memoria Histórica en Aragón", "Comisión pola Memoria Histórica do 36 de Ponteareas", así como diversa documentación presentada por la "Asociación por la Memoria Histórica de Arucas".

Estas denuncias, de la misma forma que las decenas de denuncias que se presentarían con posterioridad ante la Audiencia Nacional, tenían por objeto los crímenes contra la Humanidad perpetrados con ocasión y a consecuencia del levantamiento militar del 17 de julio de 1936 contra el Gobierno legítimo de España. Un levantamiento militar que, con el apoyo del régimen nacional-socialista de Adolf Hitler y del régimen fascista de Benito Mussolini, tuvo por finalidad inmediata -en ejecución de una decisión perfectamente planeada- acabar con la forma de gobierno en

España a través de la detención y eliminación física de las personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación; todo ello, como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar un plan preconcebido de detención, tortura, desaparición forzada y eliminación física de decenas de miles de personas, en unas prácticas sistemáticas y generalizadas inspiradas no sólo en motivos políticos e ideológicos, sino fundamentalmente en una estrategia indiscriminada de causar terror en la población civil y sofocar la resistencia que pudiera amenazar al nuevo régimen. A día de hoy, continúan desaparecidas decenas de miles de personas; por testimonios de referencia, muchos familiares saben o intuyen los lugares [cunetas, parajes, exteriores de cementerios, fosas comunes...] en los que se encuentran inhumados ilícita e indignamente sus deudos; de otras decenas de miles se ignora por completo su suerte.

Denuncias posteriores ante la Audiencia Nacional ofrecieron serios indicios de la práctica frecuente de la sustracción de niños, secuestrados a sus madres presas en los establecimientos carcelarios por responsables del nuevo régimen, o bien sustraídos de las instituciones donde estos menores habían sido asilados por sus padres. A estos niños -en un número que según estudios podría rondar los **treinta mil**- se les alteró su estado civil y fueron dados en adopción irregular a familias afines al régimen, sin que jamás estos niños fueran informados de la realidad de su origen familiar, ni depuradas las responsabilidades penales de tales hechos.

Por más que la Instrucción penal no está concluida a día de hoy, los hechos denunciados configuran, de forma

clara, crímenes masivos cometidos en un contexto de **crímenes contra la Humanidad**, que no sólo lesionan la vida, integridad, dignidad y libertad de las víctimas directas de los hechos, sino que atenta contra el género humano en su conjunto. Es oportuno traer aquí las palabras del Excmo. Tribunal Supremo cuando, al referirse a las agresiones a los Derechos Humanos en Guatemala, calificadas de genocidio, las tenía por *"auténticas atrocidades cometidas por unos seres humanos contra otros que... desafían la imaginación y conmueven la conciencia de la Humanidad, lo cual nos impulsa a afirmar, una vez más, que la Comunidad Internacional, como conjunto de Estados, no debe permanecer impasible ante sucesos de esta clase que constituyen crímenes de derecho internacional"* [STS nº 327/2003].

2. La enorme complejidad y pluralidad de los hechos denunciados determinó la multiplicidad y dispersión de las propias denuncias. Durante el periodo en que la Causa estuvo abierta en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 -y aún después de acordar la inhibición- fue incesante la presentación de nuevas denuncias, relativas a episodios concretos o a víctimas individualizadas. En este particular, es de reseñar la inmensa cantidad de **cartas** que centenares de personas remitieron al Juzgado, desde todos los lugares de España, solicitando información de sus desaparecidos. Estas cartas, que conforman técnicamente denuncias de hechos delictivos, no sólo informaban de la gravedad de los hechos denunciados, sino del completo silencio en que las víctimas habían sobrevivido sin que ningún Poder Público les hubiera atendido ni amparado.

En este particular, el Instructor de la presente Causa Especial contra el juez Garzón incurrió en un notorio error cuando afirmó en su Auto de 3 de febrero que las denuncias recibidas en el Juzgado de mi mandante apenas "*alcanzan la cifra de quince más antes de la resolución del 16 de octubre de 2008*" (folio 683 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Muy por el contrario, las denuncias se contaban por centenares. A título de ejemplo, y mencionando únicamente las iniciativas colectivas, presentaron nuevas denuncias -aparte de las iniciales- la Asociación Memoria Histórica y Justicia de Andalucía, la Asociación POLITEIA, la Asociación para la recuperación de la Memoria Histórica de Valladolid, el Foro de la Memoria del País Valenciá, la Confederación General del Trabajo, la Asociación para la recuperación de la Memoria Histórica de Granada, el Centro para la Recuperación de la Memoria Histórica de Burgos, la Asociación Manuel Azaña, la Asociación de Memoria Histórica de San Fernando y Cádiz, la Asociación Salamanca Memoria y Justicia, la Asociación Guerra, Exilio y Memoria Histórica de Andalucía, la Unión General de Trabajadores, Asociación de recuperación de Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera, Asociación para la recuperación de la Memoria Histórica, Social y Política de Chiclana, etc., aportando toda ellas relaciones con miles de desapariciones forzadas... Estas denuncias siguieron llegando aún después de haberse inhibido mi mandante del conocimiento de la Causa.

Pero aparte de las denuncias presentadas por colectivos, centenares de personas se dirigieron individualmente al Juzgado Central de Instrucción mediante cartas denunciando los hechos particulares referentes a sus familiares. El Juzgado Central de Instrucción nº 5 abrió

una Pieza Separada de Correspondencia, que el Instructor de esta Causa Especial reclamó al Juzgado a instancias de MANOS LIMPIAS, aunque posteriormente no tuviera en cuenta su contenido. En esta pieza Separada, aunque también en la pieza Principal, constan referenciadas las cartas-denuncias que, por centenares, mi mandante recibió en aquellos meses. Cada una de estas cartas, en la medida en que se refieren a un familiar detenido ilegalmente en "*aquellos nefastos días del franquismo*" (según expresión utilizada en la carta-denuncia que el 4 de septiembre de 2008 remitió D^a Gabriela G. al Juzgado Central n^o 5; doc. 35, Archivo II, pieza de Correspondencia) o en la medida en que inquieren sobre el paradero de los restos de un ser querido, constituye una genuina **denuncia** por desaparición forzada de personas, ofreciendo la noticia de un crimen no resuelto. Estas denuncias eran de distinta naturaleza: la mayoría tenía por objeto la detención ilegal y posterior desaparición de padres, madres, abuelos o hermanos, cuyo fallecimiento no consta en absoluto o, todo lo más, por referencias indirectas o certificados de dudosa legitimidad; en la inmensa mayoría de los casos, los cuerpos de estos desaparecidos nunca fueron hallados. Así, a mero título de ejemplo, D^a Carmen D. O. denunció la desaparición y probable asesinato de su padre, cuyas gafas le fueron devueltas en una caja, y las manipulaciones que sufrió su certificado de defunción y los perjuicios que ello causó a su viuda (f. 84, Diligencias Previas 399/06).

Muchas cartas hablan de la **desaparición** del familiar, sin más noticia de lo que fue de él. Así, D. Juan P.S. denunció que su madre fue detenida ilegalmente, que su madre le llevó consigo -el denunciante tenía quince meses de edad- pero finalmente fue trasladada y nunca se volvió a

saber nada de ella, sigue desaparecida (f. 377, Diligencias Previas 399/06); D^a Ascensión B. remitió una carta esperando que el Juzgado le ofrezca noticias de su tío desaparecido (f. 1.339); D. Jesús P. denunció que con quince años vio cómo se llevaban a su padre detenido en un camión con destino desconocido y nunca más supo de él (f. 1.362); D. Francisco C.O. denunció la desaparición de su tío en Luque (Córdoba); D. Juan Francisco G.C. la desaparición forzada de su abuelo en Extremadura; D. Eusebio M.J. la desaparición de su tío en Bronchales (Teruel); D. Jesús E.A. la desaparición de su padre en Villar del Pedroso [*"nunca hemos vuelto a saber nada de él"*]; D. Víctor R.F. la desaparición de su padre en Asturias; D. Enrique J.R. la desaparición de su padre después de que *"se lo llevaron prisionero a un barco que estaba atracado en el puerto de Sevilla"* cuando el denunciante tenía once años; D^a Carmen T.V. la desaparición de su abuelo en Galicia; D^a Purificación L.G. la desaparición de su tío en Calatayud; D^a Marbel A.C. la desaparición de su tío abuelo; D. Eliseo C.G. la desaparición su abuelo en Burgos; D^a Pascuala M.C. la desaparición de un tío en las cárceles de Barcelona; D^a Mercedes G.D. la desaparición de su padre en Sevilla, denunciando que *"todavía hoy me deniegan la inscripción de su defunción en el Registro Civil"*; D^a María Paz V.L. denuncia que su abuelo *"fue sacado de su domicilio... y nunca más apareció"*; D. Emilio G.G. la desaparición de su hermano en un traslado de presos en Asturias; D. José María E. la desaparición de su hermano; D. José S.M. la desaparición de su padre en Almendralejo [*después de que "siendo más de las dos de la mañana llamaron a la puerta de mi casa y le dijeron a la mi madre que mi padre tenía que ir al ayuntamiento que necesitaban unos datos"*]; D. Antonio

S.G. la desaparición de su abuela materna "*detenida en San Sebastian... nunca hubo un certificado de defunción*"; D^a Irene P.R. la desaparición de su madre en La Unión (Murcia); D^a Felicitas V.M. la desaparición de un hermano en 1944; D. Francisco E.R. la desaparición de su padre en la cárcel Modelo de Barcelona [*parece ser que fusilado*" cuando el denunciante tenía diez años]; D. Francisco A.M. la desaparición de su padre en Madrid en 1943 [*la policía nos comunicó que había desaparecido*", cuando el denunciante tenía quince años]; D. Agustín M.C. la desaparición de su tío en Badajoz, tras ser visto por última vez "*sobre la caja*" de un camión de presos; D^a María del Carmen O.G. la desaparición de su padre en Sevilla, etc., etc., etc. [Vid. Archivos I, II, III y IV, pieza de Correspondencia, Diligencias Previas 399/2006, Juzgado Central de Instrucción n^o 5].

Muchas de estas cartas apenas aportan datos, sólo una pregunta. Es una pregunta que se inicia hace muchos años, pero que hoy repiten los firmantes de esas cartas, remitidas al juez Garzón de la Audiencia Nacional. Por todas ellas, incluimos aquí ésta:

Murió ~~se~~ Medirigo a Ustedes para
decirles que quería saber en que con-
diciones murió mi Padre.
Sin más saludos.
Hijo Claudio Martín Casares
11.629.869.B

para contacto Caro Zamora
C/ Balacio de las Lenses N° 22 8 980. 691687

D. Claudio Martín Casares quiere saber cómo murió su padre. Reclama su **derecho a saber**. Este derecho forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y, de forma específica, del derecho a la verdad, debido proceso y reparación que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de normas internacionales de Derechos Humanos [Resolución 60/147 de 16 de Diciembre de 2005 de la Asamblea General de la ONU].

También se recibieron algunas cartas relativas a las víctimas de la Guerra causadas por el Ejército leal a la República, o por personas afines al bando republicano. Aunque estas cartas eran pocas y más bien expresaban al juez Garzón su contrariedad por la investigación que había iniciado.

3. En su Auto de 3 de febrero de 2010, el Instructor de esta Causa Especial nos sorprendió menospreciando la iniciativa de las víctimas, de quienes sostenía que habían mantenido una actitud "angustiada" (folio 715 del Tomo II de la pieza de Instrucción) de tal forma que sus denuncias no eran sino "*el intento de buscar atajos en el uso indebido del cauce penal*". No estamos en disposición de participar en estos procesos de intenciones, pero entendemos que, si se valora razonablemente el contexto personal y jurisprudencial en el que se presentan las denuncias, se comprenderá que las víctimas del franquismo estaban en condiciones de esperar razonablemente que los tribunales españoles les protegieran en sus derechos y les dispensaran, al menos, la misma tutela que habían concedido y reconocido a las víctimas de otros crímenes contra la Humanidad cometidos en Alemania, Argentina, Chile o Guatemala. Hemos de recordar, una vez más, que en el momento de las denuncias nadie había otorgado a las víctimas de Franco la debida tutela en sus pretensiones.

Resulta evidente que el Instructor de esta Causa Especial, con semejantes afirmaciones, ha 'ninguneado' desde el principio la importancia que las víctimas merecían en las decisiones adoptadas por mi mandante durante la tramitación de la Causa del Juzgado Central nº 5. Al igual que ha 'ninguneado' el desarrollo del Derecho Penal Internacional en los últimos años y su naturaleza de derecho aplicable a los delitos cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad. Al igual que, por último, ha 'ninguneado' a cuantos juristas, dentro y fuera de España, vienen aplicando el Derecho tal y como lo ha intentado

aplicar D. Baltasar Garzón, a supuestos delictivos parangonables con los que eran objeto de la Causa llamada de la Memoria Histórica. El deber de otorgar la tutela judicial a las víctimas se degrada hasta el simple altruismo, las normas del Derecho Penal Internacional no se consideran de aplicación y a los juristas de otra experiencia no se les quiere oír como testigos.

4. Igualmente incurre en un notorio error el Instructor cuando afirma que en estas denuncias apenas figuraría *"alguna referencia genérica a la punición de los hechos"* (folio 682 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Esto no es así en absoluto; **todas las cartas y denuncias describen hechos constitutivos de delito**. Pero aparte de ello, ya desde la primera denuncia de 'Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo' se califican los hechos como crimen de lesa Humanidad, se solicita la identificación de las personas responsables y se insta la práctica de diligencias de investigación de los hechos; la denuncia de la 'Asociació per a la Memória Histórica de Catalunya' calificaba los hechos como crímenes de lesa Humanidad y detención ilegal de personas; la Asociación de Mallorca como "desaparición forzada múltiple perpetrada de forma masiva y sistemática", tipificándolos como "crímenes de lesa Humanidad de desaparición forzada"; la Asociación de Andalucía los tipificó como "crímenes de lesa Humanidad", y así la gran mayoría de los denunciantes. Cuando más tarde se les confirió traslado para alegar sobre la competencia, varios denunciantes tipificaron los hechos también como delitos contra las Formas de Gobierno... (folio 453, Diligencias Previas 399/06].

En contra de lo que insinúa el Instructor de esta Causa Especial, en ningún caso las víctimas renunciaron al componente **punible** de los hechos que denunciaron, ni describían hechos de cuya naturaleza criminal duden o cuestionen. Muy por el contrario, denuncian crímenes de considerable gravedad, y solicitan del Juez que *"practique las diligencias interesadas... instruyendo el oportuno proceso penal para la averiguación y punición de los hechos y determinación de las responsabilidades penales, y satisfacción de las civiles a que hubiere lugar"* [por todas, denuncia Asociación Memoria Histórica y Justicia de Andalucía, folio 401, Diligencias Previas 399/06].

5. Para valorar el contexto de **antecedentes judiciales** en el que se presentan las denuncias, es fundamental referirnos, por su significación, al proceso penal abierto en España para la depuración de las responsabilidades penales derivadas del Golpe militar en Argentina y la posterior represión (Sumario 19/1997) cuyos perfiles -con ejecuciones sumarias, torturas, detenciones ilegales, desapariciones forzadas, secuestro de menores, etc.- resultan parangonables en su esencia a lo ocurrido en España tras el Golpe militar de 1936. [La naturaleza de los hechos resultará similar aunque se hace preciso reseñar -sin demérito de lo pavoroso que resultan los hechos ocurridos en Argentina- que lo sucedido en España, por su extensión, número y reiteración, supera en gravedad y en número de víctimas a los acontecimientos de Argentina].

Por más que sean perfectamente conocidas de este Excmo. Tribunal, pero para recordar el estado de la doctrina judicial cuando mi mandante se hace cargo de las

denuncias por los crímenes franquistas, se habían dictado en el marco de aquel procedimiento las siguientes **resoluciones** de relevancia:

a. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de fecha 4 de noviembre de 1998, por el cual la Audiencia Nacional confirmó su competencia para instruir los crímenes cometidos en Argentina, que califica provisionalmente de genocidio. Consideraba la Sala que las agresiones a un grupo concreto, definido o diferenciable de nacionales constituía delito de genocidio; confirmó que las normas de atribución de competencia [art. 23.4 L.O.P.J.] podían aplicarse a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor, lo cual no constituye retroactividad alguna y, finalmente, concluyó señalando la completa irrelevancia de las leyes despenalizadoras que Argentina hubiera podido aprobar, que no impedían el castigo de los hechos en España *"con independencia de que dichas Leyes puedan tenerse por contrarias al «ius cogens» internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos"*. El mismo Pleno de Sala ratificó su criterio en un Auto dictado al día siguiente, 5 de noviembre de 1998, referido a los crímenes ocurridos en Chile.

b. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2004, que confirmó la desestimación de las Cuestiones de Previo Pronunciamiento planteadas ante la Audiencia Nacional y, entre otro diverso contenido, confirmó la competencia de la Audiencia Nacional para enjuiciar los crímenes contra la Humanidad cometidos en Argentina.

En esta Sentencia, el Excmo. Tribunal Supremo retomó -para matizarla- la doctrina sentada en la anterior STS nº

327/2003 ("*Caso Guatemala*") en donde venía a exigir, para la persecución de las conductas genocidas, "la existencia de una conexión con un interés nacional como elemento legitimador". Según la STS nº 327/2003, la Jurisdicción Española habría de prescindir de la persecución del genocidio cuando "no se aprecia la existencia de una conexión con un interés nacional español en relación directa con este delito, pues siendo posible concretar dicha conexión en la nacionalidad de las víctimas, no se denuncia, ni se aprecia, la comisión de un delito de genocidio sobre españoles". Siguiendo aquella línea argumental, la STS nº 327/2003 había limitado la jurisdicción española únicamente a los hechos afectados directamente por dicha conexión nacional, esto es, únicamente al delito "que se utiliza como base para afirmar la atribución de jurisdicción y no de otros delitos, aunque aparezcan relacionados con él". Y así, sólo se permitió a la Audiencia Nacional, en aquella coyuntura, investigar "los casos del asesinato de los sacerdotes españoles antes citados, así como el caso del asalto a la Embajada Española en Guatemala".

Pues bien, ampliando esta doctrina inicial, algo restrictiva, por virtud de la Sentencia de 15 de noviembre de 2004 el Tribunal Supremo respaldó la competencia de la Audiencia Nacional para enjuiciar **la integridad de las prácticas genocidas en Argentina**, señalando que "surge... la obligación de juzgar a los presuntos culpables cuando se encuentren en su territorio y no se acceda a la extradición... Los delitos de genocidio, torturas y terrorismo afectan a bienes cuya protección resulta de interés para la Comunidad Internacional... a ello **añadimos que el presunto culpable se haya en territorio español**, que

existe un punto de conexión directo con intereses nacionales en cuanto aparecen víctimas de nacionalidad española...". Así, el punto de conexión requerido en el "Caso Guatemala" se ampliaba ahora para integrar en él la estancia en territorio nacional del responsable del genocidio, hecho que permitiría enjuiciarle **por la totalidad** de los hechos que hubiera cometido.

c. Sentencia de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005, por la cual se condenó a Adolfo Scilingo como autor de un delito de lesa Humanidad [que había sido introducido en el Código Penal por L.O. 15/2003], más específico y propio que el de genocidio por el que se había incoado la Causa. En esta Sentencia, de una altura dogmática incuestionable -y que se convertirá, no nos cabe ninguna duda, en una referencia judicial de primera magnitud-, **(a)** se desarrolla la naturaleza de 'ius cogens' del Derecho Penal Internacional que castiga los delitos de lesa Humanidad; **(b)** se expone con detalle cómo se ha de reinterpretar el principio de legalidad a este respecto, por aplicación de tratados internacionales firmados por España (art. 7.2 Convención Europea de Derechos Humanos y art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); una reinterpretación que pasaría por respetar la garantía de previsibilidad que justifica el principio de legalidad -y es evidente que el culpable, dada la naturaleza de los delitos, sabe que su comportamiento es contrario al Derecho- pero compaginándolo con el carácter internacional y global de los bienes jurídicos lesionados en los delitos de lesa Humanidad; y finalmente la Sentencia **(c)** analiza el principio de responsabilidad personal que asume el culpable no sólo frente a las víctimas, sino frente a toda la

Comunidad Internacional por sus hechos, sin que le sea permitido acogerse a ninguna ley nacional para exculparse por los mismos [y mucho menos cuando dicho culpable -como suele suceder en esta clase de delitos- forma o ha formado parte de las estructuras de poder estatal desde las cuales ha cometido sus delitos y bajo cuya protección se ampara].

Éste es el inmediato contexto judicial en el cual las víctimas del franquismo presentaron sus denuncias ante la Audiencia Nacional. Sin hacer procesos de intenciones, es muy probable que, al leer el estremecedor relato de hechos juzgados en la Sentencia de 19 de abril de 2005 dictada por la Audiencia Nacional, estos denunciados se hayan visto preocupados y esperanzados, advirtiéndolo cómo el Poder Judicial español castigaba delitos de lesa Humanidad cometidos fuera de nuestras fronteras, por lo que con más razón habría de perseguir tales conductas cometidas dentro de España, donde el punto de "conexión nacional" que la doctrina más restrictiva había exigido para su castigo concurría de forma indiscutible, ya que los hechos habían ocurrido en España, las víctimas eran españolas y los posibles responsables, de vivir, se encontrarían probablemente en España.

d. En este contexto jurisprudencial, hemos de mencionar también la Sentencia del Tribunal Supremo nº 798/2007 de 1 de octubre de 2007. Esta Sentencia, dictada meses después de presentadas las denuncias ante la Audiencia Nacional, estimó parcialmente los recursos de Casación formulados contra la referida sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005. En un fallo muy matizado, el Tribunal Supremo partió de una interpretación más restrictiva del principio de legalidad para revocar la aplicación del tipo

del art. 607 bis C.P. por la que se había decantado la Audiencia Nacional [delitos de lesa Humanidad] por no estar tipificado en el Código Penal en el momento de los hechos. No obstante, al propio tiempo el Tribunal Supremo vino a valorar el papel del Derecho Internacional Penal consuetudinario en el reconocimiento y tipificación de un **"elemento de contexto identificable, añadido al hecho individual, que permite atribuir mayor cantidad de injusto a conductas que ya previamente eran constitutivas de delito"**. Por ello, mantendrá la condena de Adolfo Scilingo por autor de delitos comunes de asesinatos y detención ilegal cometidos **en el contexto de crímenes contra la Humanidad**, sin que ello viole el principio de legalidad porque *"la relevancia de la conducta enjuiciada desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, (no) podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión"*, toda vez que *"la previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible"*. Como veremos, las decisiones de D. Baltasar Garzón respetaron escrupulosamente la doctrina de esta Sentencia.

En fin, esta misma Sentencia reconoce que **"los principios contenidos en el Derecho Internacional deben ser tenidos en cuenta al proceder a la interpretación y aplicación del Derecho nacional, con mayor motivo cuando aquellos revisten naturaleza de 'ius cogens'".** Consiguientemente, tanto las normas de Derecho Penal sustantivo como las de orden orgánico o procesal, deben ser interpretadas teleológicamente, en coherencia con la necesidad de protección eficaz y con la efectividad de la prohibición de lesión de los Derechos Humanos".

e. Precisamente por este orden de razonamiento, el Poder Judicial español -en la línea de todos los países civilizados- ha reconocido la vigencia de estos principios de Derecho Internacional en la persecución de los criminales de guerra del ejército alemán y de las SS por delitos, no sujetos a prescripción, cometidos entre 1939 y 1945. De hecho, al día de la fecha se encuentran abiertas diversas causas penales contra criminales nazis, sin que la vigencia de estos principios se haya cuestionado en modo alguno. Así, en las Diligencias Previas nº 211/2008, abiertas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, contra Leprich, Tittjung, Kumpf y Demjanjuk, el Ministerio Fiscal razonaba con certeza que **"la categoría de los crímenes contra la Humanidad es una categoría preexistente en el Derecho Internacional, de origen consuetudinario, que establece la prohibición de actos inhumanos contra la población civil y persecuciones políticas, religiosas, de carácter imperativo, de 'ius cogens', que impone a los Estados una obligación de perseguir y castigar. El desvalor de la conducta de los crímenes contra la Humanidad pertenece al derecho internacional consuetudinario en vigor desde hace muchas décadas, con eficacia 'erga omnes' aplicable también a España aunque el legislador no hubiese desarrollado hasta 2004 la específica tipicidad y penalidad en el Código Penal español"** [escrito unido al Sumario 53/08, folio 366 y ss, Tomo IX].

Pues bien, éste es el contexto jurisprudencial en el cual algunas víctimas del franquismo se dirigieron a la Audiencia Nacional denunciando los crímenes contra la Humanidad cometidos por los sublevados en 1936, tanto durante la guerra como en la inmediata postguerra.

Segundo.- Las decisiones del Juez anteriores al Auto de 16 de Octubre de 2008.

1. Recibidas las primeras denuncias, el Juzgado Central de Guardia, que a la sazón era el Juzgado Central de Instrucción n° 5, dictó Providencia ordenando su registro *"en el libro correspondiente del Juzgado de guardia y, de conformidad con lo establecido en la norma segunda de las de reparto, aprobadas por la Junta de Jueces Centrales de Instrucción de fechas 20 y 25 de octubre de 1994, remítase la misma al Juzgado Central de Instrucción Decano de esta Audiencia Nacional, para que se proceda a su reparto al que por turno corresponda"* [folio 4, Diligencias Previas 399/06].

Procedido a tal reparto regular, las denuncias fueron adjudicadas al Juzgado Central de Instrucción n° 5, el mismo que estaba de Guardia.

El Magistrado Instructor de esta Causa Especial debió tener ciertas sospechas acerca de la regularidad de tal reparto [aunque nunca las haya formulado expresamente], ya que interrogó a mi mandante sobre el particular (folio 288 del Tomo I de la pieza de Instrucción) -aún cuando ninguno de los querellantes contra D. Baltasar Garzón habían insinuado tal irregularidad- y posteriormente instó la práctica de unas concienzudas diligencias de Instrucción en tal sentido. El resultado de todas estas diligencias mostraron que los prejuicios del Magistrado Instructor eran

infundados, y que el Juzgado Central Decano de la Audiencia Nacional no había cometido ninguna irregularidad en el reparto de aquellas denuncias.

Pero este episodio puso de manifiesto el prejuicio contra mi mandante que ha presidido la Instrucción de esta Causa contra él. Desde un principio esta parte advirtió al Instructor de la corrección con que se había llevado a cabo el reparto de las denuncias [escrito de 1 de Octubre de 2009, folio 358 del Tomo I de la pieza de Instrucción] pero se nos hizo el mismo caso omiso que se ha hecho a todas nuestras alegaciones. El Instructor siguió adelante con la prospección de esas sospechas nunca expresadas; en ello perdió dos meses, hizo trabajar a varios Secretarios Judiciales y, cuando constató que todo estaba en orden, no cambió un ápice su opinión sobre el juez Garzón.

2. Una vez remitidas las denuncias por el Juez Central Decano, repartidas al Juzgado Central de Instrucción nº 5, mi mandante dictó Auto de Incoación de Diligencias Previas el día 19 de Diciembre de 2006, acordando dar traslado al Ministerio Fiscal a fin de que informase sobre la competencia de la Audiencia Nacional para conocer de estas denuncias, después de que éstas, como procedía, fueran ratificadas (folio 167, Diligencias Previas 399/06). Este Auto fue notificado al Fiscal, que no lo recurrió.

Existiendo víctimas, y siendo los hechos denunciados inicialmente constitutivos de delito, la única respuesta en Derecho [o, al menos, la más apropiada desde el respeto al derecho a la tutela] es la incoación de un proceso penal. Frente al recurrente sofisma de que 'sin responsable no

puede haber proceso', habrá que contestar que sin responsable no hay condena, pero es obvio que puede haber proceso. Lo que es imprescindible para incoar un proceso es una víctima; existiendo ésta, y en número tan considerable como en este caso, la necesidad de otorgarle la debida tutela **obliga** a abrir una Causa para el esclarecimiento de los hechos.

3. Ninguno de los querellantes contra D. Baltasar Garzón ha referido en sus querellas que este Auto de 19 de Diciembre de 2006 dictado por mi mandante pudiera ser constitutivo de un delito de prevaricación; de hecho, el Auto de Incoación de esta Causa Especial, de 26 de Mayo de 2009, parecería excluirlo al centrar el único reproche en la decisión por la cual el imputado *"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"* (folio 468, Rollo de Sala).

Sin embargo, en su Auto de 3 de Febrero de 2010, el Instructor de esta Causa Especial incorporó también un reproche penal en el dictado del Auto de 19 de Diciembre de 2006, advirtiéndole que D. Baltasar Garzón ya habría delinquido al incoar una causa penal mediante una resolución en la que *"no promueve actuación procesal de investigación ni dispensa la más mínima protección al denunciante o víctima alguna"* (folio 683 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Esto tampoco era cierto: mi mandante promovió la protección y tutela de los denunciantes, en la medida en que admitió sus denuncias, los convocó a ratificarlas e incoó una Pieza Separada de Justicia

Gratuita; sí que es verdad que no promovió entonces ninguna actuación de investigación, pero porque no podía hacerlo legalmente en tanto no se declarase competente.

En definitiva, el argumento del Auto de 3 de Febrero de 2010 parte de un claro sofisma: D. Baltasar Garzón podía haberse declarado competente para el conocimiento de los hechos ya en aquel momento, en el mismo Auto de Incoación. Pero tal decisión no le hubiera librado de la invectiva de los querellantes ni de los reproches del Instructor. La opción de mi representado fue concretar previamente el alcance de los hechos denunciados y motivar con detenimiento su posible competencia. Por ello, incurre otra vez en notorio error el Instructor de esta Causa cuando, en el propio Auto de 3 de Febrero de 2010, sugiere en mi mandante un arrebatado interés de "controlar" las exhumaciones, cuando consta acreditado, como veremos, que D. Baltasar Garzón **rechazó** constantes peticiones de exhumación de fosas mientras no determinó y valoró los hechos denunciados y se declaró competente.

De igual modo, era impertinente 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. En cualquier caso, si se hubiera declarado competente en aquel momento, mi mandante habría incoado la Causa probablemente por delitos contra la Humanidad, en la línea marcada por la Sentencia de la Sección III de la Audiencia Nacional de 19 de Abril de 2005, todavía no casada en aquellas fechas.

Con todo, lo más sorprendente es que el Instructor, en su Auto de 3 de Febrero de 2010, valore como indicio de prevaricación *"la previsión expresa de una ulterior petición de informe al Ministerio Fiscal"* (folio 696 del Tomo II de la pieza de Instrucción). 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 cenital Auto de 3 de Febrero. Pedir informe sobre competencia al Fiscal no es un indicio de prevaricación, sino que resultaba preceptivo y pertinente, y es la práctica habitual de los Juzgados Centrales, por tratarse de una jurisdicción especializada.

4. La ratificación de las denuncias fue, en consecuencia, la primera (y lógica) decisión de mi mandante. Sin embargo, ya el propio día 15 de Diciembre de 2006 -antes incluso de la incoación de las Diligencias Previas- se habían presentado ante la Audiencia Nacional nuevas denuncias, formuladas en este caso por la 'Asociació per a la recuperació de la Memòria Històrica de Mallorca' y por D^a Carmen Dorado Ortiz, denunciando la desaparición de su padre, iniciando un goteo de denuncias verdaderamente incesante, que acreditaba no sólo las dimensiones extraordinarias de los crímenes denunciados, sino la **realidad actual** de los perjuicios causados por semejantes delitos, en la medida en que sus víctimas (especialmente hermanos, viudas, hijos y nietos de desaparecidos) viven todavía y reclaman la tutela de la Jurisdicción.

5. Por Providencia de 16 de Noviembre de 2007, el Juzgado Central de Instrucción n° 5 acordó finalmente dar traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia (folio 419, Diligencias Previas 399/06). A tal fecha, **todavía faltaban numerosas denuncias por ratificar**, como señala la Providencia, pero mi mandante no quiso demorar ya el cumplimiento de este trámite, lo que contradice las insinuaciones del Instructor en su Auto de 3 de Febrero de 2010.

En este particular, el Instructor incurrió de nuevo en un notorio error en su citado Auto, al afirmar que el traslado al Ministerio Fiscal vino motivado por la recepción en el Juzgado de una denuncia de dilaciones presentada ante el Consejo General del Poder Judicial. Pero es completamente incierto; el Auto yerra gravemente al *"inferir que solamente la denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial movió al querellado para recabar dicho informe"* (folio 684 del Tomo II de la pieza de Instrucción) ya que la denuncia del Consejo llegó al Juzgado **después** de dictada la Providencia de 16 de Noviembre. En realidad, el Instructor se equivoca en las fechas cuando indica que mi mandante habría respondido a la queja presentada ante el Consejo el 17 de Noviembre de 2007, cuando lo cierto es que la contestación fue del 17 **de Diciembre** de 2007 (folio 308 vuelto del Tomo I de la pieza de Instrucción) cuando el procedimiento ya se había remitido a la Fiscalía. Por más que le advertimos del error [desde nuestro escrito de 9 de Febrero de 2010 (folio 735 del Tomo II de la pieza de Instrucción)] el Instructor no ha querido corregir su apreciación.

En fin, el Auto de 3 de Febrero de 2010 indicaba que entre la admisión a trámite de las primeras denuncias y el traslado de la Causa a la Fiscalía mediaron *"once meses de inactividad alguna"*. Otra vez incurre en un notorio error el Instructor, ya que en dicho periodo se dictaron catorce resoluciones, se proveyeron diecinueve escritos y se alcanzaron 435 folios de diligencias judiciales. Constatada esta realidad, el Consejo General del Poder Judicial dictaminó **"que no ha existido paralización alguna del proceso ni dilación susceptible de reproche disciplinario"** (folio 311 del Tomo I de la pieza de Instrucción).

[Por demás, y asumiendo mi mandante en su integridad la responsabilidad de la marcha del proceso, consta en las actuaciones por diligencia de la Ilma. Secretaria del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (folio 428, Diligencias Previas 399/06) que el leve retraso en la tramitación pudo ser coadyuvado por las "crisis de ansiedad y estrés" del funcionario encargado de su tramitación. Que el Auto de 3 de Febrero de 2010 valore una especial intención oscura en mi mandante y un actuar 'desdeñoso' en este retraso resulta inaceptable].

6. Evacuando el oportuno trámite, el Fiscal informó por escrito de 1º de Febrero de 2008 que, a su juicio, la Audiencia Nacional no sería competente para conocer de estas denuncias. Esta postura, que merece todo el respeto, coincidía con la anterior posición del Ministerio Público, por ejemplo, en los procedimientos penales conocidos como *"Caso Pinochet"*, *"Caso Scilingo"* y *"Caso del Genocidio de Guatemala"*. En las tres causas el Fiscal se opuso a la competencia de la Audiencia Nacional para instruir los

procesos; permítasenos decir que en los tres casos el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional terminaron por desautorizar las tesis iniciales del Ministerio Público [si bien ante el Tribunal Constitucional ("*Caso Guatemala*") la Fiscalía ya modificó su postura].

Efectuado el correspondiente traslado al resto de las partes personadas, los denunciadores argumentaron -con mayor solidez, a juicio de mi mandante- que la Audiencia sí resultaba competente '*ratione materiae*'.

De nuevo incurrió en un notorio error el Instructor de esta Causa cuando calificó de "advertencias" el dictamen del Ministerio Público [sic: el Fiscal "*advierte que la Audiencia Nacional carece de competencia*" (folio 684 del Tomo II de la pieza de Instrucción), "*el Ministerio Fiscal le había advertido en un documento extensa y rigurosamente motivado de la improcedencia de esa incoación*" (folio 717)] de donde parece insinuar que actuar en sentido contrario sería muestra de inadvertencia punible. No podemos estar de acuerdo con tal conclusión. Ni los escritos de la Fiscalía son 'advertencias' ni vinculan al Instructor (y de ello es buena muestra lo sucedido en esta Causa contra mi mandante).

7. El 23 de Junio de 2008, D. Baltasar Garzón dictó una Providencia [folio 838, Diligencias Previas 399/06] según la cual, "*con el fin de resolver sobre la competencia*", el Juzgado solicitaría previamente información sobre el número de desaparecidos durante y después de la Guerra Civil, para así valorar la relevancia de los hechos denunciados [cuya naturaleza delictiva nadie cuestionaba] y analizar si

realmente podríamos estar, por su envergadura, en el contexto de crímenes contra la Humanidad.

Con estas diligencias, D. Baltasar Garzón no trató de *investigar* los hechos antes de declararse competente. Consta en las actuaciones -y así lo reiteró en su declaración- que con su solicitud a diversos organismos del Estado, así como a los denunciados, en relación con el número e identidad de los desaparecidos en la Guerra Civil y posguerra, sólo pretendía conocer el alcance y dimensión de los hechos denunciados.

El motivo y razón de ser de estas diligencias ha de buscarse en el nuevo rumbo de la Jurisprudencia sobre los delitos contra la Humanidad fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1º de Octubre de 2007 ("*Caso Scilingo*"). Como hemos señalado, dicha Sentencia reconocía la vigencia del Derecho Penal Internacional consuetudinario en la definición de los delitos de lesa Humanidad, para concluir que "*las conductas enjuiciadas (represión de la dictadura en Argentina) constituían **en ese momento crímenes contra la Humanidad, según el Derecho Penal Internacional consuetudinario**; la voluntad de perseguir penalmente esta clase de hechos (asesinatos, detenciones ilegales y otros) cuando concurre el elemento de contexto, estaba establecida internacionalmente de forma generalizada en normas de Derecho Penal Internacional consuetudinario, al menos desde la creación de los Tribunales internacionales tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial*".

¿Cuál es el elemento de contexto, según este Excmo. Tribunal? ¿Cuáles son las circunstancias añadidas que convierten delitos ordinarios en un delito de lesa

Humanidad? "Son éstas, según el art. 607 bis C.P., el **que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella**, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo... En el caso, tales circunstancias, aunque no puedan ser valoradas como elementos del tipo a los efectos de aplicación del artículo 607 bis, permiten considerar los hechos constitutivos de asesinatos y detenciones ilegales declarados probados en la sentencia de instancia como crímenes contra la Humanidad. Las previsiones del Derecho Internacional Penal consuetudinario, las normas de la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y convenios suscritos por España, concreta y especialmente el CEDH y el PIDCP, deben ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar las normas de Derecho interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales. Nada impiden por tanto, la persecución de hechos que, aún calificados conforme al derecho interno como delitos ordinarios de asesinatos y detenciones ilegales, deban ser considerados como crímenes contra la Humanidad conforme al Derecho Internacional Penal".

Los términos de esta Sentencia podrán ser discutibles, y de hecho consta que el Instructor de esta Causa Especial dictó un Voto Particular a favor de la absolución de D. Adolfo Scilingo, argumentando la inanidad e irrelevancia del Derecho Internacional como fuente de Derecho Penal. Pero más allá de este debate, lo que interesa en este momento aclarar es que mi mandante **respetó escrupulosamente** el tenor de esta doctrina.

Con este antecedente, las diligencias ordenadas por mi mandante fueron dirigidas precisamente a valorar la posible existencia de aquel "elemento de contexto" que señaló este Excmo. Tribunal. Habida cuenta que los hechos no podrían calificarse directamente como delitos de lesa Humanidad [dada la interpretación restrictiva del principio de legalidad que efectuó este Excmo. Tribunal], **el Juzgado necesitaba proveer la práctica de ciertas diligencias para valorar y pronunciarse sobre si los hechos eran únicamente unos ilícitos ordinarios o, por el contrario, podrían ser calificados como delitos cometidos "en el contexto de crímenes contra la Humanidad"**, como así finalmente fue.

Señala el Instructor en su Auto de 3 de Febrero de 2010 que "*la competencia no es tributaria de la veracidad constatada de los hechos denunciados*" (folio 699 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Pero las diligencias no iban dirigidas a comprobar la "veracidad" de los hechos [que, por cierto, nadie ha cuestionado expresamente hasta la fecha] sino concretar el objeto denunciado y delimitar si, '*prima facie*', estábamos ante crímenes masivos cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad. También iban dirigidas estas diligencias "a prevención" a constatar la posible tipificación de los hechos como un delito contra las Formas de Gobierno.

8. En contra de lo que insinúa el Auto de 3 de Febrero de 2010, mi mandante remitió su requerimiento únicamente en una doble y sencilla dirección: solicitó información a los denunciados y se la pidió, sobre todo, a los Poderes Públicos; únicamente a los Ministerios del Interior y Defensa.

Sorprendentemente, los Poderes Públicos no parecían estar en condiciones de ofrecer la información solicitada: cada uno de los requeridos fue remitiendo al Magistrado imputado a otros negociados y ventanillas, iniciándose así una multiplicación de requerimientos que ponía de manifiesto la magnitud de la desatención que habían sufrido estos hechos, en contraste con su gravedad (o, quizás, como última manifestación de la misma). El Ministerio de Interior contestó que en el Archivo General de la Policía no había nada, y que "*posiblemente*" encontraría algo en el Archivo Histórico Nacional (f. 890, Diligencias Previas 399/06); el Juzgado se dirigió entonces a dicho Archivo Histórico Nacional, que le contestó que tampoco tenía nada y "*le sugería*" que se dirigiera a los Registros Civiles y Tribunales Militares (f. 992, *ibídem*); el Juzgado se dirigió también al Archivo General de la Guerra Civil, actualmente Centro Documental de la Memoria Histórica, que le contestó que el tema de los desaparecidos era un "*problema histórico y humano*", pero que el Centro no podía ayudarle, señalándole que "*deberá dirigirse*" a los Registros Civiles, Tribunales militares, y examinar los Libros de fallecimiento de las parroquias (f. 1191, *ibídem*).

En este contexto, uno de los denunciantes, la Asociación Nuestra Memoria Sierra Gredos y Toledo, en unión con otros, le sugirió al Juzgado (f. 993, *ibídem*) que se dirigiera al Archivo General de la Administración, y a la Abadía del Valle de los Caídos, toda vez que en alguna denuncia, como la de la Asociación de Valladolid, se hacía referencia a traslados de cadáveres a la Basílica.; en otros escritos, otros denunciantes sugerían al Juzgado que

se dirigiera a ciertos Ayuntamientos [Córdoba (f. 1010), Sevilla (f. 1011), Madrid (f. 1184)]. Así lo acordó el Juzgado, por Providencia de 28 de Agosto de 2008 (f. 929, *ibídem*), al tiempo que -siempre en función de las previas contestaciones- remitía oficios a la Conferencia Episcopal, para que se le facilitara acceso a los libros de fallecimiento de las parroquias, a la Dirección General de los Registros, sobre la documentación relacionada con los desaparecidos, y al Centro de Documentación de la Memoria Histórica, para que pusiera a su disposición sus ficheros.

Como era de temer, la situación no mejoró con el tiempo: la Conferencia Episcopal contestó que no tenía "*competencia*" para lo solicitado (f. 1481), la Abadía del Valle de los Caídos contestó que estaban en ello, y que ya le dirían algo (f. 1482), el Centro de Documentación de Memoria Histórica reconocía que nadie había estudiado los legajos del Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo, y que su Fichero General apenas estaba "*parcialmente informatizado*" (f. 1800), la Dirección General de Registros que no tenía documentación específica de fallecidos a causa de la Guerra, aunque el examen individualizado de las inscripciones podría aportar datos (f. 1722), Patrimonio Nacional señalaba que en el Valle de los Caídos había Libros registros, Fichas por millares -más de 21.300- y Relaciones, que integraban una documentación que no había sido estudiada pero que se ponía a disposición del Juzgado (f. 1716) y, en fin, el Archivo General de la Administración indicaba que tampoco podía ofrecer un estudio de desaparecidos, y mostraba una inmensa panoplia de posibles nichos de información, que iban desde el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el Juzgado de

Primera Instancia nº 2 de Madrid, Dirección General de Bibliotecas, Asuntos Exteriores, etc., etc. (f. 1474).

Finalmente, la contestación del Ministerio de Defensa tampoco fue todo lo concreta que podría esperarse (f. 1491): ni la Armada ni el Ejército del Aire tenían información sobre desaparecidos, y al Ejército de Tierra tampoco le constaba oficialmente el dato, pero sugería que podría encontrarse información en algún archivo: en el Archivo General de Ávila (donde se custodia lo referente a las operaciones militares, y algo habrá de muertos y desaparecidos), en el Archivo General de Segovia (donde se custodia todo lo referente a la administración militar, altas y bajas), en el Archivo Militar de Guadalajara (donde se custodia la documentación de los Consejos de Guerra y Sentencias) y en los Tribunales Militares Territoriales, etc., etc.

Todas estas respuestas consolidaron la convicción judicial de que estábamos ante un problema de enormes dimensiones, un problema que afectaba a multitud de personas, un problema vigente y un problema derivado de la comisión de conductas delictivas. Estábamos ante unos delitos que nadie había investigado, *ni siquiera tocado*, hasta el punto de que -de forma insólita- ningún organismo competente de la Administración civil (Archivo Histórico Nacional, Archivo General de la Guerra Civil, Archivo General de la Administración), ni de la Administración militar (Archivos Militares de Ávila, Segovia o Guadalajara) ni de la Administración de Justicia (Tribunales Militares Territoriales, Tribunales Superiores de Justicia, Dirección General del Registro Civil, etc.) parecía disponer de algo que se pareciera, no ya a un censo

de víctimas, sino de una cifra de desaparecidos y muertos como consecuencia de la violencia desplegada por los sublevados de 1936 y por sus partidarios, durante la Guerra y en años posteriores.

En fin, la falta de respuesta remarcaba la constatación de que aquellas personas seguían desaparecidas, seguían sin ser regularizada su situación personal, en muchos casos seguía sin constar registrado su fallecimiento, sus deudos seguían sin saber de ellos, hijos de padres, hermanos de hermanos, nadie daba respuesta a las víctimas...

9. Los denunciantes particulares sí que contestaron el requerimiento: en una primera relación presentada al Juzgado, los desaparecidos ascenderían a más de 114.000 personas. En posteriores relaciones, su número se elevó - sin ser exhaustiva la cifra- a una horquilla entre las **136.062 y 152.237 víctimas** (folio 224, Tomo XII, Sumario 53/08). Este ese el número de personas que figuran en las primeras relaciones de nombres elaboradas en el procedimiento penal instruido por mi mandante, según se observa en la copia digitalizada que obra unida a esta Causa Especial. Nadie cuestiona esta cifra, que todo el mundo supone corta (hay muchas provincias donde no se ha hecho el cálculo total). En otras palabras, en este momento hay más de 136.000 españoles que sufrieron desaparición forzada, y cuyo paradero, o el de sus huesos, se desconoce. Muchos de sus hijos están vivos; en algunos casos, también sus cónyuges o sus hermanos. Algunos de ellos han presentado las denuncias que dan lugar a las Diligencias 399/2006 incoadas por mi mandante. Pero los aquí

querellantes -y, junto con ellos, el Instructor- consideran no sólo que D. Baltasar Garzón debería haber despreciado estas denuncias sin más trámites, sino que no haberlo hecho así es un grave delito, el más grave que puede cometer un juez en el ejercicio de su cargo. Pero cabe pensar lo contrario: que si hubiera actuado así, si hubiera actuado como sugieren los querellantes, entonces sí que mi mandante habría prevaricado.

10. Finalmente, es importante insistir en que antes de declararse competente, el Juzgado Central de Instrucción rechazó las peticiones de exhumaciones que los denunciados le fueron formulando. Vid., por ejemplos, Providencia de 22 de Mayo de 2008 (f. 813, Diligencias Previas 399/06), Providencia de 25 de Septiembre de 2008 (f. 1493, ibídem) o la Providencia de 28 de Agosto de 2008 (f. 929, ibídem). En relación con esta última, el Instructor de esta Causa Especial la cita parcialmente para señalar que, en ella, mi mandante solicita datos sobre:

*"exhumaciones para '**que puedan ser controladas por este Juzgado**' tras resolver sobre competencia" (folio 686 del Tomo II de la pieza de Instrucción).*

De tal frase, el Instructor argumentará que mi mandante ya había tomado la decisión de asumir la competencia sobre las exhumaciones. Sin embargo, su cita de la Providencia de 28 de Agosto es notoriamente parcial, y tergiversa gravemente el sentido de lo resuelto por mi mandante:

*"a fin de que dichas exhumaciones puedan ser controladas por este juzgado, **en su caso**, tanto en su*

ejecución como en su resultado, tras resolver sobre la competencia" (folio 929, Diligencias Previas 399/06).

Al omitir la expresión "en su caso", el Instructor oculta que mi mandante expresaba la posibilidad de no declararse competente., dando a entender que tenía esa intención tomada de antemano.

Tercero.- El Auto de 16 de Octubre de 2008.

1. Tratar de explicar el contenido de una resolución de sesenta y ocho folios puede parecer redundante, pero resulta inevitable hacerlo en la medida en que el contenido de dicha resolución -dictada por mi mandante en el ámbito de la independencia de criterio interpretativo que caracteriza al Poder Judicial- ha sido cuestionado por delictivo. Los presupuestos fácticos, motivación y contenido resolutivo del Auto de 16 de Octubre de 2008 (folio 1827, Diligencias Previas 399/06) están incorporados en el mismo; en consecuencia, y con independencia de lo que ahora referiremos, hemos de remitirnos al tenor del Auto. Así, respecto a los hechos denunciados, el Auto constata:

"que el alzamiento o insurrección armada que se materializó en esa fecha fue una decisión perfectamente planteada y dirigida a acabar con la forma de Gobierno de España en este momento, atacando y ordenando la detención e incluso la eliminación física de personas que ostentaban responsabilidades en los altos Organismos de la Nación y ello, como medio o al menos como paso indispensable para desarrollar y ejecutar las decisiones previamente adoptadas sobre la detención, tortura, desaparición forzada y eliminación

física de miles de personas por motivos políticos e ideológicos, propiciando, asimismo, el desplazamiento y exilio de miles de personas, dentro y fuera del territorio nacional, situación que continuó, en mayor o menor medida, durante los años siguientes, una vez concluyó la Guerra Civil".

Sin ser necesario, el Auto recogía algunos datos de hecho que respaldaban aquella apreciación inicial y constataban la existencia de una decisión deliberada de acabar con la resistencia al alzamiento por la vía del terror, los asesinatos y las 'limpias', en el marco de un sistema fascista, cosa que, en realidad, no ha sido cuestionado por nadie y tampoco por el Instructor de esta Causa Especial:

"Serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo... cuantos se opongan al triunfo del expresado Movimiento Salvador de España" [Acuerdo de la Junta Suprema Militar de la Defensa, Decreto nº 2]. (Página 10 del Auto).

"Serán pasados por las armas, sin formación de causa, las directivas de las organizaciones marxistas o comunistas que en el pueblo existan y en el caso de no darse con tales directivas, serán ejecutados un número igual de afiliados, arbitrariamente elegidos" [Bando del General Queipo de Llano, 24 de Julio de 1936]. (Página 12 del Auto).

Pero de la misma forma, hubiera podido recoger cualquiera de los centenares de datos que confirmaban la insuperable gravedad de los hechos denunciados:

"Entre la enormidad de detenidos figura gente significadísima que hasta después de detenidos han hecho manifestaciones contrarias al movimiento y... nada, aquí, costando un dineral su manutención; menos mal que Falange hace alguna limpia, que no pueden

aplicar a los figurones por estar éstos detenidos" [Carta del Gobernador Civil de Baleares, Mateu Torres al General Franco, de 10 de Septiembre de 1936, citada en la denuncia de la Asociación per a la recuperació de la Memória Histórica de Mallorca", folio 71 vto., Diligencias Previas 399/06].

"De acuerdo con su origen, naturaleza, estructura y conducta general, el régimen de Franco es un régimen fascista basado en el modelo de la Alemania nazi de Hitler y la Italia fascista de Mussolini y en su mayor parte establecido como resultado de la ayuda recibida de los mismos" [Resolución 39-I de la Asamblea General de la ONU, 12 de Diciembre de 1946].

2. Con el alcance propio de un Auto que da comienzo a una Instrucción, los hechos descritos en el Auto de 16 de Octubre eran claramente constitutivos de crímenes contra la Humanidad, según el alcance y configuración que el Derecho Penal Internacional había ido perfilando para esta figura.

La tipificación de los crímenes contra la Humanidad, como es sabido, se fue perfilando desde la conocida como **Cláusula Maertens**, incluida en la Convención de La Haya de 1899 sobre Leyes y Usos de la Guerra, ratificada por España y publicada en la Gaceta Oficial del Estado del 22 de Noviembre de 1900, y posteriormente ratificada en la IV Convención de La Haya de 1907: *"en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellos, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguarda y el imperio de los principios del Derecho de Gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de la humanidad y de las exigencias de la conciencia pública"*. Sobre esta base se fue conformando una conciencia pública universal de Derechos Humanos, plasmada en el Estatuto del Tribunal

Militar Internacional de Nüremberg que, tipificando Derecho internacional consuetudinario [esto es, conductas sobre las que existía un consenso global de su naturaleza de atentados contra la Humanidad] calificó de Crímenes contra la Humanidad "el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil antes o durante la guerra, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas" (art. 6.c del Reglamento del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg). Es importante reseñar que el Estatuto de Nüremberg -debido al alcance del principio de legalidad internacional- se aplicó a conductas cometidas desde el 30 de Enero de 1933 en adelante, interpretándose que ya desde aquel entonces existía una conciencia universal contra estos delitos; una conciencia fundada en principios morales a los que repugnaba la idea de que dichas conductas quedaran impunes.

Recientemente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, de 17 de Julio de 1998, ha renovado la tipificación de estos crímenes contra la Humanidad.

Con estos antecedentes, la Sentencia del Tribunal Supremo nº 798/2007 de 1º de Octubre reconoció claramente que esta clase de conductas eran constitutivas de crímenes contra la Humanidad, por más que [en aplicación rigurosa del principio de legalidad penal] rechazara condenar al acusado por este delito, incorporado a nuestra legislación interna en 2003. De esta forma, este Excmo. Tribunal condenó a D. Adolfo Scilingo:

"Como autor de treinta delitos de asesinato..., como autor de un delito de detención ilegal...y cómplice de 255 delitos de detención ilegal... los cuales

constituyen crímenes contra la Humanidad según el derecho internacional".

Pues bien, en escrupuloso respeto de esta doctrina [las conductas constitutivas de un delito contra la Humanidad, aunque no se pueda aplicar este tipo penal por el principio de irretroactividad, han de ser valoradas "a la hora de interpretar y aplicar las normas de Derecho Interno, de forma que resulte conducente a la efectiva protección de los Derechos Humanos esenciales"], mi mandante no se declarará competente por un delito contra la Humanidad, sino por **"delitos de detención ilegal sin dar razón del paradero o desaparición forzosa en el contexto de crímenes contra la Humanidad y en conexión con delitos contra la Constitución y los Altos Organismos de la Nación"** (pág. 53 del Auto).

3. A partir de aquí, el Auto de 16 de Octubre de 2008 pasa a argumentar sobre los "*principales escollos que se plantean en el caso*". Tanto los querellantes como el Instructor y la Sala de Admisión han querido ver en esta palabra ('escollos') nada menos que un indicio de prevaricación, como si D. Baltasar Garzón fuera consciente de que su razonamiento se enfrentaba con impedimentos insalvables. Nada más lejos de la realidad; se estaba refiriendo mi mandante a posibles obstáculos que requerían de una motivación más 'in extenso'. La palabra 'escollo' es un término muy habitual, y carece de las insinuaciones interesadas que se pretende ver en el mismo. Sin ir más lejos, este Excmo. Tribunal valoró que el testimonio del reo, en un caso de violación, era un aparente "escollo" al contradecir a la víctima, escollo que terminaba por

vencerse (STS nº 950/2009; Ponente: Excmo. Sr. Berdugo Gómez de la Torre); que el planteamiento erróneo de un Motivo de Casación es también un "escollo" que puede salvarse (STS nº 717/2008; Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano), o que la falta de inclusión de ciertos datos de hecho en un veredicto es un "escollo" igualmente superable (STS nº 790/2008; Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano).

Éste era, y no otro, el sentido que le quiso dar mi mandante a esta palabra, y que resulta de una lectura objetiva, neutral y desapasionada del Auto: la de posibles dificultades argumentales, que merecían ser explicadas con detalle, sin que la superación de tales escollos denote un comportamiento delictivo en el redactor de tales resoluciones.

4. La primera dificultad que refiere el Auto es la **posible irretroactividad de la ley penal**. Pero este escollo es superado sin dificultades en la medida en que D. Baltasar Garzón no imputará a nadie ni abrirá la Causa ni se declarará competente por virtud del art. 607 bis del Código Penal (delitos de lesa Humanidad). Respetando la irretroactividad de la ley penal interna, en el mismo sentido doctrinal diseñado por la Sentencia nº 798/2007 ("*Caso Scilingo*"), no aplicará retroactivamente ninguna norma del Código Penal.

Ahora bien, como reconocía la Sentencia nº 798/2007, hay otra legalidad. Es una legalidad internacional; una legalidad que vincula a los países por virtud de los tratados internacionales que ratifican y por virtud de su

pertenencia a una comunidad de países civilizados; una legalidad donde a la costumbre se le reconoce capacidad para definir bienes jurídicos de carácter global y universal basados en la dignidad humana; capacidad de perfilar obligaciones y responsabilidades individuales en respeto de tales bienes jurídicos; y capacidad de tipificar, en suma, crímenes contra la Humanidad.

Un principio de legalidad internacional, en fin, que impone el castigo de las conductas contra la Humanidad aún por encima de las limitaciones de la normativa interna y particular de los países, según España ha reconocido:

"[El principio 'nulla poena sine lege'] no impedirá el juicio y castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". (art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos; en términos similares, art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos ratificados por España).

En consecuencia, firmando y ratificando sin salvedad estos instrumentos internacionales -que son Ley- España se ha comprometido ante el conjunto de las naciones a no utilizar el argumento o excusa del contenido de su norma interna para impedir u oponerse a la persecución de Crímenes contra la Humanidad. La Sentencia nº 798/2007 asume la existencia de esta legalidad internacional, y le reconoce, como no puede ser de otra forma, su capacidad de señalar el carácter delictivo de conductas contra la Humanidad.

Compaginando este doble contenido de la legalidad - que, en términos muy gráficos de la Sentencia de 19 de Abril de 2005 de la Sección III de la Audiencia Nacional, obliga a una 'reformulación' del principio- fue esta Sentencia nº 798/2007 de esta Excma. Sala Segunda la que orientó el contenido garantista del principio de legalidad al valor de la **previsibilidad del castigo**: en efecto, dicho principio es, ante todo, una garantía para los ciudadanos de que el Estado no les condenará por realizar una conducta cuya ilicitud no conocieran o no pudieran prever. Este es el principal valor o contenido dogmático del principio de legalidad: **permitir el conocimiento de lo prohibido o permitido** y garantizar un consenso de validez de la norma. Pero esta previsibilidad se respeta siempre en las imputaciones por crímenes contra la Humanidad, porque el culpable no puede ignorar que las conductas son ciertamente ilícitas:

"La previsibilidad objetiva de una sanción penal para las conductas enjuiciadas es indiscutible. La relevancia de la conducta enjuiciada, desde la perspectiva de la protección de los Derechos Humanos esenciales a nivel internacional, tampoco podía ser ignorada por el recurrente en el momento de la comisión, ya que constituían precisamente las acciones más graves contra aquellos. La previsión internacional relativa a la persecución y castigo de conductas constitutivas de crímenes contra la Humanidad era notoriamente anterior en el tiempo a los hechos enjuiciados, por lo que su valoración tampoco vulnera el referido principio" (STS 798/2007).

Por todo ello, es doctrina de este Excmo. Tribunal que no atenta contra la irretroactividad de la ley penal imputar a una persona haber cometido Crímenes contra la Humanidad, aunque no se le pueda castigar específicamente por el tipo penal previsto a tal efecto en el Código Penal.

La legalidad internacional ampara, según este Excmo. Tribunal, esta imputación.

La interpretación ofrecida por mi mandante, en todos sus aspectos, acaba de ser ratificada una vez más por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su reciente Sentencia de 17 de Mayo de 2010, "*Caso Kononov v. Letonia*", confirmando principios ya expuestos en anteriores resoluciones ("*Caso Streletz, Kessler et Krenz v. Alemania*" de 22 de Marzo de 2001, o "*Caso Kislyiy v. Estonia*" de 17 de Enero de 2006). En esta Sentencia, el Tribunal reiterará que:

*"El Estatuto del (Tribunal Militar Internacional) de Nüremberg definía de manera no limitativa los crímenes de guerra que comprometían la responsabilidad penal individual de sus autores. En su valoración, el tribunal emite la opinión de que la reglas humanitarias que figuraban en la Convención y Reglamento de La Haya de 1907 eran 'admitidas por todos los Estados civilizados y contemplados por estos como la **expresión codificada de las leyes y costumbres de guerra**' que eran aplicables en 1939 y que las violaciones de estos textos constituían crímenes cuyos autores debían ser castigados. La doctrina reconoce que en aquel **momento el derecho internacional definía ya los crímenes de guerra y exigía que se actuara la persecución contra sus autores.** El Estatuto del TMI de Nüremberg no es, pues, una legislación penal ex post facto... **La caracterización de los actos en cuestión como crímenes de guerra era suficientemente accesible y previsible para el demandante en 1944... básicamente por la obligación de respetar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos...** Las leyes y costumbres internacionales de la guerra eran suficientes en 1944 para fundar la responsabilidad penal individual del demandante. El demandante pudo prever en 1944 que los actos en cuestión serían calificados de crímenes de guerra".*

Somos conscientes de que el Instructor de esta Causa Especial no comparte las tesis del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este Instructor emitió un contundente Voto Particular contra la Sentencia nº 798/2007 del Tribunal Supremo, considerando que el principio de legalidad debía interpretarse de forma aún más estricta, mostrándose a favor de la impunidad del Sr. Scilingo con el argumento de que las conductas constitutivas de Delitos de Lesa Humanidad serían atípicas y no punibles en España antes del año 2003. De hecho, a la hora de razonar la posible prevaricación de mi mandante, el Instructor ha seguido su conocido punto de vista sobre el particular, y sobre su interpretación del principio de legalidad, y el (nulo) valor que le concede al Derecho Internacional como fuente del Derecho Penal, de manera que más allá de esta particular visión sólo existiría el delito de prevaricación.

5. El Auto de 16 de Octubre de 2008 razona igualmente **la permanencia delictiva de los hechos**, especialmente en lo relativo a las detenciones ilegales sin dar razón del paradero de las personas. Pocas dudas doctrinales parecería que habría de causar esta cuestión, aunque el Instructor de esta Causa también la ha cuestionado desde otra perspectiva u opinión jurídica.

Consta que el delito de detención ilegal estaba tipificado en el Código Penal de 1932 (art. 474); es cierto que no existía un tipo específico de castigo a quien, tras detener a la víctima, no diera razón de su paradero, pero ello no significa, ciertamente, que semejante conducta fuera impune: estaba incluida en el tipo general.

El delito de detención ilegal es un delito permanente [por todas, STS nº 14/2010], que sólo comienza a prescribir "desde que se eliminó la situación ilícita" (art. 132 C.P.). Mientras las personas desaparecidas sigan estando ilocalizadas, continúa la situación ilícita. Por mucho que se pueda presumir que estas personas han fallecido o han sido asesinadas, tal presunción no elimina la ilicitud de la situación, mientras los hechos no sean investigados y resueltos, en la medida en que sigue siendo actual y vigente la agresión a los bienes jurídicos lesionados. En particular, los familiares siguen sufriendo esa cruel perturbación de ánimo de no saber qué ha sido de sus padres, hermanos o hijos, en una situación parangonable, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la tortura:

"El Tribunal observa que las autoridades del Estado requerido no han hecho ninguna investigación sobre las circunstancias en que ocurrieron las desapariciones. En ausencia de información sobre la suerte de las personas desaparecidas tras los incidentes de Julio y Agosto de 1974, sus familias están condenadas a vivir de manera prolongada en un estado de angustia extrema que no puede decirse que se atenúe con el paso del tiempo. Dadas las circunstancias del caso, el Tribunal no considera que el hecho de que ciertas personas no hayan visto concretamente a los miembros de su familia detenidos o no, o no hayan denunciado tal detención a las autoridades del Estado demandado, les prive de su condición de víctima en relación con el art. 3 C.E.D.H. ('Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes')". Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Pleno, Caso Chipre v. Chipre / Chipre v. Turquía. Sentencia de 10 mayo 2001.

El carácter permanente de la detención ilegal se refuerza, visto desde la perspectiva de la legalidad

internacional, cuando estos delitos concurren en el marco de crímenes contra la Humanidad, y pueden ser tipificados como delito de desaparición forzada. A este respecto, es principio de Derecho Internacional, tipificado en numerosos instrumentos ratificados y vinculantes para España, que el delito de desaparición forzada *"será considerado delito permanente mientras sus autores sigan ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos"* (art. 17.1 de la Declaración sobre la protección en caso de Desaparición Forzada de personas, de 1992; en semejantes términos, art. 8 de la Convención de 20 de Diciembre de 2006, art. 3 de la Convención Interamericana de 9 de Septiembre de 1994, Resolución 826 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 26 de Septiembre de 1984, o Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de Octubre de 2005, punto 10.3.3).

Estos fueron los argumentos que D. Baltasar Garzón invocó para entender no prescritos los delitos denunciados. Mi mandante no adujo en ningún momento que los crímenes contra la Humanidad fueran imprescriptibles, aunque ciertamente hubiera podido hacerlo, ya que existe un consenso universal sobre tal carácter. Aunque no se acogiera a tal carácter imprescriptible, es de interés de esta defensa recordar que toda la Comunidad Internacional reconoce la imprescriptibilidad de tales crímenes. Es esta imprescriptibilidad la que permitió que Estados Unidos concediera recientemente la extradición de Ivan Demjanjuk, que la República Federal de Alemania esté enjuiciando en estos momentos a este responsable de crímenes contra la Humanidad, que Francia haya condenado a personas como Klaus Barbie o Maurice Papon, que Italia haya depurado

responsabilidades penales por los hechos de las Fosas Ardeatinas, o que, sin ir más lejos, en España se estén tramitando las Diligencias Previas nº 211/2008, abiertas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional, contra los nazis Leprich, Tittjung y Kumpf. Por Auto de 17 de Septiembre de 2009 el Juzgado Central de Instrucción nº 2 acordó el procesamiento de estos tres miembros de la Brigada *SS Totenkopf*, que prestaron servicio como guardias armados en los campos de concentración de Mauthausen, Gross Raming, Sachsenhausen y Flossenbug, sin que en ningún caso se haya planteado siquiera la cuestión de la posible prescripción de sus responsabilidades penales.

La imprescriptibilidad viene recogida en el art. 29 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por España el 19 de Octubre de 2000, y ya venía prevista en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de lesa Humanidad, de 26 de Noviembre de 1968. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acaba de reiterar la imprescriptibilidad de estos delitos (*"Caso Kononov v. Letonia"* de 17 de Mayo de 2010] y la Corte Militar de Roma, en su condena a Erich Priebke y Karl Hass (*"Caso de las Fosas Ardeatinas"*) ya recordaba que:

"La imprescriptibilidad de los Crímenes contra la Humanidad es un principio general del Ordenamiento Internacional. El Convenio de 1968 no es sino una consagración formal del principio de imprescriptibilidad de los crímenes en cuestión".

Por todo ello, aunque no ha sido objeto de argumentación por mi mandante, dejamos expuesto, como dato

fáctico, este consenso internacional a favor de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la Humanidad.

6. En relación con la posible aplicación de la **Ley de Amnistía**, nuevamente mi mandante tuvo que valorar la evidencia de que se encontraba ante crímenes contra la Humanidad, de manera que, aplicando estrictamente la legislación nacional, no pudo orillar la relevancia del Derecho Internacional que, en los términos literales de la Sentencia 798/2007, debe ser tenido en cuenta para la interpretación, aplicación y castigo de esta clase de delitos.

Para empezar, la Ley de Amnistía, aprobada por Ley 46/1977 de 15 de Octubre, no contiene ninguna disposición que impida la investigación de ningún hecho delictivo; como bien se deduce de su tenor, se limita a amnistiar delitos, pero no a destipificar determinadas conductas. Por ello, la vigencia de la Ley de Amnistía no puede ser tenida en cuenta nunca para impedir la apertura de un proceso penal, en el marco del cual habrá de valorarse debidamente si los hechos enjuiciados son constitutivos o no de alguno de esos delitos amparados o cubiertos por la amnistía. La práctica de nuestros tribunales comparte esta línea argumental; así, en el conocido como "*Caso Enrique Ruano*", la Audiencia Provincial de Madrid no sólo permitió sino que impuso que el debate sobre la aplicación de la Ley de Amnistía se ventilara en juicio contradictorio:

*"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].

Y de la misma opinión fue este Excmo. Tribunal Supremo cuando conoció del llamado "Caso Bultó", por el asesinato de un empresario catalán, caso que fue archivado por la Audiencia, entendiéndolo amnistiado, y que el Tribunal Supremo ordenó investigar:

"La Audiencia Nacional, estimando cumplidos tales requisitos, por medio del auto recurrido, aplicó la amnistía a los encartados, ordenando su libertad y excarcelamiento; sin embargo, una más detenida exégesis del precepto anteriormente invocado, en concordancia con los principios generales de la teoría de la prueba, exigen que **en aquellos casos de tanta gravedad como lo es el de autos,** que reviste 'prima facie' la apariencia de un robo con resultado de muerte violenta, inferida de manera innecesariamente inhumana, no deben bastar para adjudicar sin más al delito el calificativo de político las propias e interesadas declaraciones de los detenidos, sobre todo cuando tal calificación funciona en estos supuestos como causa excluyente o eximente de pena -que según constante Jurisprudencia de esta Sala para ser estimada **deberá hallarse tan probada en autos como el hecho mismo-**, sino que con arreglo al precitado texto, resulta necesario que el Tribunal aprecie, es decir, valore la veracidad del móvil político alegado, evaluación que como es natural **deberá ir precedida de**

una investigación y prueba detenidas y serias, so pena de dar pie en lo futuro a que cualquier banda de atracadores pueda lograr la completa indemnidad de sus fechorías, intentadas o cometidas, alegando supuestos fines políticos" [Sentencia de 28 de Febrero de 1978].

Habría de ser, por tanto, en un Juicio Oral cuando se valorase la aplicación de la Amnistía a los hechos denunciados, analizando el concepto y alcance de un "delito político", valorando con detenimiento si a la sustracción de niños del cuidado de sus madres presas puede reconocérsele finalidad política y, por tal motivo, declararlo amnistiado, o de quién serían adversarios políticos las decenas de miles de hombres, mujeres y niños desaparecidos por los pueblos de Castilla, de Extremadura, de Galicia... El mismo concepto de 'delito político' es un concepto de márgenes difusos, que no puede utilizarse 'a priori' para evitar la investigación de un crimen y negar la debida tutela a las víctimas.

Otro motivo complementario para no apreciar 'prima facie' la Ley de Amnistía se refería al carácter permanente de los ilícitos investigados, cuya situación ilícita seguía vigente al tiempo de las denuncias, y cuyas víctimas seguían sin recibir el menor amparo ni tutela exigible constitucionalmente. Por esta razón, la amnistía no le resultaría de aplicación, al prolongarse la situación ilícita más allá de la aprobación de dicha norma [STS 20 de Enero de 1986].

Pero, como decimos, a la hora de abordar la posible amnistía de los hechos denunciados, mi mandante consideró que no podía sustraerse a los principios de Derecho Internacional aplicables y vigentes en España, a tenor de

los cuales no estamos ante delitos políticos sino ante delitos contra la Humanidad. Y, desde esta perspectiva, el Derecho Internacional vedaría su posible amnistía.

Así, hemos de reiterar que el art. 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 1950, aprobado y vigente en España tras ser ratificado el 26 de septiembre de 1979 (B.O.E. 10 de octubre de 1979) es decir, después de la Ley de Amnistía, 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 los derechos humanos"*, Civitas, 1979, Madrid] y, en efecto, nadie ha cuestionado la vigencia de tal previsión del Convenio Europeo de Derechos Humanos. **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*].

Pero no sólo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; hemos recordado que el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional valoró que las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida de Argentina podían "tenerse por contrarias al «ius cogens» internacional y hubiesen contravenido tratados internacionales que Argentina tenía suscritos" [Auto de 4 de Noviembre de 1998]. Este mismo juicio lo reiteró en relación con el Decreto-ley 2191/1978 aprobado en Chile [Auto de 5 de Noviembre de 1998].

El Instructor de esta Causa pretendió trazar una delgada línea que separaba la legitimidad de la Ley de Amnistía, aprobada "por las Cortes democráticas de España", de aquellos otros casos de "*supuestos de amnistías unilaterales o autoamnistías*" [Auto de 3 de Febrero de 2010] o aprobadas "*en situaciones de excepcionalidad democrática*" [Auto de 11 de Mayo de 2010] refiriéndose, sin mencionarlas, a las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida aprobadas en Argentina. Estas referencias, francamente, no son acertadas. Estas leyes argentinas no sólo fueron aprobadas por un Parlamento salido de las urnas, sino que vieron la luz cuando ya se habían dictado Sentencias condenatorias contra los responsables de los crímenes contra la Humanidad. Esto es, la democracia estaba tan asentada que permitió la incoación de tales procesos y la condena de sus responsables. Pero esta condición de leyes democráticas aprobadas por un Parlamento no les liberó de su ilegitimidad internacional por permitir la impunidad de crímenes contra la Humanidad. Finalmente,

fueron derogadas por el Parlamento en 2003, y anuladas por la Corte Suprema de Justicia en 2005.

Puestos a comparar, la Ley de Amnistía se dictó antes de que se incoara ningún proceso penal contra la Falange o contra los miembros del Movimiento Nacional. ¿Hubo una 'conspiración de silencio', como afirma con ironía el Instructor de la presente Causa Especial, o fue más bien que antes de 1977 *no se podía incriminar al franquismo*? ¿Entre Noviembre de 1975 (muerte del dictador) y Octubre de 1977 realmente se dieron las condiciones para que alguien denunciara los crímenes franquistas? ¿Cuántas denuncias hubo de esos crímenes? La cuestión no está tan clara como pretende hacerla ver el Instructor de esta Causa. Al menos, no está tan clara como para que cualquier opinión disidente merezca ser tachada de "*ignorancia jurídicamente inexcusable*" como, con suficiencia, afirma el Auto de 3 de febrero de 2010 (folio 708 del Tomo II de la pieza de Instrucción).

En fin, reiteramos lo dicho en otras ocasiones: no cuestionamos la legitimidad de la Ley de Amnistía, pero sí su aplicación al caso concreto y, desde luego, su supuesta capacidad de evitar la incoación de procesos penales. El análisis detallado respecto a si la Ley de Amnistía [a la que se opusieron, por cierto, los franquistas] incluyó los crímenes contra la Humanidad cometidos por el franquismo, o cómo puede encajarse la aplicación de esta Ley con la protección y garantía de la tutela judicial efectiva de las víctimas [protegida y garantizada en el art. 24.1 C.E., que no estaba vigente en 1977] es algo que sólo puede realizarse en el marco de una causa penal abierta. Vedar e impedir la apertura de este proceso penal es contrario a

Derecho, y castigar al Juez que ha adoptado esta decisión, algo completamente injustificado.

7. Por todo lo anterior, y habida cuenta de que no existía impedimento para la incoación de las Diligencias Previas, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se declaró **competente**, en la medida en que uno de los delitos objeto de imputación refería al Delito contra las Formas de Gobierno cuya Instrucción, según la Ley Orgánica del Poder Judicial [art. 65.1.a)], corresponde a la Audiencia Nacional. También esto ha sido cuestionado por los querellantes, entendiendo que este delito no estaría hoy en vigor. Muy por el contrario, mi representado entiende que el delito sigue existiendo, aunque no tenga un epígrafe propio en el Código Penal. El delito contra las Formas de Gobierno está tipificado integrado en la Rebelión (art. 472.6 C.P.), sin que pueda entenderse que este cambio de simple ordenación sistemática en el Código Penal haya traído como inesperada consecuencia la atipicidad de la conducta, la eliminación de la competencia de la Audiencia Nacional y la subsiguiente atribución de un delito de tal alcance a los Juzgados ordinarios.

Este es el marco general fáctico que se plantea a mi mandante en las Diligencias Previas 399/2006. Hemos señalado, de forma probablemente excesiva aunque necesaria, los motivos que tuvo mi mandante para actuar. No deja de ser insólito que un miembro de un Poder Judicial independiente deba explicar la motivación en Derecho de sus resoluciones desde un banquillo, pero hemos de hacerlo porque el contenido jurisdiccional de sus resoluciones se ha cuestionado como ilegítimo e incorrecto jurídicamente.

No tenemos ninguna reserva en este debate, y podemos defender la corrección de lo resuelto por D. Baltasar Garzón, pero no sin advertir que un proceso por prevaricación no debería tener por contenido valorar si el Juez se ha equivocado o no, ni cuál tendría que haber sido su decisión correcta, ni mucho menos aprovechar el proceso para sentar Jurisprudencia sobre el contenido material de las decisiones cuestionadas. Existiendo un debate de fondo, un Poder Judicial que se precie de ser independiente no puede condenar como delincuente a quien se atenga a una determinada interpretación legítima [y mucho menos, diríamos, cuando este Juez ha puesto sus mejores empeños en respetar la doctrina del Tribunal Supremo].

En fin, la motivación se encuentra insita en las propias resoluciones, de manera que el desacuerdo, la crítica y su posible corrección no pueden canalizarse desde el castigo al Juez, en un proceso instado además por una **acción popular** de grupos identitarios y de extrema derecha, a la cual no sólo se le permite actuar sino que se le ayuda y se le orienta respecto a cómo redactar sus escritos.

8. Los responsables de los hechos denunciados fueron, entre otros, los siguientes:

- D. Francisco Franco Bahamonde.
- D. Miguel Cabanellas Ferrer.
- D. Andrés Saliquet Zumeta.
- D. Miguel Ponte Manso de Zúñiga.
- D. Emilio Mola Vidal.
- D. Fidel Dávila Arrondo.
- D. Federico Montaner Canet.

D. Fernando Moreno Calderón.
D. German Gil y Yuste.
D. Luis Orgaz Yoldi.
D. Gonzalo Queipo de Llano y Sierra.
D. Francisco Gómez-Jordana y Souza.
D. Francisco Feroso Valdés.
D. Luis Valdés Cabanilla.
D. Nicolás Franco Bahamonde.
D. Francisco de Asís Serrat i Bonastre.
D. José Cortés López.
D. Ramón Serrano Suñer.
D. Severiano Martínez Anido.
D. Tomás Domínguez Arévalo.
D. Raimundo Fernández-Cuesta y Merelo.
D. Valentín Galarza Morante.
D. Esteban Bilbao y Eguía.
D. José Luis Arrese y Magra.
D. Juan Yagüe Blanco.
D. Salvador Moreno Fernández.
D. Agustín Muñoz Grandes.
D. José Enrique Varela Iglesias.
D. Juan Vigón Suerodíaz.
D. Blas Pérez González.
D. Carlos Asensio Cabanillas.
D. Eduardo Aunós Pérez.
D. Eduardo González Gallarda.
D. Francisco Regalado Rodríguez.

Igualmente, se consideró inicialmente responsables de tales hechos a los máximos responsables de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS entre el 17 de Julio de 1936 y el 31 de Diciembre de 1951. Estos responsables,

cuya relación nominada no se conocía cuando se redactó el Auto de 16 de Octubre, eran las siguientes personas:

- D. Manuel Hedilla Larrea.
- D. Tomás Domínguez Arévalo.
- D. Darío Gazapo Valdez.
- D. Tomás Dolz del Espejo.
- D. Joaquín Miranda.
- D. Luis Arellano Dihinx.
- D. Ernesto Jiménez Caballero.
- D. José María Mazón.
- D. Pedro González Bueno.
- D. Ladislao López Bassa.
- D. Fernando González Vélez.
- D. Raimundo Fernández Cuesta.
- D. Ramón Serrano Suñer.
- D. Agustín Muñoz Grandes.
- D. José Luis Arrese Magra.

Según se recoge en el Auto de 16 de Octubre de 2008, en esta relación se incluyen "los máximos dirigentes del denominado alzamiento **y** las personas que, con las responsabilidades en el área donde se produjeron los hechos, tenían responsabilidad en los años a los que se extiende la investigación (1936- 1952). Es cierto, y ello es notorio, que **aquellos** están fallecidos".

En contra de interesadas y apresuradas lecturas, mi mandante no finge desconocer que los generales Franco, Mola y Queipo de Llano habían fallecido. Pero en relación con la mayoría de los nombres antes mencionados [sin dudar que en ciertas hermandades se siga venerando su recuerdo y se

tenga por notoria su biografía], **y sobre todo en relación con las personas cuya identidad no se conocía todavía**, lo cierto es que su fallecimiento no podía tenerse en modo alguno ni por notorio ni por cierto, por lo que la única solución era iniciar el procedimiento penal comprobando quiénes vivían de la anterior relación. Es posible que mi mandante hubiera podido declarar extinta la responsabilidad de Francisco Franco en el mismo Auto de 16 de Octubre de 2008, teniendo su fallecimiento por notorio, pero esta posibilidad -que tampoco habría calmado la furia de sus admiradores- no parece una solución muy ortodoxa en el ámbito de un proceso, y mucho menos penal. En cualquier caso, de haber obrado así, es posible que se hubiera reprochado a D. Baltasar Garzón el hecho de obviar este trámite y actuar fundado en hechos notorios no comprobados.

La relación anterior de posibles imputados se refiere únicamente a los responsables del llamado alzamiento. No incluye, ciertamente, la nómina de los responsables concretos y particulares de las decenas de miles de desapariciones forzadas que, fruto del plan sistemático y selectivo diseñado por los nominados, se llevó a cabo a lo largo de toda la geografía nacional. El proceso también se habría de dirigir contra ellos. No obstante, el Auto de 16 de Octubre de 2008 ya adelanta que si todos los responsables del alzamiento hubieran fallecido, habría que valorar "*la continuidad de esta Causa en otra jurisdicción*", habida cuenta que el delito contra las Formas de Gobierno -título de imputación que anclaba el conocimiento del asunto en la Audiencia Nacional- sólo podría imputarse a estos responsables identificados.

En este contexto, el serio reproche penal que la Sala de Admisión formalizó contra 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"*] resulta equivocado. Insistimos que el delito contra las Formas de Gobierno es un delito **vigente** hoy en día, y el hecho de que no tenga epígrafe propio en el Código Penal no empece ni su existencia como ilícito penal ni que, por virtud de la L.O.P.J., la competencia para su conocimiento corresponda a la Audiencia Nacional. Respecto a la imputación de que mi mandante "no investiga" este delito, nuevamente nos encontramos ante un reproche hecho desde cierta labilidad, ya que parece dispuesto a reprender cualquier decisión que mi mandante hubiera adoptado. D. Baltasar Garzón incoa el procedimiento, se declara competente y comprueba si los autores del delito han muerto o viven todavía. ¿Debería haber imputado o procesado a los sospechosos sin comprobar previamente su fallecimiento?

9. El hecho de haberse declarado competente, por Auto de 16 de Octubre de 2008, tuvo otras dos consecuencias fundamentales:

a. La primera, **actuar de forma plena la tutela judicial a las víctimas** y autorizar las primeras exhumaciones allí donde se sospechaba que podían existir restos de desaparecidos. Interesa insistir aquí que el Juzgado había desestimado las peticiones de exhumación que se le habían presentado con anterioridad, ya que entendía que no podía acordarlas sin haberse pronunciado sobre su competencia. A

título de ejemplo, la Asociación Nuestra Memoria Sierra Gredos y Toledo, en unión con otros, había solicitado al Juzgado por escritos de 5 y 19 de Mayo de 2008 que acordara unas exhumaciones [folios 564 y 760, Diligencias Previas 399/06]; el Juzgado, al igual que hará con otras peticiones posteriores, contestó que no se pronunciaría sobre las mismas mientras no resolviera sobre la competencia [Providencia de 22 de Mayo de 2008, folio 813]. El Juzgado no acordará ninguna diligencia de exhumación antes de declararse competente, por lo que las imputaciones del Instructor de la Causa Especial de que mi mandante obró con la intención de apropiarse indebidamente del conocimiento de tales exhumaciones carecen de sentido alguno.

Un mes después de admitida la competencia por Auto de 16 de Octubre de 2008, se habían presentado peticiones de exhumación de cuerpos, al menos, en las siguientes localidades: Aranga (A Coruña), San Martín del Rey Aurelio (Asturias), Finca La Crespa (Badajoz), Santa Amalia (Badajoz), Villanueva de la Vera (Cáceres), Montes Rasineros (Castellón), Córdoba, Aguilar de la Frontera (Córdoba), Las Gabias (Granada), Víznar y Alfácar (Granada), La Palma del Condado (Huelva), Niebla y Bonares (Huelva), Calañas (Huelva), Artieda (Huesca), Portomarín (Lugo), Mondoñedo (Lugo), Parrillas (Toledo), Adrada de Haza (Burgos), Milagros (Burgos), San Juan del Monte (Burgos), Valnoceda (Burgos), La Robla (León), Ponferrada (León), Balboa (León), Dehehas (León), Camponaraya (León), Magaz de Abajo (León), Tejedo del Sil (León), Lago de Carucedo (León), Brañuelas (León), Friería (León), Rodanillo (León), San Juan de la Mata (León), Ocero (León), Sobrado (León), Algadefes (león), Fuentes Nuevas (León), Vilasumil (León), Toreno (León), Santa Lucía de Gordón (León),

Busdongo (León), La Collada de Cármenes (León), Villaceid (León), Quintanilla de Combarros (León), Pombriego (León), Santalla (León), Fresnedo (León), San Pedro Mallo (León), Toral de Merayo (León), La Serena (Madrid), Valle de los Caidos (San Lorenzo de El Escorial), Porreres (Mallorca), Calvià (Mallorca), Fuerte de San Cristóbal (Navarra), Ventosa de Pisuerga (Palencia), Villamedina (Palencia), Baiona - O Rosal (Pontevedra), Porriño (Pontevedra), San Andrés de Xeve (Pontevedra), Robleda (Salamanca), Berlanga de Duero (Soria), Valencia, Maire de Castroponce (Zamora), Santa Marta de Tera (Zamora) y Calatayud (Zaragoza).

b. La segunda consecuencia inevitable fue la incoación de un Sumario, lo que se concretó por resolución del día 17 de Octubre de 2008 [folio 1.896, Diligencias Previas 399/06] Nuevamente el Instructor viene a realizar a mi mandante un complicado proceso de intenciones por esta decisión, la cual no tenía más objetivo que el que denota su motivación: una vez declarada la competencia del Juzgado por los graves delitos referidos, resultaba ineludible la incoación de un Procedimiento Ordinario, que era el que propiamente corresponde para la tramitación de tales imputaciones, como indica la Ley y la práctica ordinaria de los tribunales.

Pero nuevamente nos encontramos ante un argumento de cargo contradictorio por versátil. Así, si mi mandante no hubiera incoado Sumario, ¿no se le hubiera reprochado, ciertamente con mayor razón, que tramitase por el cauce de unas Diligencias Previas unas graves imputaciones por delitos contra la Humanidad?

Cuarto.- Tramitación posterior.

1. Tres días más tarde de dictar el Auto de 16 de Octubre de 2008, el Fiscal presenta un Recurso de Apelación contra dicha decisión (f. 1906, Sumario 53/2008). Probablemente consciente de que en Sumario no cabe un Recurso de Apelación directo, ya anuncia que simultaneará su iniciativa "de forma inmediata" con "la vía legalmente prevista en el art. 23 L.E.Cr." (pág. 5). Y en efecto, si el Fiscal había presentado su Recurso de Apelación el día 20, el mismo día 21 de Octubre planteará la Cuestión de Competencia ex art. 23 L.E.Cr. A pesar de su aparente inconsistencia [el Fiscal no planteaba un debate de competencias, ni indicaba quién sería el Juzgado competente para conocer de los hechos, ni la Sala de lo Penal es "tribunal superior" al Juzgado Central de Instrucción, sino que ambos forman parte del mismo Tribunal, que es la Audiencia Nacional, etc...], la Sala aceptó la iniciativa: el mismo 21 de Octubre de 2008 se dirigió al Juzgado para solicitarle un Informe que debería presentar en tres días. Por Providencia del 22 de Octubre el Juzgado pidió más plazo -explicando que D. Baltasar Garzón iba a solicitar una baja médica- y dio traslado de la nueva iniciativa del Fiscal al resto de las partes personadas.

A este respecto hemos de reiterar que, de forma injustificada, el Auto de 3 de Febrero de 2009 (folio 691 del Tomo II de la pieza de Instrucción) insinúa que mi mandante se habría aprovechado de esta baja médica para, con tal excusa, pedir el aplazamiento mencionado. No sabemos qué se supone que debía haber hecho mi mandante; 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 hubo irregularidad alguna.

2. Desde el 17 de Octubre, el procedimiento se centró en ir recabando los certificados de defunción y recibir nuevas denuncias. Entre éstas podrá destacarse la que formalizó mediante comparencia ante el Juzgado D. Ricard Vinyes el 6 de Noviembre de 2008, referida a la práctica de sustracción de menores de mujeres presas en las cárceles franquistas [folio 46, Tomo IX, Sumario 53/08]. Esta importante comparencia terminó por introducir definitivamente en el procedimiento un nuevo hecho criminal, de una enorme gravedad, que ya había sido adelantado por algunas de las denuncias presentadas por particulares y que, obviamente, no podía estar afectado, ni en rango de hipótesis, por la Ley de Amnistía.

Así por ejemplo, el 4 de Septiembre de 2008, por medio de una carta manuscrita, D. Antonio R.C. había denunciado la desaparición de un hermano de ocho meses de edad en 1937, secuestrado a su madre, presa en aquel momento en el Hospital de San Marcos (León). Este denunciante señalaba que "no sabemos si está vivo o muerto... Mis padres siempre desconfiaron que se quedó con él un teniente coronel que venía al mando de los presos desde Villafranca del Bierzo a León" (doc. nº 31, Archivo I, Pieza Separada de Correspondencia).

3. Por otra parte, los denunciantes fueron presentando nuevas solicitudes de exhumación, que el Juez que sustituía a mi mandante -de baja por enfermedad- acordó por Providencia de 29 de Octubre de 2008.

En este particular, vuelve a errar el Auto de 3 de Febrero de 2010 al reprochar a mi mandante el hecho de dictar aquella Providencia que, como es fácil de advertir, no la firmó D. Baltasar Garzón sino su sustituto. En efecto, el Instructor de esta Causa reprochó a D. Baltasar Garzón actuar *"con empeño tal que persiste en ello (controlar las exhumaciones) incluso cuando ya conoce la interposición del recurso por el Ministerio Fiscal. En efecto, no obstante éste, al dictar la providencia de 29 de octubre de 2008, resuelve sobre las diversas peticiones de exhumaciones"* (folio 700 del Tomo II de la pieza de Instrucción). 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 con el examen atento de las actuaciones. Todo ello, en fin, con independencia de que un recurso del Fiscal no tiene por qué servir para paralizar el curso de unas actuaciones ordenadas para tutelar a las víctimas.

4. Interesa destacar aquí que el 7 de Noviembre de 2008, estando D. Baltasar Garzón de baja por enfermedad, la Sala de lo Penal dictó un peculiar Auto ordenando al Juzgado la inmediata paralización de las actuaciones y, en particular, que paralizase la exhumación de los cadáveres. Este insólito Auto dice fundarse, materialmente, en los

“perjuicios irreparables” que se pudiera derivar de la prosecución de la Instrucción penal. La Sala no explicó ni qué perjuicios irreparables podían causar esas actuaciones, ni a quién, ni de qué clase serían tales perjuicios que su protección aconsejaba la paralización de una Instrucción, ni qué precepto de la L.E.Cr. permite ordenar a un Juez que paralice unas actuaciones en curso. Este Auto de la Sala contó con un Voto Particular disidente firmado por cinco de sus Magistrados. En todo caso, el Juzgado cumplió sin objeción lo ordenado.

Quinto.- Auto de 18 de Noviembre de 2008.

El día 18 de Noviembre de 2008, D. Baltasar Garzón se reincorporó al Juzgado Central de Instrucción, y ese mismo día, advirtiendo que ya obraba la constatación del fallecimiento de los máximos responsables del llamado Alzamiento nacional, así como de los máximos responsables de la Falange entre 1936 y 1951, acordó dictar Auto de Inhibición a favor de los Juzgados de los lugares donde se habían acordado las exhumaciones (folio 5, Tomo XI, Sumario 53/08).

En realidad, se trataba de una decisión ya insinuada en el Auto de 16 de Octubre de 2008: constatado el fallecimiento de aquellas personas a quienes se podía imputar un delito contra las Formas de Gobierno, la decisión correspondiente era la inhibición.

Es posible, en pura teoría jurídica, que el Juzgado Central de Instrucción hubiera podido defender la

posibilidad de seguir instruyendo la Causa, acogiéndose a la doctrina emanada de la STS 798/2007, que respaldó la Instrucción por la Audiencia Nacional de hechos constitutivos de crímenes contra la Humanidad. Podría haberlo hecho, a pesar del claro 'lapsus vacui' del art. 23 L.O.P.J., que no prevé cuál sería el órgano competente para conocer de los delitos de genocidio cometidos en territorio nacional, lapsus que sólo puede resolverse por integración del Ordenamiento Jurídico. Pero en cualquier caso, ya desde el Auto de 16 de Octubre de 2008 optó por no acogerse a esta posibilidad y, en el ámbito de su propia autonomía de criterio, fundar su competencia en otra motivación. Habiéndolo hecho así, y basando su competencia en la existencia de un delito contra las Formas de Gobierno, la única decisión coherente era la de acordar su inhibición una vez constatado que los responsables identificados de este concreto delito se encuentran todos muertos.

Por lo tanto, D. Baltasar Garzón no cerró la investigación ni archivó la Causa, sino que se limitó a inhibirse a favor de aquellos Juzgados que eran competentes por razón del lugar de comisión de los ilícitos, en la línea de lo argumentado y adelantado en el Auto de 16 de Octubre de 2008.

Sexto.- Actuaciones posteriores al Auto de 18 de Noviembre de 2008.

1. Respecto a las actuaciones posteriores, interesa destacar que el 2 de Diciembre de 2008, el Pleno de la Sala

de lo Penal de la Audiencia Nacional finalmente decidió estimar la Cuestión de Competencia ex art. 23 L.E.Cr. planteada por el Ministerio Fiscal, para concluir que el Juzgado Central no era competente para la Instrucción de los hechos denunciados, con el argumento -tan respetable como discutible- que el delito contra las Formas de Gobierno se encontraba ahora encuadrado bajo el epígrafe de la Rebelión, no siendo este tipo penal competencia de la Audiencia Nacional (folio 46, Tomo XII, Sumario 53/08). A pesar de ello, aunque la Sala declaró la falta de competencia objetiva del Juzgado Central, no indicará, como hubiera debido al tratarse de una Cuestión de Competencia, qué otro juzgado o tribunal resultaría competente para juzgar un delito de rebelión contra el Estado, a fin de remitirle la Causa para su tramitación.

Este Auto de 2 de Diciembre de 2008 contó con un Voto Particular discrepante firmado por los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada Solaesa, D. Ramón Sáez Valcárcel y D^a Clara Bayarri García, en el cual estos Magistrados consideraban con fundados motivos que la decisión de mi mandante de asumir la competencia por los hechos denunciados se ajustaba a Derecho, era la procedente para conceder la tutela judicial efectiva a las víctimas de los delitos de lesa Humanidad denunciados y era, de hecho, la única decisión posible que respetaría los compromisos internacionales de España para la persecución y castigo de estos crímenes (folio 66, Tomo XII, Sumario 53/08).

Este Voto Particular recoge la plasmación motivada de una decisión dictada por tres Magistrados en el ámbito de su función jurisdiccional, definiendo una doctrina judicial [no meramente una opinión o juicio de valor] que coincide

básicamente con la planteada por D. Baltasar Garzón. No es únicamente la opinión de unos juristas; es una **decisión judicial** que demuestra, en unión con otras, que el comportamiento procesal, la motivación y las decisiones de mi mandante están en la línea de lo que otros Jueces y Magistrados interpretan, de forma razonable y no extravagante.

2. Con todo, reconocemos que el asunto de la competencia para el enjuiciamiento de los hechos objeto de estas denuncia no es pacífico ni sencillo de resolver. Así, la respuesta de los Juzgados a favor de los cuales se inhibió la Audiencia Nacional tampoco fue unánime; en particular, algunos de ellos procedieron a devolver la Causa al Juzgado Central de Instrucción nº 5 por entender que los hechos encausados seguían siendo competencia de la Audiencia Nacional.

En efecto, tanto el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada [Auto de 28 de Mayo de 2009 (folio 492, Rollo de Sala)] como el Juzgado de Instrucción nº 1 de San Lorenzo de El Escorial [Auto de 2 de Julio de 2009 (folio 297 del Tomo I de la pieza de Instrucción)] resolvieron motivadamente que, en su criterio, es la Audiencia Nacional la única competente para la Instrucción y enjuiciamiento de los hechos. Estas decisiones motivaron la formalización de dos Cuestiones de Competencia que en la actualidad se tramitan ante este Excmo. Tribunal con el número 06/20380/2009.

El interés de estas decisiones judiciales es que coincidirían en que D. Baltasar Garzón actuó correctamente

cuando se declaró competente para la Instrucción de los hechos denunciados; en realidad, y yendo incluso más allá de la posición de mi mandante, insisten en que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 sigue siendo competente aún a día de hoy, con independencia del fallecimiento de los máximos responsables del alzamiento, para la investigación de los delitos, dada su naturaleza.

3. Finalmente, como hecho posterior, interesa dejar constancia de que el autodenominado sindicato MANOS LIMPIAS presentó escrito de denuncia contra D. Baltasar Garzón ante el Consejo General por los mismos hechos que posteriormente le llevaron a presentar la querrela que ha dado origen a esta Causa: esto es, llevar adelante una supuesta 'Causa general contra el franquismo'. Sin hacer procesos de intenciones, el hecho de acudir a la vía disciplinaria y no penal, mostraría que, para este grupo, los hechos denunciados no parecían tener relevancia criminal sino disciplinaria.

Por Acuerdo de 12 de Noviembre de 2008, la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial decidió el **archivo** de las actuaciones contra mi representado [Información Previa 1782/2008].

El 10 de Noviembre de 2008, este autodenominado sindicato volvió a presentar una nueva queja, ampliando su denuncia contra mi mandante respecto a los mismos hechos. Por Acuerdo de 20 de Enero de 2009, la Comisión Disciplinaria **decidió nuevamente el archivo** inmediato y de plano de esta nueva queja [Información Previa 2115/2008, (folio 305 del Tomo I de la pieza de Instrucción)]; según

la Comisión, "nuevamente se revela con toda evidencia... su disconformidad con las resoluciones dictadas por el órgano judicial, que ha de hacerse valer, como es sabido, por la vía de los recursos establecidos en las leyes contra las decisiones judiciales, mientras ello sea posible" (folio 306, vuelto).

Visto el magro resultado de sus gestiones, el 28 de Enero de 2009 MANOS LIMPIAS presentó querrela criminal contra mi mandante. En esta querrela, MANOS LIMPIAS no mencionará la existencia de estas anteriores denuncias ante el Consejo, previamente archivadas.

En definitiva, la Comisión Disciplinaria del Consejo examinó por dos ocasiones [reuniones del 12 de Noviembre de 2008 y 20 de Enero de 2009] las resoluciones judiciales dictadas por D. Baltasar Garzón en relación con la apertura y tramitación de las Diligencias Previas nº 399/2006, y por dos veces **archivó las quejas** sin hallar el menor indicio de irregularidad sancionable; de hecho, la Comisión no encontró ni siquiera motivo para abrir un Expediente Disciplinario contra mi mandante.

- II -

**CALIFICACION PENAL DEL HECHO
Y AUTORIA**

El comportamiento del Ilmo. D. Baltasar Garzón Real no es constitutivo de delito alguno.

A] Tipo objetivo de prevaricación. Inexistencia.

Este Tribunal Supremo ha perfilado el delito de prevaricación judicial en una constante Jurisprudencia fijando el contorno de sus elementos típicos, que no glosaremos 'in extenso' por ser sobradamente conocida.

1. En relación con su tipo objetivo, ha venido excluyendo la existencia de prevaricación cuando se trata de resoluciones que interpretan de forma razonable, o al menos jurídicamente defendible, el Ordenamiento Jurídico:

"La determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles... En consecuencia, por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad" [Sentencia nº 2338/2001, de 11 de Diciembre].

"Nuestra jurisprudencia no sólo exige, como requisito del tipo objetivo, que la resolución sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley. Frecuentemente una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente» «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados" [Sentencia nº 504/2003, de 2 de Abril].

En ocasiones, la Jurisprudencia ha matizado la exigencia de que las resoluciones prevaricadoras sean

esperpénticas o palmarias [términos que, en su literalidad, harían que el delito fuese de imposible comisión por un juez], para residenciarlo en el ámbito más objetivo de la interpretación no razonable, o que se aparte de todas las opciones jurídicamente defendibles. Así la recién señalada Sentencia n° 2338/2001, de 11 de diciembre, indica:

"Ello [la proximidad con la prevaricación administrativa] explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea 'esperpéntica' o que 'pueda ser apreciada por cualquiera', pero un juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario. Esta prevención es necesaria porque al tratar el anterior Código juntas ambas clases de prevaricación, y referirse casi en exclusividad, la jurisprudencia a supuestos de prevaricación del funcionario, resulta necesario el recordatorio de no trasladar sic et simpliciter aquellas exigencias de la prevaricación del funcionario a los casos de prevaricación judicial sin riesgo de convertir esta figura en un delito de imposible ejecución".

Irracionalidad manifiesta, fuera de todas las opciones jurídicamente defendibles ni de interpretación razonable, clara irracionalidad... Como mostraremos en Juicio llegado el caso, la conducta de mi representado no merece, ni de lejos, semejante valoración.

2. A este respecto, para demostrar la corrección jurídica de las decisiones adoptadas por mi mandante, nos remitimos a las propias resoluciones y a su motivación. Nos consta que el Instructor no comparte en absoluto esta argumentación [cfr. Voto Particular en Sentencia n° 798/2007] pero, como hemos de insistir, el debate que debe centrar un Juicio por prevaricación no es ése, sino valorar

el supuesto carácter **insostenible** de tal interpretación. Ha reiterado el Ministerio Fiscal en su escrito de 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 del Tomo II de la pieza de Instrucción).*

3. La demostración que la interpretación del Ordenamiento Jurídico llevada a cabo por D. Baltasar Garzón es defendible [aparte de ser, a nuestro juicio, correcta] es la evidencia de que ha sido ampliamente defendida en sectores de la doctrina y la Jurisprudencia.

Ha sido defendida por los Ilmos. Magistrados D. José Ricardo de Prada Solaesa, D. Ramón Sáez y D^a Clara Bayarri

en su Voto Particular al Auto de 2 de Diciembre de 2008, dictado por el Pleno de la Sala de lo Penal.

Ha sido compartida, en una interpretación incluso más audaz, por otros Juzgados de Instrucción de Granada y San Lorenzo de El Escorial, que obligaron a presentar Cuestiones de Competencia, entendiendo que la Audiencia Nacional es y sigue siendo competente para la Instrucción por los delitos denunciados.

Ha sido compartida por la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, que ha abogado por admitir la denuncia penal y abrir una Instrucción penal en relación con la desaparición forzada de la madre de la denunciante en 1936 en Lucena, Córdoba, refiriendo la imprescripción del delito de detención ilegal y la necesaria tutela judicial que merecen las víctimas.

Es compartida, sin lugar a dudas, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por amplios sectores de la Justicia Penal Internacional que -con el respaldo de los países democráticos- han hecho del respeto a los derechos de las víctimas y de la lucha contra la impunidad de los Crímenes contra la Humanidad una bandera de civilización.

De forma complementaria, otra demostración de que la conducta de D. Baltasar Garzón no agrede al sentido de la razón, ni puede ser tenida por prevaricadora, es que no ha sido cuestionada como supuestamente ilícita por ninguna de las instancias y órganos jurisdiccionales que han conocido de sus resoluciones; en particular, (a) ninguno de los diecisiete miembros de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, ni (b) la Fiscalía de la Audiencia Nacional, ni

(c) el Consejo General del Poder Judicial cuando conoció de estos hechos, ni (d) la Fiscalía del Tribunal Supremo advirtieron ninguna sospecha de conducta prevaricadora en D. Baltasar Garzón. Y ello es un indicio muy serio porque, cualquiera que sea la interpretación de los elementos del tipo de la prevaricación, de existir tal ilícito tanto la Sala de lo Penal como el Consejo General tendrían la obligación de deducir testimonio contra el Juez supuestamente prevaricador, por imposición de los art. 408 y 409 LOPJ y del art. 408 C.P. Y si no lo hicieron, pero la conducta de mi mandante era delictiva, habrían incurrido en grave responsabilidad.

La respuesta más razonable es que si nadie, ni los Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia, ni el Consejo General ni la Fiscalía ante la Audiencia Nacional ni ante el Tribunal Supremo advierten 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. Y con todos los respetos que pudieran merecer, no creemos que la opinión jurídica de dos grupos de extrema derecha -y de la propia Falange Española de las JONS, excluida en este momento de la presente Causa- sea de mejor criterio, o parezca mejor fundada, que la de todos los anteriores.

B] Tipo subjetivo de la prevaricación. Inexistencia.

Respecto al tipo subjetivo, tiene señalado este Excmo. Tribunal Supremo, de forma reiterada, que:

"El Tribunal Supremo ha entendido desde mucho tiempo atrás que la locución «a sabiendas» equivale a ciencia segura, conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia (Sentencias de 14 de octubre de 1884, 10 de enero de 1900 y 12 de noviembre de 1901); siendo preciso que la sentencia o el auto los dicte el Juez con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, no siendo suficiente el mero error interpretativo o de aplicación de la ley (Sentencia de 13 de diciembre de 1919 y 13 de noviembre de 1929); con intención deliberada de faltar a la justicia, no bastando que esto se presuma o conjeture (Sentencia de 5 de octubre de 1906). Y ya en tiempos más recientes la Sentencia de 16 de mayo de 1992 precisó que «se requiere además un dolo específico y en cierto modo reforzado en cuanto que se exige que se trate de una resolución tomada a sabiendas y con conocimiento pleno de la injusticia de su adopción»; y la Sentencia de 25 de mayo de 1992 puntualiza que la resolución ha de dictarse «a sabiendas de su injusticia, lo que ha de entenderse como conciencia y voluntad del acto, esto es con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado" [Auto Sala Especial art. 61 LOPJ, de 14 de Julio de 1999].

La intencionalidad que mueve a un individuo a actuar es, por su propia naturaleza, muy difícil de demostrar si no es a partir de sus actos objetivables y constatables. De ahí que la Jurisprudencia, en materia de prevaricación, se haya ido decantando hacia una creciente objetivización a la hora de constatar la posible intencionalidad delictiva del Juez. Esto es, la demostración de que el Juez habría actuado con intención delictiva estaría en la manifiesta e irrazonable resolución dictada.

En esta línea, interesa recordar la STS 308/2009 ("Caso *Urquía*") de 23 de Marzo, en la cual este Excmo. Tribunal absolvió de prevaricación a un Juez que había

dictado una resolución favorable a una persona de quien el Juez había recibido un soborno. El argumento del Excmo. Tribunal fue que la resolución cuestionada -consistente en prohibir la emisión de un programa de televisión donde se informaba de que el sobornador del Juez era un delincuente- no era irrazonable, sin intentar hurgar en la psique del Juez y prescindiendo igualmente de valorar si en su fuero interno éste conocía o no que estaba actuando de forma contraria al Ordenamiento Jurídico beneficiando a quien le pagaba. Advirtiendo que el contenido de la resolución estaba dentro de lo razonable, el Excmo. Tribunal le absolvió del delito de prevaricación [aunque ciertamente confirmó su condena por cohecho].

Así lo reconoció igualmente el Instructor de esta Causa Especial en su Auto de 3 de Febrero de 2010, que recordaba *"la inaceptabilidad de una concepción subjetivista del delito de prevaricación"* (folio 694 del Tomo II de la pieza de Instrucción). Por esto mismo llama la atención que este mismo Instructor, después de este reconocimiento, y una vez que le expusimos el contenido objetivamente defendible de las resoluciones dictadas por D. Baltasar Garzón, vire en redondo para señalar que en la prevaricación *"lo relevante, cuando de un Juez se trata, es que éste conozca que no es correcta jurídicamente"* [Auto de 11 de Mayo de 2010 (folio 1.175 del Tomo III de la pieza de Instrucción)], de forma que *"no siendo descartable aquella conciencia de estar actuando antijurídicamente, no se requiere que la injusticia de la resolución sea manifiesta"* (folio 1.179, ibídem). Modulando los argumentos según vengan en conveniencia, el Instructor -que formó Sala en la Sentencia nº 308/2009 del "Caso Urquía", que defendió criterio opuesto- parece retrotraernos a una prevaricación

no manifiesta, oculta, y sólo escrutable en los arcanos de la mente del Juez. No podemos estar más en desacuerdo con esta forma de teorizar, y hacemos votos para que este Excmo. Tribunal confirme su doctrina en el sentido de que la intención prevaricadora sólo puede rastrearse en lo indefendible e irracional de una resolución judicial.

Con estos antecedentes, para demostrar la falta de dolo en mi mandante hemos de remitirnos a los argumentos anteriores, en la medida en que lo razonable del contenido de las decisiones de D. Baltasar Garzón -si no su completa corrección jurídica- demuestran que no actuó con intención delictiva, sino con la única pretensión de cumplir el Ordenamiento Jurídico, respetar la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo y conceder el debido amparo y tutela judicial a los cientos de víctimas que comparecieron ante la Audiencia Nacional en demanda de Justicia.

- III -

CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE RESPONSABILIDAD

No siendo delictivo el comportamiento del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real no cabe apreciar circunstancias modificativas de responsabilidad.

- IV -

PENA

Procede acordar, en consecuencia, la LIBRE ABSOLUCIÓN para D. Baltasar Garzón Real.

- V -

DILIGENCIAS DE PRUEBA

Justificación.- Esta defensa solicita la práctica de las Diligencias de Prueba que a continuación se refieren, con el siguiente objetivo:

- a) Para demostrar la 'notitia criminis' que dio lugar a la incoación por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de las Diligencias Previas nº 399/2006 (posteriormente Sumario nº 53/2008); la situación en que se encontraban las víctimas de los crímenes denunciados; la finalidad perseguida por las víctimas

al denunciar y actuar en ese proceso; la situación de hecho que reclamaba la concesión de la debida tutela judicial; y su actuación en el procedimiento, el impulso que dieron al mismo y los principios jurídicos que invocaron.

- b) Para probar el hecho de la existencia de una amplia corriente de opinión y doctrinal relacionada con la aplicación del Derecho Penal Internacional como 'ius cogens'; el hecho de la tipificación de los crímenes contra la Humanidad y el papel del Derecho Penal Internacional consuetudinario; los compromisos adquiridos por la Comunidad Internacional para la reparación de las víctimas de los crímenes cometidos en el contexto de crímenes contra la Humanidad y castigo de los culpables; y la práctica de la persecución universal de estos crímenes.

- c) Para acreditar el hecho de la existencia de una práctica forense en los tribunales nacionales e internacionales que muestra un análisis de hechos litigiosos y una valoración o interpretación jurídica de los mismos semejante a la sostenida por el juez Garzón, lo que demostraría que el contenido de las resoluciones dictadas por él no son extravagantes ni están notoriamente alejadas de una interpretación al uso.

I.- DOCUMENTOS A RECABAR ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL JUICIO (Art. 784.2 L.E.Cr.).

1. Documental, consistente en Oficio que habrá de dirigirse a la Audiencia Nacional, Sección Tercera, para que, en relación con el Rollo de Sala 139/1997, correspondiente al Sumario 19/1997 ("Caso *Scilingo*") remita a esta Causa Especial testimonio de los siguientes particulares:

- a. Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 4 de noviembre de 1998.
- b. Testimonio que obra en la Causa de la sentencia del Tribunal Supremo que resolvió sobre la desestimación de las Cuestiones de Previo Pronunciamiento.
- c. Sentencia de la Sección III de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de abril de 2005.
- d. Testimonio que obra en la Causa de la sentencia del Tribunal Supremo que resolvió el recurso de Casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Nacional.

2. Documental, consistente en Oficio que habrá de dirigirse al Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional para que, en relación con el Sumario 56/2009, antes Diligencias Previas 211/2008 ("Caso *Totenkopf*") remita testimonio de los siguientes particulares:

- a. Querrela inicial que dio lugar a la incoación del proceso, de 19 de junio de 2008.

- b. Escrito del Ministerio Fiscal de 14 de julio de 2008, sobre la competencia de la Audiencia Nacional.
- c. Auto de Incoación de Diligencias Previas, de 17 de julio de 2008.
- d. Auto de Procesamiento de Johann Leprich, Anton Tittjung y Josias Kumpf, de 17 de septiembre de 2009.

3. Documental, consistente en Oficio que habrá de dirigirse al Tribunal Constitucional para que, en relación con el Recurso de Amparo nº 9367/2005, remita testimonio del Recurso de Súplica formulado el 10 de junio de 2008 por el Fiscal Excmo. Sr. D. Manuel Miranda Estrampes contra la Providencia de inadmisión dictada el anterior 14 de abril de 2008.

4. 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 D. Enrique Ruano (Sumario 6/69).

5. Documental, consistente en que se recabe de la Ilma. Secretaria de Sala Dª 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.

6. 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 nº 30/07, 31/07 y 33/07, derivados de quejas por supuestas dilaciones en la tramitación de las Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

7. Documental, consistente en que se oficie al Consejo General del Poder Judicial a fin de que remitan a este Excmo. Tribunal testimonio íntegro de las Informaciones Previas nº 1782/2008 y 2115/2008, derivadas de denuncias formuladas por MANOS LIMPIAS contra mi mandante, por los mismos hechos que fueron objeto de querrela.

8. Documental, consistente en que se remita oficio al Congreso de los Diputados, a los efectos de que remitan testimonio del Diario de Sesiones nº 222, de 14 de diciembre de 2006, en el particular referido a su página 11.270 (Intervención de la Excma. Sra. D^a María Teresa Fernández de la Vega).

9. Documental, consistente en que se oficie a la Asociación M.E.D.E.L. "Magistrados por la Democracia y las Libertades", con domicilio en rue Finkmatt nº 12, Estrasburgo (FRANCIA) pero que puede ser requerida en la Calle Núñez Morgado nº 3, 4º B, MADRID, domicilio de su afiliada en España; para que remita a esta Causa Especial testimonio de la Declaración adoptada el pasado 28 de marzo de 2009 sobre la cuestión de la "Memoria Histórica" en España.

10. Documental, consistente en que se oficie al *Max Planck Institut für ausländisches und internationale strafrecht*, con sede en Günterstalstr. 73 (79100 Freiburg (ALEMANIA)) para que remitan a esta 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)?" >>

II. PRUEBA A PRACTICAR EN EL JUICIO ORAL

1º. Declaración de mi mandante, D. BALTASAR GARZÓN REAL.

2º. Examen de los **testigos** que a continuación se relacionan.

1. Dª María Martín López, perteneciente a la asociación NUESTRA MEMORIA, SIERRA DE GREDOS, con domicilio en Plaza Josefa Sánchez del Arco nº 4, PEDRO BERNARDO (05470 ÁVILA).

2. Dª Pino Sosa Sosa, perteneciente a la ASOCIACIÓN RECUPERACIÓN MEMORIA HISTÓRICA

ARUCAS, con domicilio en Paseo de San Patricio nº 42, Transmontaña, ARUCA (35400 LAS PALMAS).

3. **D^a Concepción González Trigo**, perteneciente a la COMISIÓN MEMORIA HISTÓRICA PONTEAREAS con domicilio en Praza da Perillana 3, 7º D, PONTEAREAS (36860 PONTEVEDRA).
4. **D. Jesús Pueyo Maisterra**, perteneciente a la ASOCIACIÓN MEMORIA HISTÓRICA ARAGON, con domicilio en Calle Alonso V, 33 2ºE, 50002 ZARAGOZA.
5. **D^a Margalida Capellá i Roig**, perteneciente a la ASOCIACIÓN MEMORIA HISTÓRICA MALLORCA, con domicilio en Avenida América 17 bajo, CALVIA (07181 ILLES BALEARS).
6. **D^a Amparo Salvador Villanova**, perteneciente a la ASOCIACIÓN FORUM PER LA MEMORIA VALENCIA, con domicilio en Calle Héroe Romeu, 5 prta. 6, 46008 VALENCIA.
7. **D^a Olga Alcega Madurga**, perteneciente a la ASOCIACIÓN FAMILIARES Y DESAPARECIDOS NAVARRA con domicilio en Calle Paulino Caballero nº 42, 4º derecha, PAMPLONA (31004 NAVARRA).
8. **D. Rafael Espino Navarro**, perteneciente a la ASOCIACIÓN MEMORIA HISTÓRICA AGUILAR DE LA FRONTERA, con domicilio en Calle Alonso

de Aguilar nº 5, AGUILAR DE LA FRONTERA
(14920 CÓRDOBA).

9. D. Francisco Santiago Galadí Marín,
perteneciente a la ASOCIACIÓN GRANADINA
PARA LA RECUPERACIÓN MEMORIA HISTÓRICA, con
domicilio en Avenida Miguel Hernández nº 6,
PULIANAS (18197 GRANADA).

10. D. Francisco J. Jiménez Corcho,
perteneciente a la ASOCIACIÓN SORIANA PARA
EL RECUERDO, con domicilio en Calle Virgen
de las Viñas nº 6, 1º-B, 28031 MADRID.

11. D. Antonio Solsona Nebot, perteneciente a
GRUP PER LA RECERCA DE LA MEMORIA DE
CASTELLO, con domicilio en Avenida Rey Don
Jaime nº 68, 3º prta 6, 12001 CASTELLÓN.

12. D. Emilio Silva Barrera, perteneciente a la
ASOCIACIÓN RECUPERACIÓN DE LEÓN, BIERZO,
BURGOS Y ZAMORA, con domicilio en la Calle
Batalla de Lepanto nº 14 1º, PONFERRADA
(24400 LEÓN).

13. D. Luis Calvo Rengel, perteneciente a
SALAMANCA, MEMORIA, Y JUSTICIA, con
domicilio en Calle Imperial nº 7, 6º, 37001
SALAMANCA.

14. D. José Antonio Carrasco Pacheco,
perteneciente a ASSOCIACIO CULTURAL MEMORIA
I JUSTICIA D'ELX I COMARCA, con domicilio en

Calle Poeta Miguel Hernández nº 15, ELCHE
(03201 ALICANTE).

15. **D. Antonio Ontañón Toca**, perteneciente a HEROES DE LA REPUBLICA Y LA LIBERTAD, con domicilio en Vía Corvel nº 5, Pando, RUILOBA (39527 CANTABRIA).
16. **D. Manuel Muñoz Frías**, perteneciente a la ASOCIACIÓN CONTRA EL SILENCIO Y EL OLVIDO Y POR LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA DE MÁLAGA, con domicilio en la Calle Mirajazmines nº 2, 29011 MÁLAGA.
17. **D. Juan Pérez Silva**, perteneciente a la ASOCIACIÓN MEMORIA HISTÓRICA Y JUSTICIA DE ANDALUCIA, con domicilio en la Calle Levante nº 12, DOS HERMANAS (41700 SEVILLA).
18. **D. Pedro Fausto Canales Bermejo**, perteneciente a la ASOCIACION PARA LA RECUPERACIÓN DE LA MEMORIA HISTÓRICA DE VALLADOLID, con domicilio en la Calle Real de Burgos, "Residencia Universitaria Alfonso VIII", 47011 VALLADOLID.
19. **D. Manuel Perona Medina**, perteneciente a la ASOCIACIÓN PER A LA RECUPERACIO DE LA MEMORIA HISTÓRICA DE CATALUNYA, con domicilio en la Calle Bartrina nº 179, TERRASSA (08226 BARCELONA).

- 20. D^a Leonor Sánchez Díaz**, perteneciente a la ASOCIACION PARA LA RECUPERACION DE LA MEMORIA HISTORICA, SOCIAL Y POLITICA DE CHICLANA, con domicilio en la Calle Felipe III n^o 16, CHICLANA (11130 CÁDIZ).
- 21. D. Ricard Vinyes Ribas** (folio 46, Tomo IX, Sumario 53/08) Facultat de Geografia i Historia, Universitat de Barcelona, Calle Montalegre n^o 6, 08001 BARCELONA.
- 22. D. Fernando Magán Pineño**, con domicilio en Calle Salvador Allende n^o 6, 1^o, TALAVERA DE LA REINA. Este testigo es abogado defensor de las víctimas en la Causa Diligencias Previas 399/2006 (Sumario 53/2008) del Juzgado Central n^o 5.
- 23. D. Joan Garcés Ramón**, con domicilio en Calle Zorrilla n^o 11, 1^o, MADRID. Este testigo es abogado defensor de las víctimas en la Causa Diligencias Previas 399/2006 (Sumario 53/2008) del Juzgado Central n^o 5.
- 24. D. Carlos Jiménez Villarejo**, con domicilio en Calle El Escorial 112, 08024 BARCELONA. Este testigo fue miembro del Comité de Expertos designado en el Auto de 16 de octubre de 2008 (Diligencias Previas 399/2006; Juzgado Central de Instrucción n^o 5).

- 25. D. José Ricardo de Prada Solaesa**, Magistrado de la Audiencia Nacional, ponente de la Sentencia de 19 de abril de 2005 ("*Caso Scilingo*") y autor del Voto Particular al Auto de 2 de diciembre de 2008 [Sumario 53/2008], con domicilio a efectos de notificaciones en la calle García Gutiérrez nº 1, MADRID.
- 26. D^a Clara Bayarri García**, Magistrada de la Audiencia Nacional, autora del Voto Particular al Auto de 2 de diciembre de 2008 [Sumario 53/2008], con domicilio a efectos de notificaciones en la calle García Gutiérrez nº 1, MADRID.
- 27. D. Ramón Saez Valcárcel**, Magistrado de la Audiencia Nacional, autor del Voto Particular al Auto de 2 de Diciembre de 2008 [Sumario 53/2008], con domicilio a efectos de notificaciones en la calle García Gutiérrez nº 1, MADRID.
- 28. D. Javier Zaragoza Aguado**, Fiscal Jefe de la Fiscalía de la Audiencia Nacional, con domicilio a efectos de notificaciones en la Calle García Gutiérrez nº 1, MADRID.
- 29. D^a Dolores Delgado García**, Fiscal de la Audiencia Nacional encargada de la acusación en el Sumario 19/1997 ("*Caso Scilingo*") con domicilio a efectos de notificaciones en la calle García Gutiérrez nº 1, MADRID.

- 30. D^a Carla del Ponte,** actual Embajadora de la Confederación Helvética en la República Argentina, en su condición de antigua Fiscal Jefe del Tribunal Penal Internacional de las Naciones Unidas para los países de la antigua Yugoslavia, con domicilio en Av. Santa Fe n° 846, 12° piso, 1059 BUENOS AIRES (ARGENTINA).
- 31. Mr. Philip Alston,** Profesor de Derecho Internacional y Derechos Humanos de la New York University, relator de la ONU sobre Ejecuciones Extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, con domicilio en New York University, School of Law, 40, Washinsgton Square South 305, NEW YORK, NY 10012.
- 32. Mr. Claudio Grossman,** Decano del Washington College of Law, Presidente del Comité contra la tortura de la ONU, Profesor de la American University of Washington y antiguo miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con domicilio en 4801 Massachusetts Avenue NW, WASHINGTON DC, 20016.
- 33. D. Ronald Gamarra,** Secretario General de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos de Perú, con domicilio en la calle Pezet y Monel 2767, Lima-14 (PERÚ).

- 34. D. Eugenio Raúl Zaffaroni,** Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, con domicilio en la Calle Talcahuano 550, 4º 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.
- 35. 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.
- 36. D. Juan Méndez,** Consejero de la ONU para la prevención del Genocidio, antiguo Presidente del Centro Internacional para la Justicia Transicional, con domicilio en la American University of Washington, College of Law, 4801 Massachusetts Avenue NW, WASHINGTON DC, 20016.
- 37. D. Hugo Relva,** Coordinador del Programa de Justicia Internacional de Amnistía Internacional, con domicilio en LONDRES, 1 Easton Street WC1X ODW.

- 38. 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 Avenida 10, calles 45 y 47, Los Yoses, San Pedro, San José (COSTA RICA).
- 39. 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, Calle Rawson n° 2520, BUENOS AIRES (ARGENTINA).
- 40. D. Fernando Mariño Menéndez,** Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Carlos III y Director del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, con domicilio en Calle Madrid n° 126, 28903 GETAFE (MADRID).
- 41. 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, despacho n° 236, Campus Montilivi (17701 GIRONA).
- 42. D. Eric David,** Presidente del Centro de Derecho Internacional de la Universidad Libre de Bruselas, ha intervenido en

diferentes misiones en el extranjero, en nombre de Amnistía Internacional, de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas y de la Comisión Internacional de Juristas, que puede ser citado en Faculté de Droit, Campus du Solbosch, Université Libre de Bruxelles (ULB), Avenue F. D. Roosevelt 50, 1050 BRUXELLES (BÉLGICA).

Los testigos numerados del 1 al 20 pueden ser **citados** en las direcciones que se consignan de las Asociaciones a las que pertenecen. En relación con todos los testigos que residen fuera de España, esta representación se compromete a tramitar su debida citación personal para el Juicio.

3ª.- Pericial, de traductor intérprete jurado en lengua inglesa y francesa, que intervendrá en el examen de los testigos relacionados con los números 30, 31 y 32 (inglés) y 42 (francés) del listado anterior.

4ª.- Documental, consistente en la lectura de:

a) Los documentos que se solicitan en el apartado I anterior.

b) Las denuncias que dieron lugar a la incoación de las Diligencias Previas 399/2006; los folios 1827 a 1894, Tomo

VII, de las Diligencias Previas 399/06; y los folios 5 a 156 del Tomo XI del Sumario 53/08.

Por todo ello,

SOLICITA AL EXCMO. MAGISTRADO INSTRUCTOR que tenga por formulado el **escrito de Defensa** en nombre de D. BALTASAR GARZÓN REAL y remita toda la Causa a la EXCMA. SALA DE LO PENAL que, integrada por los Magistrados que por turno corresponda, deba conocer de su enjuiciamiento; ante la cual se SOLICITA:

1.- Que tenga por denunciada la indefensión alegada en la INTRODUCCIÓN de este escrito.

2.- Que tenga por formuladas las CUESTIONES PREVIAS por vulneración de derechos fundamentales que han quedado indicadas y, con estimación de las mismas, dicte Sentencia ABSOLUTORIA para mi representado.

3.- De no ser estimadas las anteriores cuestiones y tras la práctica de las **pruebas** solicitadas en el apartado V de este escrito, dicte Sentencia ABSOLUTORIA para D. Baltasar Garzón Real por no ser los hechos constitutivos del delito de prevaricación.

OTROSÍ DICE QUE con este escrito se devuelve testimonio de las Diligencias Indeterminadas nº 70/98 tramitadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, testimonio de las Diligencias Previas nº 399/2006 del mismo Juzgado, así como

copia digitalizada en disco duro externo, todo lo cual nos fue entregado por Providencia notificada el pasado día 2 de junio de 2010.

Es Justicia que respetuosamente se pide, en Madrid, a dieciséis de junio de dos mil diez.

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