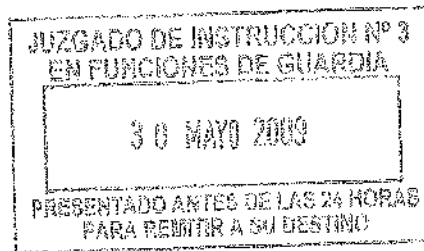


Rollo de Sala 3/20048/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Cao Barredo



A LA EXCMA. SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

D^a VIRGINA ARAGON SEGURA, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de D. BALTASAR GARZON REAL, tal y como tiene acreditado en la causa, ante la Excma. Sala compareco y para como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito, y al amparo de los artículos 236, 313 y concordantes de la L.E.Cr., vengo a formular **Recurso de Súplica** contra el Auto dictado el 26 de Mayo pasado, que fue notificado a mi mandante el día siguiente, por el cual se resuelve admitir a trámite la Querella formulada por el Sindicato de Funcionarios 'Manos Limpias' contra D. Baltasar Garzón Real. El presente Recurso de Súplica se funda en las siguientes

CONSIDERACIONES

Primera.- El Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos “Manos Limpias” presentó el 26 de Enero de 2009 querrela contra mi mandante imputándole un delito de prevaricación por haberse declarado la competencia de la Audiencia Nacional para la instrucción de determinados delitos acontecidos tras la asonada militar de julio de 1936 y en la inmediata posguerra. Turnada a reparto y designado Ponente, este Excmo. Tribunal recabó del Juzgado Central de Instrucción nº 5 cuantos antecedentes consideró oportunos y con fecha 26 de Mayo de 2009 dictó Auto de incoación a trámite de la querrela.

Tal y como señala el Auto recurrido, “tratándose de querellas contra Jueces y Magistrados, la necesidad de evitar acusaciones infundadas, dirigidas a menoscabar la función judicial” obliga a valorar con cautela este tipo de iniciativas, para lo cual se prevé expresamente la posibilidad, que este Excmo. Tribunal ha actuado, de requerir antecedentes documentales con carácter previo al análisis de “la relevancia penal de los hechos objeto de la misma”. Como consecuencia de lo anterior, la admisión o inadmisión a trámite no sólo se puede fundar en los estrictos términos de la querrela sino también en el contenido de otros testimonios y actuaciones, entre los cuales esta parte desea ya referirse como muy relevante al **Auto del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional de 2 de Diciembre de 2008** [Tomo XII, folios 45-83 del testimonio adjunto] que resolvió el debate jurídico entre la Fiscalía y el Magistrado Instructor. Dicho Auto es importante, no sólo porque muestra el encendido debate que suscitó la confrontaciones de pareceres --con votos particulares en contra--, sino sobre todo porque ninguno de los Magistrados de Sala advirtió mala fe ni indicio de conducta irregular en mi mandante, quien se limitó a defender jurídicamente y con argumentos fundados en Derecho su competencia orgánica para conocer de una serie de delitos.

En realidad, con la lectura del Auto de Incoación se advierte que este Excmo. Tribunal ha tenido en cuenta no tanto la querella sino básicamente los documentos requeridos al Juzgado, por lo que en el presente recurso nos centraremos en el contenido de estos antecedentes documentales, dejando para el final algunas referencias a la querella.

Segunda.- Puede y debe expresarse, desde este momento, que no se dan ninguno de los requisitos de una supuesta prevaricación por parte de mi representado. Ni ha existido apariencia de resolución injusta, ni constancia de la misma, ni intención de cometer este ilícito en ninguna de las resoluciones que el querellado adoptó en la tramitación de la causa en la que ésta tiene su origen. Los hechos constan meridianamente claros en el conjunto de las Diligencias Previas 399/2006 y Sumario 53/2008, cuya lectura completa y sosegada llevan a la conclusión de la corrección procesal con la cual se han tramitado. [Con este recurso se adjunta testimonio íntegro de dichas actuaciones judiciales].

Es cierto que han existido discrepancias jurídicas con el Ministerio Fiscal, aunque la regla general ha sido la coincidencia y el acuerdo; pero tales discrepancias, ya cerradas, se enmarcan en una diferente pero legítima interpretación de las normas procesales, sin que en ningún momento ni la Fiscalía, ni la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional llamada a pronunciarse sobre estas cuestiones imputaran a D. Baltasar Garzón una actuación contraria a Derecho. Una vez que el debate se cerró por decisión de la Sala, mi representado cumplió fielmente aquellas resoluciones sin manifestar la más mínima discrepancia o renuencia.

En resumen, la decisión de admitir a trámite la querella residenciará en este Excmo. Tribunal un peculiar debate centrado en valorar la razón jurídica por la cual mi representado incoó una causa concreta, en valorar si actuó *bien* al declararse competente y posteriormente al inhibirse a favor de

otros órganos judiciales. Este debate excede con mucho de la cognición de un proceso penal, por lo que la decisión de este Excmo. Tribunal Supremo resulta, a juicio de esta parte, jurídicamente inaceptable, dicho sea con el máximo respeto.

Tercera.- El Excmo. Tribunal Supremo ha perfilado el delito de prevaricación judicial en una constante Jurisprudencia fijando el contorno de sus elementos típicos. 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:

“En relación al elemento objetivo de la resolución injusta, una vez más, debemos afirmar con la constante jurisprudencia de esta Sala, por otra parte no muy numerosa, de la que son exponente las SSTS de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/96 de 4 de julio en Causa Especial 2830/94, 155/y la última, más completa y reciente la 2/99 de 15 de octubre en Causa Especial 2940/97, que la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando **la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles**. En palabras de la sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el “...apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado **desconociendo los medios y métodos de la interpretación** del derecho aceptable en tal Estado de Derecho...” 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].

Y así esta Sala viene con frecuencia utilizando los términos de «patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico», «**tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera**», y otros semejantes, que ponen de relieve el que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica que tienen sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de **tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución** de que se trate, conforme al principio de «intervención mínima» (Sentencias de esta Sala de 20 abril, 10 y 14 julio, 6 y 13 octubre y 14 noviembre todas de 1995)” [Sentencia 4 de Julio de 1996].

No ignora esta parte que la jurisprudencia ha matizado, a veces, la exigencia de que las resoluciones prevaricadoras sean esperpénticas, palmarias, para evitar que el delito sea de imposible comisión por un juez. Así la recién señalada Sentencia nº 238/2001, 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”.

Ello no obstante, esta misma sentencia concluye, como se ha señalado antes, que el delito de prevaricación judicial exige que las resoluciones se aparten de toda interpretación razonable, sean exponentes de clara irracionalidad, se separen de todas las opciones jurídicamente defendibles.

Palmaria, patente, evidente, esperpéntica, flagrante ilegalidad, irracionalidad manifiesta, fuera de todas las opciones jurídicamente defendibles ni de interpretación razonable, clara irracionalidad... Como veremos, la conducta de mi representado no merece, ni de lejos, semejante juicio. Respecto al tipo subjetivo, tiene señalado este Excmo. Tribunal 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].

Tampoco el Auto razona sobre este supuesto tipo subjetivo que la querrela, con ligereza, imputa injustamente a mi mandante.

Cuarta.- A continuación, sobre la base (a) de la querrela y los antecedentes documentales del procedimiento instruido por mi mandante, y (b) de la interpretación jurisprudencial del delito de prevaricación judicial, analizaremos serenamente la motivación jurídica del Auto de Incoación. En concreto, valoraremos cuáles son los indicios o datos sobre los cuales este Excmo. Tribunal --que reconoce haber hecho, como le correspondía, “una inicial valoración” de los hechos objeto de la querrela-- ha acordado la incoación a trámite de la querrela.

I]

Según se recoge en la resolución recurrida, por Auto de 19 de Diciembre de 2006 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 acordó la incoación de las Diligencias Previas nº 399/2006 a raíz de “comparecencias en que se denunciaban desapariciones personales a partir de julio de 1936”. Desconocemos si esta Excma. Sala considera que mi mandante pudo haber cometido un delito de prevaricación al incoar estas Diligencias Previas; en cualquier caso, ya adelantamos que dicha incoación fue notificada debidamente a la Fiscalía de la Audiencia Nacional y ésta no mostró oposición alguna a tal decisión.

III]

Por Auto de 16 de Octubre de 2008, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 aceptó declararse competente para la instrucción de la causa, en contra de la opinión de la Fiscalía, instando la práctica de determinadas diligencias de prueba. Para esta Excma. Sala esta decisión sería supuestamente prevaricadora ya que mi mandante “reconoce carecer de competencia material, salvo por razón de su conexión con otro delito del que se proclama competente”. Esta frase es un tanto confusa: la realidad es que el Juzgado Central *se proclama efectivamente competente de la instrucción*, por los motivos que ahora analizaremos muy brevemente.

1. En resumen, el principal motivo para reconocerse competente es que el art. 65.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a la Audiencia Nacional la competencia para enjuiciar los delitos contra los Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno. No parece que existan muchas dudas de que la intención de los militares que ejecutaron el golpe militar en julio de 1936 era cambiar por las armas la forma de Gobierno. Dado que este delito se presentó, para desgracia de cientos de miles de personas, en conexión con otros delitos gravísimos de lesa humanidad, el Juzgado también sería competente para el enjuiciamiento de tales ilícitos conexos, con base en el art. 65.1º in fine L.O.P.J. Este fue, en resumen, uno de los principales motivos para que el Juzgado se estimara competente. Admitimos, lógicamente, que el motivo puede ser discutible, y originar encendidos debates. Ahora bien, de ahí a considerar que tal decisión es indiciariamente prevaricadora media un abismo insondable.

¿Por qué consideraría el Tribunal Supremo que mi representado pudo prevaricar cuando acepta la competencia con este motivo? Según el Auto recurrido, porque este delito contra la forma de Gobierno “ni está vigente ni investiga”. Entendemos que este argumento es cuestionable. **El delito está vigente.** El delito contra la forma de Gobierno estaba previsto en la Sección 3ª de Título II del Libro II del antiguo Código Penal de 1973, que tipificaba la conducta de “el que ejecutare actos directamente encaminados a sustituir por otro el Gobierno de la Nación...” (art. 163); ésta era la versión del Código Penal que estaba en vigor cuando se aprueba la L.O.P.J., que regula las *conductas punibles* competencia de la Audiencia Nacional. Cuando se aprobó el nuevo Código Penal, aquella conducta punible *se incorporó* al delito de rebelión en el art. 472.6, que castiga a “los que se alzaren violenta y públicamente para... sustituir por otro el Gobierno de la Nación...”. Así las cosas, no puede decirse que aquel delito ‘no está vigente’. Si la L.O.P.J. residenció expresamente en la Audiencia Nacional la competencia para el enjuiciamiento del delito previsto en el art. 163 del viejo Código Penal, ¿en virtud de qué razonamiento podrá decirse que ahora, cuando la *misma*

conducta se ha ‘trasladado’ al art. 472.6 del actual Código, que el delito ha dejado de ser competencia de la Audiencia?

Pero, en fin, ésta es la opinión de mi mandante. O, para ser más preciso, la convicción judicial trasladada a la motivación de una resolución fundada en Derecho de un órgano dotado de potestad jurisdiccional. Una decisión tal vez discutible técnicamente y revisable por los medios que la Ley provee pero, en definitiva, una decisión dictada por un Juez independiente en el ejercicio del Poder Judicial garantizado por la Constitución (art. 117).

2. No se trata de una decisión extravagante ni esperpéntica. Aparte de lo señalado anteriormente, podría señalarse *a maiorem*, como señalan muy acertadamente varios Magistrados de Sala en su Voto Particular al Auto de 2 de Diciembre de 2008, que la Audiencia Nacional habría de ser competente para la investigación de estos crímenes por otras razones de peso: dejando aparte que (a) buena parte de los crímenes de desaparición forzosa denunciados habrían sucedido fuera de España (art. 23.2 y 65.1º.e) L.O.P.J.), no puede olvidarse (b) que la Ley Orgánica 4/1988 de 25 de Mayo reconocía expresamente la competencia de la Audiencia Nacional para los delitos cometidos por bandas armadas o relacionados con elementos rebeldes, como era el caso; por otra parte, (c) todos los Tratados internacionales, desde la Convención Europea de Derechos Humanos, Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales para la Ex Yugoslavia y Ruanda, Estatuto de Nuremberg, hasta la Convención de la ONU sobre la Desaparición Forzada de Personas de 20 de Diciembre de 2006, por mencionar sólo algunos, vinculan a España y determinan su competencia territorial para la persecución de estos crímenes. Competencia territorial cuyas normas de atribución, en fin, (d) admiten una interpretación flexible e integradora, como este Excmo. Tribunal reconoció expresamente en su Sentencia nº 798/2007, de 1º de Octubre [Caso Scilingo], donde aplicó la

analogía para atribuir a la Audiencia Nacional la competencia contra los delitos de lesa humanidad, no prevista expresamente en la L.O.P.J.

Todos estos motivos, sobre los que lealmente se podrá estar de acuerdo o no en el marco de un debate técnico-jurídico, refuerzan que las normas de atribución de competencia está sujeta a una interpretación abierta, por lo que admitir a trámite una querrela por prevaricación a causa de una determinada interpretación del art. 23.4 L.O.P.J. --que no ni extravagante ni grosera-- resulta, a nuestro juicio, injustificado.

3. La constatación de que la interpretación de la Ley que ha sostenido mi mandante no conlleva una aplicación esperpéntica ni extravagante del Ordenamiento se demuestra, *a maiorem*, en que ni el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ni la Fiscalía de la Audiencia Nacional han advertido la menor sospecha de que D. Baltasar Garzón haya cometido la menor irregularidad.

En particular, la relevancia del Auto del Pleno de 2 de Diciembre de 2008 [que no hemos visto en la copia de la Causa Especial, pero que adjuntamos en el testimonio anexo, Tomo XII, folios 45-83] no es tanto que unos magistrados se hayan mostrado a favor de la asunción de competencia acordada por mi mandante y otros --la mayoría-- haya valorado que la Audiencia carecía de competencia. Lo importante es que **todos los magistrados de la Sala de lo Penal aceptaron que estaban en presencia de un debate jurisdiccional**, en el cual se enfrentaban lealmente dos interpretaciones diversas de la Ley

Recordemos que los art. 407 y 408 L.O.P.J. imponen a toda autoridad judicial que tenga conocimiento de “algún acto de Jueces o Magistrados realizado en el ejercicio de su cargo y que pueda calificarse de delito o falta” la obligación de comunicarlo al tribunal competente. Pues

bien, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, reunida en Pleno, no tomó ninguna iniciativa al respecto. No había lugar; todos aceptaron que las decisiones de mi representado fueron adoptadas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional garantizada por la Constitución. Ni un solo magistrado de los que componen el Pleno de Sala de la Audiencia Nacional advirtió que D. Baltasar Garzón fuese supuestamente un prevaricador por haber sostenido su competencia con un uso torticero de la Ley.

4. En concreto, queremos detenernos en los Votos Particulares que cuatro Magistrados de Sala firmaron contra el Auto de 2 de Diciembre. No tanto, como hemos dicho, porque compartan en buena medida las tesis y los pronunciamientos de D. Baltasar Garzón [esos mismos por los que ha sido imputado] sino porque refuerzan la convicción de que tales pronunciamientos responden a una interpretación *defendible* y no delirante del Ordenamiento Jurídico; una interpretación que comparten otros Magistrados en la Audiencia Nacional, y probablemente otros más fuera de ella.

Así, el Voto Particular firmado por los Ilmos. Magistrados D. José Ricardo de Prada, D^a Clara Bayarri y D. Ramón Saez defiende expresamente la competencia objetiva de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, considerando que los hechos objeto de la causa estaban tipificados en el Código Penal de 1932 y siguen vigentes al día de hoy como delitos contra la forma de Gobierno:

“El vínculo de competencia lo es claramente la existencia de un delito contra los Altos Organismos de la Nación y la forma de Gobierno, apartado a) del art. 65.1 L.O.P.J., que en una primera aproximación, con el carácter de enjuiciamiento provisional típico de la fase inicial del proceso, aparece como una calificación *razonable* y suficiente”.

Según este Voto Particular de los tres Magistrados, la Audiencia es “claramente” competente por que la calificación del delito propuesta por mi mandante es “razonable”. Nada más lejos del esperpento grosero que --en una sociedad que reconoce en un Poder Judicial independiente uno de sus puntales-- situaría el límite mínimo para actuar penalmente contra un titular de jurisdicción.

Resoluciones judiciales que son debatidas en el marco de un recurso y que son apoyadas en cuanto al fondo --competencia, calificación de los hechos, conexidad, etcétera- por tres magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, además, parcialmente, de un cuarto magistrado que hizo un voto concurrente, no pueden considerarse prevaricadoras, es decir, según la jurisprudencia del propio Tribunal Supremo, ajenas a las interpretaciones y opciones jurídicas posibles.

5. En esta misma línea, traeremos también a colación el propio contenido del Recurso que el Fiscal presentó contra el Auto de 16 de Octubre de 2008. Tal y como recoge este Excmo. Tribunal, el Fiscal recurrió explicando por qué el Juzgado no era competente ya que los hechos objeto de procedimiento no podrían tipificarse, a su juicio, como delito contra la forma de Gobierno.

Debemos recordar, para empezar, que la Fiscalía de la Audiencia Nacional no había recurrido hasta aquella fecha ninguna de las decisiones adoptadas por el Magistrado. Particularmente, el Fiscal no recurrió el Auto de Incoación de Diligencias Previas, ni tampoco recurrió ninguna de las Providencias por las que el Juez fue acordando diligencias complementarias a los efectos de valorar con criterio fundado una decisión sobre la competencia [v.g. Providencias de 23 de Junio y 2 de Septiembre de 2008, que obran testimoniadas en esta Causa Especial]. Si la decisión de mi mandante fuera tan manifiestamente extravagante, cabe pensar que el

Ministerio Fiscal hubiera reaccionado frente a ellas desde un primer momento. Sin embargo, lo relevante de su recurso de apelación es que el Fiscal se mueve en todo momento en el ámbito de un debate jurídico y no cuestiona la legitimidad de la postura del Instructor. De hecho, para añadir motivos complementarios a su recurso, el Fiscal muestra su disposición a asumir “*como hipótesis jurídicamente defendible la calificación de los hechos consistentes en la sublevación militar del año 1936 y su actuación en la posguerra como un delito contra la forma de Gobierno a los efectos de determinar las normas de competencia aplicables*”. Reconociéndose como jurídicamente defendible, sobre esta tesis tampoco cumplirían las resoluciones de mi mandante el tipo objetivo de la prevaricación.

6. En el mismo sentido, consta en las Diligencias Previas 399/06 --e igualmente en los testimonios que obran en la presente Causa Especial-- que con ocasión de baja médica de mi mandante, otro magistrado de la Audiencia Nacional, en concreto el Ilmo. Sr. D. Santiago Pedraz Gómez, asumió la instrucción de esta causa y dictó resoluciones de investigación, sin cuestionar en ningún momento que el Juzgado Central hubiese admitido la competencia mediante una decisión prevaricadora [Providencias de 29 de Octubre, 31 de Octubre, 5 de Noviembre, 5 de Noviembre, 11 de Noviembre, 12 de Noviembre y 14 de Noviembre, Autos de 29 de Octubre y 30 de Octubre de 2008]. Parece extraño pensar que si D. Baltasar Garzón pervirtió de forma grave el orden jurídico al objeto de instruir una causa para la cual el Juzgado era manifiestamente incompetente, esta grosera asunción debería haber sido advertida por este otro magistrado que, temporalmente, se hizo cargo de la causa y siguió instruyéndola.

7. Finalmente, por si no fuera bastante, hace dos días --el 28 de Mayo de 2009-- el Juzgado de Instrucción nº 3 de Granada ha dictado y remitido al Juzgado Central un Auto por el cual rechaza la inhibición acordada por mi mandante, razonando, en una motivada y larga resolución, que la competencia correspondería a la Audiencia Nacional:

“El citado artículo 23 puesto en relación con el artículo 65 de la L.O.P.J. que define las competencias de la Audiencia Nacional, lleva necesariamente a afirmar la competencia para la instrucción y enjuiciamiento posterior de los delitos de esta naturaleza a los Juzgados Centrales de Instrucción, y posteriormente a la Audiencia Nacional, pues si la competencia se atribuye para delitos de lesa humanidad cometidos fuera de nuestras fronteras, con más razón aún cuando el delito es realizado en España... Existen otras posibilidades legales pero todas ellas conducen a un mismo órgano: la Audiencia Nacional”. [Auto de 28 de Mayo que adjuntamos al presente escrito].

Con todos estos antecedentes, no parece que la decisión de D. Baltasar Garzón, avalada por otros Magistrados y no cuestionada como extravagante o absurda por quienes resolvieron sobre ella, merezca que se incoe una instrucción penal pretendiendo ver indicios de prevaricación.

III]

Por último, por Auto de 18 de Noviembre de 2008 el Juzgado Central de Instrucción nº 5 declara extinguida la responsabilidad penal en relación con una serie de personas cuyo fallecimiento había sido acreditado y, consecuentemente, acuerda la inhibición a favor de los Tribunales ordinarios (ya que el delito contra la forma de Gobierno sólo podría ser imputado a estas personas; para la instrucción del resto de los delitos, el Juzgado se inhibió a favor de los tribunales ordinarios). Para el Excmo. Tribunal Supremo, esta decisión de 18 de Noviembre de 2008 podría ser prevaricadora, lo cual, a nuestro juicio, supone una notable contradicción, al entender que mi mandante pudo prevaricar al mismo tiempo cuando se declaró competente y cuando, más tarde, se inhibió de la causa.

En cualquier caso, si se advirtiese presunta prevaricación en el hecho de declararse competente, entonces la situación supuestamente injusta *ya se habría resuelto*, primero con la inhibición de mi mandante y más tarde con la estimación de la cuestión de competencia ex art. 23 L.E.Cr. por el Pleno

de la Sala de lo Penal de la Audiencia por Auto de 2 de Diciembre de 2008. Siguiendo nuestra Jurisprudencia, habrían actuado ya las “*posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso*” [Sentencia 4 de Julio de 1996] y no cabría hablar ya, ni siquiera indiciariamente, de prevaricación.

Dejando aparte la mencionada contradicción, para el Excmo. Tribunal la supuesta prevaricación de este Auto --donde mi mandante se inhibe una vez comprobados los fallecimientos de los implicados-- estribaría en que los fallecimientos de estas personas habían “sucedido notoriamente decenios antes de la incoación” de la causa, siendo que cuando el imputado ha muerto con anterioridad al procedimiento “resulte absolutamente imposible incoarlo”. No termina de entenderse este argumento. Según se deduce del mismo, parecería que lo que debe hacer un Juez de Instrucción es comprobar si un querellado está vivo *antes* de incoar una causa contra él. Pero ni la LECr. prevé semejante prevención ni es la práctica de los Tribunales; por el contrario, la práctica es admitir a trámite una querrela y, en el caso de que se demuestre fehacientemente que el imputado ha fallecido, archivar las actuaciones respecto a él por virtud del art. 130.1 del Código Penal.

Por otra parte, el Excmo. Tribunal Supremo afirma que es “notorio” que “decenios antes” de la incoación de la causa ya habían fallecido las cuarenta y cinco personas sospechosas de cometer los crímenes de lesa humanidad, más de la mitad de ellos hoy perfectamente desconocidos. Es posible que así sea pero --dejando aparte que a mi mandante no le constaba por conocimiento extraprocesal el fallecimiento *de todos ellos*-- a los efectos de la jurisdicción el Juez Instructor tiene la obligación jurisdiccional de comprobar **fehacientemente** el óbito, y así debe hacerse siempre.

Hemos de añadir, para aclarar cualquier duda, que mi mandante no investigó a las personas notoriamente fallecidas, sino que, tal y como se aprecia en sus resoluciones motivadas, se limitó a obtener la acreditación procesal, “como primera diligencia a practicar” (Auto de 16 de Octubre de 2008), de su fallecimiento mediante el oportuno certificado. Y tan pronto fue acreditado dicho fallecimiento, se dictó el Auto declarando extinguida su responsabilidad. Por otra parte, la nómina de implicados, como en toda causa penal, era susceptible de irse ampliando, como se indica en el Auto de 16 de Octubre, que aclara que la relación de responsables se efectuaba “sin perjuicio de que existan otros... no identificados que junto con la estructura dirigente hubieran participado en la ideación y desarrollo de este plan sistemático de exterminio”.

En este particular, la corrección y adecuación a Derecho de la conducta de mi mandante fue **respaldada expresamente** por los Magistrados de Sala D. José Ricardo de Prada, D^a Clara Bayarri y D. Ramón Saez, que en su Voto Particular al Auto de 2 de Diciembre de 2008 indicaron con razón que:

”Resulta precipitado afirmar que los imputados estarían todos muertos, porque eso dependerá de la información que se pueda recopilar en la propia investigación. ¿Acaso alguien puede afirmar con certeza que han muerto las personas a las que se pudiera atribuir indiciariamente responsabilidad por los crímenes contra la humanidad, por desaparición forzada de adultos y de niños y de persecución, ejecutados hasta los años cincuenta, incluso posteriormente, y por diversas modalidades de posible participación delictiva”

En efecto, no se puede afirmar con certeza. Según noticia aparecida en el día de ayer, la Fiscalía de la Audiencia Nacional ha pedido que se dicte Orden Internacional de Detención contra tres guardias de las SS [Johann Leprich, Anton Tittjung y Josias Kumpf] por sus presuntas responsabilidades durante la Segunda Guerra Mundial. ¿Le consta a la

Fiscalía si estas personas, que eran adultas en los mismos años en que produjeron los hechos objeto del Sumario 53/2008, están hoy vivas o muertas? Apenas hace unos días Estados Unidos ha concedido a Alemania la extradición de Ivan Demjanjuk, guardia de un campo de concentración nazi (1940-1945). La decisión de D. Baltasar Garzón de abrir una causa por los crímenes de la Guerra Civil y acreditar, tan pronto asume su competencia, si los imputados habían fallecido no puede entenderse absurda ni temeraria.

Quinta.- Por todo ello, reiteramos nuestra convicción de que los hechos objeto del Sumario 53/2008 han de ser investigados, y que mi mandante no forzó de forma esperpéntica las normas del Ordenamiento para llevar al ámbito penal la persecución de los mismos. En este particular, en su Auto de 18 de Noviembre de 2008, mi mandante recordaba cómo la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional mantuvo, en fechas recientes, que unos hechos idénticos a los instruidos en el Sumario 53/2008 debían ser investigados:

“Con las singularidades que presenta el caso objeto del presente recurso de amparo constitucional, lo cierto es que el núcleo básico de la doctrina anteriormente expuesta debe ser aplicable, también, cuando lo que se está denunciando es la desaparición forzada de una persona a manos de agentes estatales... Frente a este tipo de denuncias, **el derecho a la tutela judicial efectiva sólo se satisface mediante una investigación judicial que cumpla los cánones de suficiencia y efectividad dada la propia gravedad de los hechos denunciados**, sin que sea óbice para ello el tiempo transcurrido desde su acaecimiento... **Los derechos fundamentales en juego exigen el agotamiento de todas las posibilidades de investigación al alcance de los Jueces y Tribunales** ofreciendo un adecuado amparo a quien acude a la justicia en calidad de víctima,... [Informe de 10.06.08, citado en el Auto de 18 de Noviembre de 2008].

Hacemos nuestro este Informe de la Fiscalía que, entre otras, nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha manifestado que “vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en este ámbito que no se abra o se clausule la instrucción cuando existan sospechas razonables de que se ha podido cometer el delito de torturas o de tratos inhumanos o degradantes al denunciado, y cuando tales sospechas se revelen como susceptibles de ser despejadas” [STC 34/2008]. “En estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano tácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” [STC 224/2007].

Esta, y no otra, ha sido siempre la intención de mi mandante: garantizar la tutela judicial de las víctimas: aceptando sus denuncias, incoando unas Diligencias Previas --con la anuencia del Ministerio Fiscal--, declararse competente para la instrucción --en un tema debatible, pero desde luego sin defender ninguna postura irracional ni extravagante--, comprobar si los presuntos culpables habían fallecido --mediante los medios de certificación acreditados en Derecho-- y, tan pronto le hubo constado de forma fehaciente el fallecimiento de los mismos, declarar sin demora la extinción de sus posibles responsabilidades e inhibirse a favor de los tribunales competentes.

Sexta.- Finalmente, el contenido de la querrela presentada por el Sindicato o Colectivo de Funcionarios ‘Manos Limpias’ no merece mucho comentario aunque es preciso hacer mención de los siguientes extremos:

1. Es cuestionable que la querrela reúna los requisitos formales para su admisión a trámite. En particular, el poder que se adjunta no puede entenderse como especial; la mera referencia en su clausulado a que el poder faculta a interponer acciones “contra el magistrado D. Baltasar Garzón Real por presuntos diversos delitos” no cumple las exigencias de la especialidad y concreción que se exige en un poder especial, que debe incluir también los hechos que serán objeto de acción penal. Si a eso unimos que este colectivo franquista tomó la decisión de querrellarse contra mi mandante en Octubre de 2008, esto es, *antes* de que sucedieran buena parte de los hechos que describe la querrela y el Auto de Incoación a trámite, entonces la insuficiente de este poder otorgado antes de tiempo resulta tan manifiesta como la razón de enemistad previa que mueve esta iniciativa.

2. Según se aprecia, el querellante trae a colación una querrela formulada por la “Asociación de Familiares y Amigos de Víctimas de Genocidio en Paracuellos de Jarama” contra D. Santiago Carrillo y otros, querrela que fue archivada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5. Según esto, lo que el querellante reprocha a mi mandante no es tanto que se haya declarado competente para instruir los crímenes de la guerra civil [que es lo que ahora le imputaría el Auto aquí recurrido] sino que D. Baltasar Garzón haya dado a este caso una respuesta jurídica *distinta* a la que ofreció en su día a los hechos ocurridos en Paracuellos en las Diligencias Indeterminadas 70/98. Es evidente que la querrela no es más que una burda represalia contra el Juez que archivó una denuncia.

3. Relatando estos antecedentes, la querrela de este Colectivo ‘Manos Limpias’ cae en una formidable contradicción, al acusar a mi mandante de no ser competente para instruir una causa y al mismo tiempo reprocharle no haber instruido otra causa que entiende semejante.

4. En cualquier caso, habida cuenta que el Auto de Incoación no menciona en absoluto la referida querrela anterior formulada por la “Asociación de Familiares y Amigos de Víctimas de Genocidio en Paracuellos de Jarama” contra D. Santiago Carrillo y otros, y habida cuenta de que este Excmo. Tribunal Supremo optó por no reclamar al Juzgado Central de Instrucción nº 5 los antecedentes documentales de dicha causa, entendemos que tales hechos quedan fuera de la incoación, por no indicarse en el Auto recurrido la menor referencia a que mi representado pudo prevaricar al archivar aquella causa.

Por todo lo cual

SOLICITO A LA SALA que teniendo por recibido este escrito, se sirva admitirlo, tenga por formulado Recurso de Súplica contra el Auto de 26 de Mayo de 2009 y, tras los trámites legales oportunos, se sirva dictar nueva resolución dejándolo sin efecto y acordando la inadmisión a trámite de la querrela presentada por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias contra D. Baltasar Garzón Real.

PRIMER OTROSI DIGO A LA SALA que de forma subsidiaria a la anterior petición, esta parte solicita el archivo de la causa, al amparo del art. 637.2 y 779.1.1º, por no ser los hechos constitutivos de delito alguno.

A tal fin, y entendiendo que este Excmo. Tribunal no ha contado, a la hora de admitir a trámite la querrela, con la totalidad de los antecedentes documentales de la causa instruida por D. Baltasar Garzón, por medio del presente escrito aportamos un testimonio íntegro de la misma. Con dicho

testimonio consideramos que este Tribunal podrá confirmar la naturaleza estrictamente jurisdiccional del debate sobre la competencia de la Audiencia Nacional, y cómo ninguna de las instancias que valoró las resoluciones de mi mandante advirtió el menor indicio de que estuviera cometiendo alguna conducta ilícita, aceptando el debate sobre una cuestión jurídica discutible.

NUEVAMENTE SOLICITO A LA SALA POR ESTE PRIMER OTROSI que, de forma subsidiaria a la solicitud de inadmisión a trámite de la querrela, acuerde el Sobreseimiento Libre de las actuaciones por no ser los hechos constitutivos de delito.

SEGUNDO OTROSI DIGO A LA SALA que debido al gran volumen del testimonio, y dado que este recurso de presenta en el Juzgado de Guardia de esta Capital, aquél se presentará directamente en el Registro General de este Excmo. Tribunal Supremo para su debida unión al presente escrito.

NUEVAMENTE SOLICITO A LA SALA POR ESTE SEGUNDO OTROSI que tenga por hecha la anterior manifestación.

En Madrid, a treinta de Mayo de dos mil nueve.

Ldo. Gonzalo Martínez-Fresneda

Proc. Virginia Aragón Segura

Col. nº 11.487