

**A LA SALA DEL ARTÍCULO 61 DE LA L.O.P.J
DEL
TRIBUNAL SUPREMO**

D. JAVIER FERNÁNDEZ ESTRADA, Procurador 561 de los Tribunales de Madrid y de la “**ASSOCIACIÓ PER A LA RECUPERACIÓ DE LA MEMORIA HISTÓRICA DE CATAUNYA (ARMHC)**” y de la “**ASSOCIACIÓ PER A LA RECUPERACIÓ DE LA MEMORIA HISTÒRICA DE MALLORCA (MDM)**”, según acredito mediante poder adjunto, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo comparezco y como mejor proceda en Derecho, DIGO:

Mis representados son parte y ejercitan la acusación particular en las Diligencias 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de las que toma causa la Causa Especial ante la Sala II del Tribunal Supremo a la que luego me refiero. Según consta acreditado en el auto de fecha 16.10.2008 página 2 que se acompaña como Documento Probatorio adjunto.

Que por medio del presente escrito vengo, en la representación que ostento, a interponer **QUERELLA CRIMINAL**, de conformidad con lo establecido en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el ejercicio de la **ACUSACIÓN PARTICULAR**, al amparo de lo establecido en el artículo 124 de la Constitución Española, y en los artículos 101 y 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la comisión de un presunto delito de prevaricación de los artículos 446 y 447 del Código Penal.

I – TRIBUNAL ANTE EL QUE SE PRESENTA

Es competente la Sala del artículo 61 de la L.O.P.J. del Tribunal Supremo según previene el artículo 61.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

II – NOMBRE Y DOMICILIO DEL QUERELLANTE

ASSOCIACIÓ PER A LA RECUPERACIÓ DE LA MEMORIA HISTÓRICA DE CATALUNYA (ARMHC) con domicilio en Tarrasa (Barcelona, calle Bartrina, número 179, y

ASSOCIACIÓ PER A LA RECUPERACIÓ DE LA MEMORIA HISTÒRICA DE MALLORCA con domicilio en Casal d'Entitats, Plaza del Hospital de Palma de Mallorca (07012)

III – NOMBRE DE LOS QUERELLADOS

Esta querella se dirige en contra de los Excmos. Srs. Magistrados-Jueces de la Sala Segunda del Tribunal Supremo **D. Juan Saavedra Ruiz y D. Luciano Varela Castro** a cuyos efectos se designa como único domicilio conocido por esta parte el de su lugar de trabajo, correspondiendo el mismo a la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

IV. RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

IV.a.- ANTECEDENTES

Entendemos que los hechos, para una mejor exposición habrán de ser descritos separadamente, en primer lugar los que afectan directamente al Excmo. Sr. D. Luciano Varela y, en segundo lugar, aquellos imputados también al Excmo. Sr. D. Juan Saavedra

Por Auto de fecha 26 de mayo de 2009 la Sala Segunda del Tribunal Supremo, presidida por el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra, admitió a trámite la querella interpuesta por el denominado ‘Sindicato de Funcionarios Manos Limpias’ contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado Juez Titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por el supuesto delito de prevaricación (Causa Especial 20048/2009). En la misma resolución, fue designado Instructor de esa causa el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro.

Contra dicha resolución se interpuso, por parte del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real, recurso de súplica que posteriormente la Sala rechazó, presidida por el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra.

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

La Sala Segunda de este Tribunal Supremo, presidida por el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra, en fecha 16 de junio de 2009, decidió no admitir como parte en la causa a D .Pedro González-Bueno considerando que los hechos objeto de esta causa no podían causarle perjuicio alguno. La resolución quedó ratificada al denegarse la nulidad de actuaciones pretendida por el citado en auto de fecha 20 de octubre de 2009.

En dicha resolución la Sala advierte expresamente:

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

El Excmo. Sr. D. Luciano Varela, aquí querellado, había rechazado, en proveído de fecha 18 de junio de 2009, la admisión como acusador particular de D. Rafael Gómez-Jordana, por considerar que el delito objeto del procedimiento no le ocasiona perjuicio alguno. Interpuso recurso de reforma.

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

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

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

Por proveído de 16 de junio de 2009 el querellado Excmo. Sr. Varela en funciones de Instructor designado tuvo por recibidas de la Sala las actuaciones y resolvió sobre la fianza a exigir a los querellantes y la suficiencia de la depositada, los recursos sobre su cuantía, y recibió testimonio de la decisión de la Sala sobre el recurso de súplica contra la admisión de la primera y segunda querella . Y a continuación señaló el día 9 de septiembre de 2009 para audiencia del querellado como primera diligencia.

En dicha audiencia, según la información notoria publicada en los más importantes medios de comunicación, que seguimos, el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón se limitó a contestar a preguntas del Ministerio Fiscal sobre los datos que podrían excluir su propia responsabilidad, de manera acorde a la posición procesal adoptada por dicho Ministerio Fiscal y a las preguntas que le formuló su propia defensa Letrada y algunas del Instructor, negándose a contestar las de la parte acusadora.

Tras la anterior, se emplazó a las partes para que propusieran diligencias donde por parte del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón propuso documental, al igual que la acusadora popular. A la admisión de ésta se opuso la representación del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón. El Ministerio Fiscal nada

alegó ni propuso ningún tipo de prueba, practicándose las que aquí querellado consideró pertinentes.

Recibidos los documentos requeridos, y puestos de manifiesto a las partes, en escrito de fecha 17 de diciembre de 2009 la representación del Ilmo. Magistrado D. Baltasar Garzón solicitó el sobreseimiento de las diligencias previas, reiterando la petición formulada el 1 de octubre de 2009 y desestimada por no hallarse conclusa la práctica de diligencias ordenadas.

En ese escrito de 1 de octubre de 2009 el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón alegó que la imputación se circunscribía a la atribuida injusticia de dos resoluciones: la de 16 de octubre y la de 18 de noviembre de 2008. Del examen de la primera -de 68 folios- y la segunda -de 152 folios- se acredita que no concurre tal injusticia. En el escrito de diciembre denuncia que las diligencias ordenadas exceden de lo que debería ser el único objeto del procedimiento: “las concretas resoluciones que, -específicamente definidas e individualizadas, se consideran como supuestamente injustas”. Y acaba formulando queja por el retardo, que estima injustificado, en la tramitación de la causa, impugnado lo alegado por los querellantes y reiterando la solicitud de sobreseimiento.

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

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

La parte ahí querellante evacuó el traslado en escritos de fecha 21 y 28 de enero de 2010 estimando concluida la investigación. Rechazó las alegaciones sobre el retardo injustificado, se reservó las acciones legales pertinentes por la calificación de los querellantes como ultraderechistas e interesó que se denegase el sobreseimiento interesado. Solicitó, asimismo, que se transformase el procedimiento al cauce del sumario ordinario y, en su caso, la transformación en procedimiento abreviado con apertura del juicio oral.

Finalmente, con fecha 3 de febrero de 2010 el querellado Excmo. Sr. D. Luciano Varela dictó auto por el cual se dispone lo siguiente:

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

Siendo el contenido de dicha resolución la que esta parte considera constitutiva de un primer presunto delito de prevariación del artículo 447 del Código Penal, tal cual se expondrá como relato de hechos en el siguiente apartado de esta querella criminal.

Con posterioridad, ya en fecha 7 de abril de 2010, el aquí querellado Sr. Varela dictó resolución cuyo contenido, por razones de economía procesal y de apego a sus propios y literales dichos, damos íntegramente por reproducido.

Debe destacarse, por sus posibles implicaciones penales, que en dicha resolución el querellado Sr. Varela incluyó un razonamiento específico que, sin duda, sólo podía provenir del conocimiento directo que el otro querellado Sr. Saavedra tenía sobre el estado de los diversos procedimientos que resultaban afectados por dicho fundamento jurídico.

Las manifestaciones del querellado Sr. Varela, así, sólo podrían encontrar su fundamento en informaciones entregadas por el otro querellado Sr. Saavedra o bien, en su defecto, se trataría de una mera invención del mismo. En cualquier caso, ello será materia a dilucidar durante la investigación que debe surgir de la admisión a trámite de esta querella.

BREVE RELATO DE HECHOS

En la resolución antes citada, de 3 de febrero de 2010, y base de esta querella, el aquí querellado Excmo. Sr. D. Luciano Varela comienza estableciendo que:

“...si la actividad investigadora del Instructor no ha añadido nuevos datos de hecho, significativos o sustanciales, a los que ya conocía quien decidió la admisión de la querella o denuncia cuando ordenó incoar el procedimiento, es evidente que, de la misma

manera que el Instructor no puede contradecir la decisión sobre la competencia de la Sala, ni la pertinencia de iniciar el procedimiento contra el aforado, el sentido de la decisión del Instructor que cierra la fase previa vendrá determinado por el juicio de relevancia penal del hecho objeto de la querella admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite.

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

Para luego concluir que:

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

Para justificar su razonamiento el aquí querellado formula una serie de preguntas, cuyas respuestas son parte de las mismas, y afirmaciones infundadas. Así, por ejemplo, establece que:

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

Dicho razonamiento se aparta ostensiblemente tanto de la realidad del hecho como del derecho. Efectivamente, esas actuaciones realizadas durante diciembre de 2006 y octubre de 2008 van, justamente, encaminadas a cumplir escrupulosamente ese fin, de acuerdo con lo previsto legalmente y tal como se razonará en el apartado siguiente (Fundamentos de Derecho). Debemos recordar, en ese sentido, lo paradójico que resulta que sea el propio querellado quien niega el derecho de protección que asiste a dichas víctimas a ser parte en el proceso.

El querellado Sr. Varela continúa razonando que:

El día 8 de noviembre de 2007 se presentó ante el Consejo General del Poder Judicial por la representante de la Asociació per la recuperació de la memoria histórica de Mallorca denuncia o queja por el retraso en la tramitación de la causa. De dicha denuncia tuvo conocimiento el querellado con tiempo suficiente para responderla en fecha del día 17 siguiente (así deriva del testimonio aportado por el querellado de la resolución del Consejo General del Poder Judicial en la que se le comunica que no estimó que existiera infracción). Es en proveído de fecha del 16 de noviembre de 2007 (folio 419) cuando, tras once meses de inactividad procesal, ordena el Juez Instructor, ahora sí, hacer efectivo el traslado al Ministerio Fiscal recabando la emisión de su informe sobre competencia de la Audiencia Nacional para conocer de los hechos. Se constata así que, si bien la demora en el traslado al Ministerio Fiscal se pretendía justificar por la sucesión ininterrumpida de denuncias y subsiguientes órdenes de ratificación, su efectividad, pese a que aquel proceso de denuncias y ratificaciones seguía inconcluso,

permite inferir que solamente la denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial movió al querellado para recabar dicho informe.”

De las actuaciones del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, no obstante, no se desprende ninguna actuación ilícita puesto que no era ni preceptivo ni necesario dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal en tanto en cuanto no se agotase el proceso de ratificación de la querella(ya se dice abajo). Debe recordarse, por otra parte, que el Ministerio Fiscal , puede instruirse, de acuerdo con el artículo 306 de la LECrim, directamente de los hechos objeto de investigación judicial. No existe, así, un deber de poner en conocimiento sino una amplia facultad de conocer.

Ahora bien, solo desde una perspectiva incriminadora incompatible con el deber del Instructor de respetar la presunción de inocencia (art. 24 CE y 6 del CEDH) –como la que aquí se denuncia – se pueden alcanzar conclusiones por el Sr. Varela tan ajenas a la realidad: hasta el momento en que queda delimitado el objeto del proceso y las personas o entidades que en él actúan no existía necesidad de recabar informe del Fiscal sobre competencia.

A mayor abundamiento, qué duda cabe que lo que se ha hecho en el procedimiento del que esta querella trae causa no dista, en absoluto, de corresponderse con lo ahí razonado como enjuiciable y punible.

El auto dictado por el aquí querellado Sr. Varela, de fecha 3 de febrero, establece que: “*solamente la denuncia ante el Consejo General del Poder Judicial movió al querellado para recabar dicho informe*”. Esta afirmación resulta ostensiblemente falsa. El Juzgado respondió a las quejas del Consejo General del Poder Judicial un mes después a lo manifestado, el 17

de diciembre, y no el día 17 de noviembre como quiere hacer ver el aquí querellado.

El auto continúa:

“El 23 de junio de 2008 (folio 838) el querellado, omitiendo tomar en consideración el informe del Ministerio Fiscal, activa por primera vez el procedimiento, ordenando una serie de actuaciones, a las que no atribuye expresamente naturaleza de “diligencias a prevención”, pretextando que se dirigen a “poder resolver sobre competencia”, para lo que estima necesario conocer: a) número de desaparecidos a partir del 17 de julio de 1936, b) identificación de los casos de desaparición de personas “que continúan hasta el día de hoy” y c) si han existido denuncias por las desapariciones. En igual sentido dicta posteriores proveídos en 17 de julio (folio 892), 28 de agosto (folio 1316) 2 (folio 1333), y 25 (folio 1493) y 26 de septiembre de 2008 (folio 1689).”

Del análisis de su contenido se puede comprobar cómo si bien, en un primer momento, se le atribuye al Sr. D. Baltasar Garzón “inactividad procesal” durante el periodo comprendido entre diciembre del 2006 a octubre del 2008, en un momento posterior se hace referencia a la “magnitud enorme de la información procurada” en las investigaciones llevadas a cabo por el mismo antes de pronunciarse sobre la competencia. Resulta, así, evidente que el querellado entra en clara contradicción consigo mismo en su propio auto.

Dichas investigaciones, debe añadirse, no tuvieron otro fin que recabar datos de distintos organismos para determinar no sólo el número de

víctimas, así como las diligencias previstas en el artículo 13 de la LECrim: entre otras, la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la de identificación del delincuente. No otra cosa hizo el Juez.

El querellado también afirma que el auto de incoación de Diligencias Previas del magistrado es irregular porque “*no promueve actuación procesal de investigación ni dispensa la más mínima protección al denunciante o víctima alguna*”, cuando se hace posterior alusión, como ya se ha dicho, a la magnitud de las investigaciones por él ordenadas. Se sostiene por el Sr. Excmo. Varela una cosa (la “magnitud” de diligencias) y su contraria y se modifican, así, los hechos a conveniencia para conseguir el objetivo interesado: criminalizar al magistrado.

Tampoco se entiende que incluya como dato penalmente relevante (del que no extrae el querellado conclusión ninguna) la calificación jurídica –por cierto, siempre interina en aquél momento- del juez en su auto de asunción de competencia que éste razonaba debidamente con argumentos tales como que:

“...que la insurrección se llevó a cabo con una muy concreta finalidad, acabar con el sistema de Gobierno y los Altos Organismos que lo representaban, y como instrumento para que los crímenes contra la humanidad y la propia confrontación bélica estuvieran servidas. Sin aquella acción nada de lo sucedido se hubiera producido. De ahí que el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada

(detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros.

Ello significa que, tanto a efectos de la prescripción como de la competencia por conexidad de delitos (artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), debe regir la doctrina del Tribunal Supremo de que debe hacerse una valoración conjunta, de modo que el delito conexo pasa a depender, a los efectos de conocer si ha prescrito o no, del delito al que va ligado en concurso real. Si esto es así, el delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno que estaba tipificado en el Código Penal de la época, también lo está ahora en los artículos 402 a 509 del Código Penal, y al ser conexo con la detención ilegal sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles o cuya prescripción aún no habría comenzado, al ser delitos permanentes, tampoco lo estaría y la competencia, al amparo del artículo 65.1º a) de la LOPJ, sería de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional... ”.

Se puede compartir o no dicha calificación jurídica y, por ende, los presupuestos de la competencia de la Audiencia Nacional en aquél caso. Resulta indiscutible, no obstante, que sus criterios eran tan asumibles como plausibles (y por tanto ni ilógico ni arbitrario). Así, en la Sala que declaró la incompetencia hubo tres votos discrepantes. Un dato, por cierto, altamente relevante que el querellado silencia como tantas otras circunstancias favorables para el allí querellado que no ha cuidado en “consignar y apreciar”, tal como establece el artículo 2 de la LECRim. Y que pone en evidencia el carácter inquisitorial que ha guiado en todo momento su actuación

El querellado, en relación con el auto de asunción de competencia de D. Baltasar Garzón, también afirma:

“Como consecuencia establece el siguiente contenido que se refleja en cuatro tipos de decisiones:

- a) aceptar la competencia para tramitar un único procedimiento, respecto a la totalidad de las denuncias, sin exclusión de hechos que afecten a personas diversas de las referidas en aquellas, que seguirá el cauce de las Diligencias Previas y que tendrá como objeto los hechos denunciados;*
- b) determinar como sujetos pasivos del proceso, es decir personas eventualmente responsables, (fundamentos jurídicos sexto y decimotercero): 1º) sujetos probablemente fallecidos integrantes de las sucesivas Juntas Militares en tiempo de guerra y gobiernos sucesivos, y 2º) sujetos que sean identificados como dirigentes de lo que califica como estructuras paramilitares, entre las que señala a la Falange Española, desde el 17 de julio de 1936 a 31 de diciembre de 1951. Respecto de los primeros recaba certificación de defunción y para identificar a los segundos expide oficio al Ministerio del Interior”*

Se considera, así, que el auto de asunción de la competencia es contrario a derecho puesto que se dicta a sabiendas de que los sujetos eventualmente responsables pudieran haber fallecido. Este hecho fundamenta –según el querellado- la posible prevaricación atribuida.

Acto seguido, no obstante, el querellado Sr. Varela considera que la inhibición tampoco era jurídicamente procedente. Es decir, el querellado de

forma paradójica afirma lo mismo que niega: tanto asumir la competencia como no asumirla resulta, para él, jurídicamente incorrecto.

El conocimiento previo de la muerte de todos los posibles responsables de los delitos cometidos, debe recordar, debe quedar debidamente acreditado en el proceso. Para establecer jurídicamente la muerte de una persona determinada, por muy notoria que esta sea, es un requisito ineludible procurar su certificación. Amén de que para declarar la extinción de responsabilidad (por la razón que fuese) parece elemental apuntar que primero habrá de concretarse de qué hechos, penalmente relevantes, se está reputando la susodicha responsabilidad.

La circunstancia de que los máximos responsables del régimen dictatorial hayan fallecido, además, tampoco es óbice para archivar o inadmitir el procedimiento puesto que consta, como hecho público y notorio, que otros responsables dentro de dicha organización criminal – incrustada en el seno del régimen dictatorial – siguen vivos y son, así, potenciales sujetos pasivos de dicho procedimiento penal.

El querellado, en ese sentido, tenía pleno conocimiento de tal extremo precisamente por su notoriedad y por su propia posición como Magistrado del Tribunal Supremo.

Como bien apuntaba el juez allí querellado (Ilmo. Sr. Baltasar Garzón) en su auto de 16 de octubre de 2008 que trajo causa de su ulterior persecución, “*de las tres finalidades fundamentales del proceso penal, averiguar si se ha cometido un delito, si éste ha sido ejecutado por una o varias personas y si las víctimas han visto resarcido su derecho, en el caso de autos, resulta evidente que existen presuntamente varios y graves delitos, que no se*

excluye la existencia aún de posibles responsables, aunque no en grado de alta responsabilidad, y que existen víctimas a las cuales debe resarcirseles en su derecho y hacer todo lo posible porque averigüen el lugar de inhumación de sus familiares, con el fin de constatar los delitos producidos y la cesación de los efectos del delito, hasta cuyo momento, éste se sigue cometiendo". Pero los abundantísimos argumentos jurídicos de peso -no imaginados sino expresos- que el juez trajo a sus resoluciones, para el aquí querellado Sr. Varela no existen.

Se obvia, además, la fundamental cuestión del carácter del deber de investigación oficial efectiva e independiente como exigencia derivada de la ratificación española del Convenio Europeo de Derechos Humanos en su interpretación jurisprudencial vinculante para todas las autoridades del Estado por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La investigación judicial efectiva e independiente que resulta del mismo es un deber hacia los derechos de los familiares a no ser objeto de trato inhumano por la omisión del Estado y de la debida protección de su derecho humano a la vida familiar, tanto como de la propia persecución penal de los verdugos. En supuestos de desaparición forzada de personas el proceso penal despliega una doble dimensión como concreta especificidad de este tipo de crimen, expresamente reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello es, precisamente, resultado directo de una evolución del Derecho penal internacional -de los últimos 50 años- que no puede ser desconocida por nuestros tribunales, y tampoco por el querellado, y sin la cual no hubiesen tenido lugar los juicios de Nuremberg, la misma fundación de las Naciones Unidas, o la aludida puesta en marcha del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La jurisprudencia internacional del Tribunal Europeo directamente vinculante para los tribunales españoles –incluido el Tribunal Supremo– es, simplemente, abrumadora y no muestra fisuras. Resulta coincidente, además, con organismos internacionales de derechos humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito comparado o el propio Comité Internacional de Derechos Humanos a partir del surgimiento y desarrollo de la posición jurídica de los familiares como víctimas indirectas del crimen de desaparición forzada de personas, con origen en el pronunciamiento Quinteros Almeida contra Uruguay en 1983.

Dicho en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la “investigación oficial efectiva e independiente” exigida por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en todos los casos de los que se tenga noticia, irá dirigida a la persecución penal de los autores materiales, sí, pero también, al esclarecimiento de los hechos e identificación de los responsables, y ello con especial consideración justamente al deber del Estado de investigar y revelar la verdad a los familiares.

En síntesis, ello queda claro en la exposición del Tribunal Europeo en *Kelly contra el Reino Unido*¹ y en *Ogur contra Turquía*². Se hace obligado, pues,

¹ *Kelly y otros contra el Reino Unido*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de mayo de 2001, párr. 94; Y así, en *Ogur contra Turquía* se hablará más exactamente del concepto de “*effective investigations capable of leading to the identification and punishment of those responsible for the events in question*”, Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo 5 de 1999, párr. 93; O como señalará igualmente el Alto Tribunal con toda contundencia ante la actitud de las autoridades en el caso de desaparición sometido a su valoración en el caso *Gongadze contra Ucrania*, al apreciar la violación del artículo segundo del convenio en su vertiente procesal “*The Court considers that the facts of the present case show that during the investigation, until December 2004, the State authorities were more preoccupied with proving the lack of involvement of high-level State officials in the case than by discovering the truth about the circumstances of the disappearance and death of the applicant’s husband*”, *Gongadze contra Ucrania*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2006, párr. 179.

² Vid. *Ogur contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de mayo 5 de 1999, párr. 93. En *Tashin Acar contra Turquía* “*Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged,*

reiterar aquí el punto 10.2 de la Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas, en conexión con dicho deber de investigación oficial efectiva e independiente proclamado por el TEDH.. Los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el “derecho a la verdad”, es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos. Un deber de investigar que surge como una obligación “ipso facto” del mero hecho de la noticia de la existencia de desapariciones, tal como el TEDH en Seker contra Turquía establece:

“El mero hecho de que las autoridades sean informadas del asesinato de un individuo da lugar, ipso facto, a la obligación, bajo el artículo 2 de la Convención, a llevar a cabo una investigación efectiva acerca de las circunstancias que rodearon la muerte (...) dicha obligación resulta igualmente aplicable en casos en los que una persona ha desaparecido en circunstancias que puedan ser consideradas como de temor por su vida. A este respecto, debe ser aceptado que cuanto más tiempo pase sin noticia alguna por parte de la persona que ha desaparecido, mayor resulta la probabilidad de que el o ella han muerto”³.

specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply”, Tashin Acar contra Turquía, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

³ *Seker contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de mayo de 2006, párr. 67 y 69; De hecho, y como se puntualizará así mismo en Seker contra Turquía, “This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State”, Idem, párr. 67; O como se precisará por su parte en *Tashin Acar contra Turquía* “Such investigations should take place in every case of a killing resulting from the use of force, regardless of whether the alleged perpetrators are State agents or third persons. However, where an involvement of State agents or bodies is alleged, specific requirements as to the effectiveness of investigation may apply”, *Tashin Acar contra Turquía*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de abril de 2004, párr. 220.

Pretender desconocer todo ello, circunscribiendo el proceso penal a los desaparecidos (victima directa) y no a los familiares (victima indirecta), sería desconocer a la mitad del círculo de víctimas de la desaparición. Ese es el punto final de sus sufrimientos, en términos de reparación indemnizatoria, que vincula la necesidad de esclarecer el concreto rol y participación de los mandatarios estatales en la perpetración de las conductas, incluso en caso de extinción de la responsabilidad penal o del propio cambio de la forma del Gobierno del Estado. Así lo establece la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de la Asamblea General de Naciones Unidas*⁴ y el Convenio Europeo sobre indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, ratificado por España y publicado en el BOE.

El querellado Sr. Varela también concluye que es manifiestamente contrario a Derecho “*no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre*”. Para ello, no obstante, requiere de una extensa argumentación contenida en nueve folios en los que defiende **su criterio y valoración** acerca de por qué sí que es aplicable la Ley 46/1977 donde omite, por cierto, cualquier alusión a que todos los Tratados Internacionales firmados por España desde antes de octubre de 1977 confirman que los delitos de crímenes de humanidad no son amnistiables. El querellado se aparta claramente de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 3 del Código Civil y demás normas concordantes.

El querellado Sr. Varela relata en su auto que:

⁴Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

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

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

Tal afirmación pone en evidencia la actitud malintencionada del querellado al inventar un hecho, dentro de lo que sería la teoría objetiva del delito de prevaricación. Efectivamente, la providencia del 29 de octubre de 2008 no fue firmada por el Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón sino por otro Magistrado, como bien podría haberse apreciado si se hubiera efectuado un minucioso y objetivo examen de las actuaciones. Se falsea un dato del cual se extraen graves consecuencias jurídico-penales contra el magistrado.

Existe, así, una clara falta de objetividad e injusticia en el mencionado auto. El querellado considera que la providencia fue firmada por el Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón cuando fue otro juez quien realmente lo hizo. Ello, en la hipótesis del querellado Sr. Varela, tendría graves consecuencias para ese

otro juez pero, sin embargo, nada actúa al respecto; es decir , estableciendo la relevancia jurídico-penal de una determinada resolución continúa la instrucción en contra del Juez Garzón pero sin actuar en consecuencia en contra de quien realmente dictó dicha resolución.

Evidentemente un hecho de tales características revela la animosidad del querellado Sr. Varela y refleja que sus decisiones se apartan de la Ley para centrarse en la persona a perseguir.

El querellado alude también en su auto de 3 de febrero que:

“el Juez Instructor querellado no promueve la más mínima actuación procesal de investigación, ni dispensa la más mínima protección a denunciante o víctima alguna”.

Resulta también paradójico que el querellado Sr. Varela aluda a la falta de protección de las víctimas del magistrado cuando el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra no admitió la personación en la Causa Especial contra D. Baltasar Garzón de las Asociaciones de Memoria Histórica y llevó a cabo los hechos gravosos para éstas a los que se hará referencia más adelante. Debe recordarse, en este sentido, que tales asociaciones han resultado directamente afectadas con la incriminación del magistrado Sr. Garzón. El procedimiento –entienden- no sólo se dirige contra él sino, sobre todo, contra ellos. Las expectativas de tutela judicial efectiva de sus derechos se ven claramente frustradas por la imputación que el Sr. Varela ha hecho contra el Juez que conocía de sus denuncias. La incriminación del primer juez que se atrevió a investigar tales crímenes tiene un claro efecto amedrentador para futuros y potenciales investigadores judiciales. Y es que quizás la única razón por la que no se permitió personarse a las

Asociaciones fue, precisamente, que estas pretendían demostrar que sus denuncias, y las pruebas aportadas al Juez, son las que confieren la legitimidad de la causa seguida por el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, que no era otra que su causa.

Finalmente, con fecha 7 de abril de 2010 el querellado Sr. Varela dictó auto por el cual se acuerda: “Que ha lugar a proceder contra D. Baltasar Garzón Real”. Es sorprendente no sólo la fórmula dispositiva, impropia de este tipo de resoluciones en procedimiento abreviado, sino también el contenido de la misma. De este contenido surge la imputación directa del otro aquí querellado, el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra.

En dicha resolución de 7 de abril de 2010, en lo tocante a la cuestión de si radica en la Audiencia Nacional la competencia para conocer de los delitos investigados por D. Baltasar Garzón -cuestión de la que conocen otras dos Salas presididas por D. Juan Saavedra desde antes de que la asociación “Manos Limpias” interpusiera su querella- el querellado Sr. Varela afirma que “podrá ser criterio precedente el que antes establezca al resolver definitivamente este procedimiento [contra el Sr. Garzón]”.

Pues bien, la cuestión de competencia que el Sr. Varela esgrime como argumento de imputación en contra del Sr. Garzón Real, es asunto que no sólo no correspondería a esta Sala y causa especial a dilucidar sino que, además, corresponde hacerlo en otros dos procedimientos anteriores, incoados por los cauces legalmente previstos y surgidos de:

- 1) la impugnación ante el Tribunal Supremo (Rº de queja: 5/20150/2009) del Auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008 (JUR 2009\47600) que, con tres votos en

contra, prohíbe al Juez Sr. Garzón investigar los presuntos crímenes de genocidio, lesa humanidad, secuestro de niños españoles en el extranjero por medio de una insurrección armada contra la Constitución, las Instituciones del Estado y sus más altas Autoridades, denunciados por las Asociaciones de víctimas en las Diligencias Previas 399/2006. Orden cumplida por el Sr. Garzón en el Auto de 16 de diciembre de 2008 (JUR 2008\366724).

La tramitación regular de este Recurso de Queja ha sido dilatada indebidamente por D. Juan Saavedra mediante actuaciones presuntamente prevaricadoras, tal como consta documentado en la querella interpuesta contra el mismo el 3 de febrero de 2010 por las partes ante la Sala del artículo 61 de la LOPJ.

2) la cuestión negativa de competencia con la Audiencia Nacional planteada desde antes de junio de 2009 por los Juzgados de San Lorenzo del Escorial y de Granada (Recurso: 006/0020431/2009), cuya resolución D. Juan Saavedra mantiene igualmente paralizada.

Mediante la dilación o paralización de estos dos procedimientos de competencia, D. Juan Saavedra ha pretendido ganar tiempo para que D. Luciano Varela en el Auto de 7 de abril de 2010

1) considere como definitivo el Auto de 2.12.2008 (dividido) de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, que niega la competencia de ésta.

2) declare que es en este procedimiento penal contra el Sr. Garzón donde se decidirá la cuestión procesal de competencia de la

Audiencia Nacional, y no en el recurso de queja 5/20150/2009 ni en el Recurso 006/0020431/2009.

3) inculpe al Sr. Garzón, en base a la premisa falsa (1) y falaz (2), por declarar en fecha 16.10.2008, que la competencia radicaba en la Audiencia Nacional.

La afirmación de que la competencia se resolverá en este proceso penal contra el Sr. Garzón, incluida por el Sr. Varela en su auto de 7 de febrero de 2010, sólo puede entenderse desde la perspectiva de unas indicaciones o decisiones adoptadas por el segundo de los querellados, D. Juan Saavedra. Debe recordarse que es éste quien preside las dos Salas que están entendiendo de la cuestión de competencia y que ha designado al Sr. Varela Juez Instructor de la Sala. El Sr. Varela, a su vez, ha dictado el Auto de 7 de abril de 2010, considerando que es en esta tercera Sala donde se resolverá la cuestión de competencia.

Mediante esta concertación entre D. Juan Saavedra y D. Luciano Varela las víctimas de los delitos de genocidio y lesa humanidad han sido sometidas a la más absoluta indefensión y no serán escuchadas en la cuestión de competencia.

En resumen, se considera que la estratagema delictiva ha sido la siguiente:

1. D. Juan Saavedra ha presidido la Sala que, en esta Causa Especial 20048/2009 contra el Sr. Garzón, ha rechazado la personación de las Asociaciones de víctimas del franquismo que han dado origen a las Diligencias Previas 399/2006 sobre los crímenes del franquismo. No

serán escuchadas, a diferencia de Falange Española y otras voces identificadas con los victimarios.

2. D. Juan Saavedra ha presidido la Sala que ha rechazado la personación de dichas Asociaciones en la cuestión de competencia negativa promovida por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial (Recurso: 006/0020431/2009). Y que, además, mantiene paralizada de forma intencionada.

3. D. Juan Saavedra ha presidido la Sala en que las referidas asociaciones son obligatoriamente parte (recurso de queja: 5/20150/2009). La cuestión de competencia ha sido, no obstante, resuelta en la Causa Especial 20048/2009 y comunicada como hecho consumado en el citado recurso de queja.

De este modo, D. Juan Saavedra y D. Luciano Varela han denegado de forma concertada, los derechos de las víctimas españolas que, desde el 1 de abril de 1939, buscan una autoridad judicial que les escuche y haga justicia en los crímenes más graves y masivos de la historia moderna de España.

Este razonamiento del querellado Sr. Varela destinado a recabar, en esta Causa Especial, la resolución de la crucial cuestión procesal de la competencia sólo puede tener dos interpretaciones:

a.- que se trata de una decisión, no documentada, adelantada por el segundo de los querellados, Excmo. Sr. D. Juan Saavedra. Ello sería el título de imputación en contra de éste.

b.- que estamos ante una mera invención. Ello reforzaría la imputación en contra del querellado Sr. Varela.

En cualquiera de las dos hipótesis resulta necesario acudir a una fase previa de investigación para determinar su veracidad. En ella, obviamente, deberá respetarse las garantías de los posibles responsables y para ello deben acudir en su condición de imputados.

Ahora bien, la verosimilitud de unos hechos, requerida para la admisión a trámite de una querella, obliga a establecer que el segundo de los querellados – Excmo. Sr. D. Juan Saavedra - participa de todas aquellas resoluciones, presidiendo las Salas en las cuales el querellado Sr. Varela se ampara para la desestimación de las pretensiones del Sr. Garzón. Resulta clarificador, en ese sentido, comprobar cómo el querellado Sr. Varela vincula la suerte de sus resoluciones a la propia de las emitidas por las tres Salas presididas por el querellado Sr. Saavedra. Ello apunta indiciariamente a que el primero sólo actuaba en función de las decisiones del segundo, previa indefensión de las partes que son víctimas de los crímenes de lesa humanidad y conexos, tal como deberá dilucidarse en el oportuno procedimiento.

Así por ejemplo, en el precitado auto de 7 de abril de 2010 el querellado Sr. Varela razona que: “*resulta poco cuestionable la probabilidad de que el Ilmo. Magistrado querellado haya perpetrado los hechos objeto de este proceso. Tales hechos consisten en la adopción de las resoluciones que se han detallado, tanto en las querellas como en los autos de admisión de éstas, en el auto de este instructor que denegó el sobreseimiento y, en fin, en el Auto de la Sala que ha confirmado esta última decisión*”. Es decir, el magistrado querellado se ampara en lo resuelto por la Sala presidida por el querellado Sr. Saavedra.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

En materia de legitimación activa para la interposición de esta querella criminal como acusación particular, debe destacarse que para los querellantes las acciones y resoluciones de los querellados representan un nuevo obstáculo, de gran magnitud y difícil de calibrar en este momento, en la dilatada y dura lucha contra la impunidad. Significa, para ellos, impedirles el acceso, en su calidad de víctimas del franquismo, a un proceso judicial que permita depurar las responsabilidades por los crímenes de lesa humanidad que les afectan directamente. E implica continuar el cierre de los tribunales ordenado el 17 de julio de 1936 para tales horrendos crímenes.

En materia de competencia, establece el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que:

- 1. Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá:*
- 4º De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra los Presidentes de Sala o contra los Magistrados de una Sala, cuando sean juzgados todos o la mayor parte de los que la constituyen.*

En el presente caso se dirige la imputación contra el Magistrado Instructor y Presidente de una misma Sala de lo Penal, atrayéndose la competencia a

esta sala del Artículo 61 antes citado en función del cargo que ocupa el querellado Sr. Saavedra.

Los hechos arriba narrados son constitutivos de un presunto delito de prevaricación tipificado en los artículos 446 y 447 del Código Penal.

Artículo 446: “*El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:*

3º) Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.

Artículo 447: *El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.*

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009, cuyo Ponente fue el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro establece que:

“*Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una*

acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable.

La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discretionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica".

La aproximación más somera al Auto de 3 de febrero de 2010 del aquí querellado permite concluir que se apartó de su propia conceptuación del delito de prevaricación. El querellado, de forma consciente, siguió manteniendo su imputación a sabiendas de que las decisiones del juez allí afectado eran *objetivamente sostenibles*, en un marco *donde existían dudas fundadas* que él intentó resolver *en la interpretación del Derecho* (muy especialmente en el Derecho Internacional aplicable), manteniéndose *dentro de lo jurídicamente aceptable*. Todo ello, como resulta obvio, no puede dar *lugar a una acción prevaricadora*. El querellado, consciente de que la norma –en el peor de los casos- era, desde luego, susceptible de

interpretaciones (usuales y admisibles en Derecho) dictó una resolución injusta en contra del juez allí querellado y siguiendo consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico.

Respecto al delito de prevaricación, el propio juez aquí querellado sostiene, en el auto que trae causa de la presente, que “*la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce en definitiva a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado democrático de Derecho*”. Pues bien, resulta evidente que el querellado, en su voluntad incriminatoria, se ha erigido, precisamente, en conciencia de algunas leyes –como la Ley de Amnistía y de “Memoria Histórica”-, tal como luego se explicará.

Otra prueba de ese voluntarismo incriminatorio es que en el auto de 3 de febrero de 2010 se establece, con claro desprecio a la verdad, que fue la denuncia ante el Consejo General de Poder Judicial la que movió al Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón a recabar el informe del Ministerio Fiscal. Para llegar a tal conclusión, tal como se mencionó en la relación de hechos de la presente querella, se falsean las fechas reales de las quejas dirigidas al Consejo del Poder Judicial.

El querellado, por otra parte, atribuye al Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón la autoría de resoluciones que no ha dictado. Efectivamente, la providencia de 29 de octubre de 2008 fue firmada, como bien pudo haberse apreciado de un examen objetivo y razonado de las actuaciones, por otro Magistrado distinto al que el aquí querellado imputa, tal como puso de manifiesto la propia defensa del Ilmo. Sr. Garzón en un escrito anterior a dicha resolución.

Entrando en materia, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro se aparta en su auto de las reglas de interpretación establecidas en el artículo 3 del Código Civil y demás normas concordantes así como de la legalidad vigente. Se adentra, así, en lo que él mismo en su día definió como “*la esencia del delito de prevaricación*” que radicaría “*en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho.*”(Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009)

Pues bien, lo que sí resulta injusto es mantener que las resoluciones que dictó el citado magistrado no son “objetivamente sostenibles” o que “son objetivamente contrarias a Derecho,” y por ende susceptibles de prevaricación.

A continuación, así, se va analizar en base a qué motivos se considera injusta la actuación del ahora querellado.

(A) En primer lugar resulta claramente injusto sostener, como hace el aquí querellado, que la incoación de diligencias previas no estaba justificado porque no existía objeto procesal y que se realizó una “desmedida investigación”. Cabe recordar, así, que la Resolución 2005/81 de la Asamblea General de Naciones Unidas de abril de 2005 aprobó el “Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad”. En tal resolución se recoge la evolución reciente del derecho y de la práctica internacionales en la materia, comprendida la jurisprudencia internacional y se invita a los Estados “a que tengan en cuenta las recomendaciones y las mejores

prácticas identificadas en el estudio, así como los Principios actualizados, según proceda, al (...) aplicar medidas efectivas de lucha contra la impunidad, (...). La Resolución igualmente (...) “[a]lienta a los Estados a que ofrezcan a las víctimas de violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que constituyan delito un proceso judicial justo, equitativo, independiente e imparcial mediante el cual se puedan investigar y hacer públicas esas violaciones, de conformidad con las normas internacionales de justicia y equidad y las debidas garantías procesales”. Según los Principios, “incumbe a los Estados adoptar las medidas adecuadas, incluidas las medidas necesarias para garantizar el funcionamiento independiente y eficaz del poder judicial, para hacer efectivo el derecho a saber”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que cuando una persona afirma “de manera defendible” ser víctima de una violación grave a sus derechos humanos, se origina para los Estados una obligación procedural: la de poner en marcha una “investigación oficial efectiva” para “poder llevar a la identificación y el castigo de los responsables”.⁵

Es decir, en virtud del Derecho Internacional, los Estados tienen la obligación de investigar en forma exhaustiva e imparcial toda denuncia de violación de derechos humanos para identificar, juzgar y sancionar a los responsables de tales violaciones así como garantizar reparación a las víctimas o sus familiares. Y esta obligación implica llevar a cabo todas las actividades necesarias para esclarecer los hechos y las circunstancias que los rodean. Se trata de una obligación jurídica que, además, implica que las

⁵ Tribunal Europeo de Derecho Humanos, caso *Assenov contra Bulgaria*, 28 de octubre de 1998, para. 102 y caso *Kaya contra Turquía*, 22729/93, sentencia de 19 de febrero de 1998, párrafo 107.

investigaciones deberían ser emprendidas de oficio por las autoridades. Asimismo, para que no se comprometa la responsabilidad del Estado, éste deberá adecuar su legislación interna para asegurar la realización efectiva de investigaciones prontas, exhaustivas, independientes e imparciales. La obligación de llevar ante la justicia y sancionar a los responsables también comprende el necesario ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado⁶.

El derecho a contar con un recurso idóneo y eficaz para alcanzar el objetivo de hacer cesar la vulneración del derecho y remediar las consecuencias, es inderogable. Para el derecho internacional vigente en España, este derecho incluye: la investigación sin demora, de forma efectiva, independiente e imparcial así como el acceso a la justicia (es decir, emprender acciones judiciales en el caso de que se reúnan suficientes pruebas admisibles); el acceso a información objetiva sobre la violación cometida (para esclarecer las causas, hechos y circunstancias en que se produjeron tales violaciones, incluida la identidad de los perpetradores); y la reparación del daño sufrido. Por eso, en el caso de violaciones particularmente graves de los derechos humanos -aquellas que constituyen crímenes de derecho internacional- los recursos deben ser esencialmente judiciales.

En este sentido, la Resolución 60/147 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005 que aprobó por consenso los llamados “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, hace especial hincapié en que,

⁶ Así, la Asamblea General de Naciones Unidas ha recordado en reiteradamente la obligación internacional de procesar judicialmente y de castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos (ver, por ejemplo, Resolución 49/193, de 23 de diciembre de 1994; resolución 51/94, de 12 de diciembre de 1996; resolución 53/150, de 9 de diciembre de 1998; resolución 55/111, de 4 de diciembre de 2001).

“en particular los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley (...)el poder judicial” tengan en cuenta los Principios y directrices básicos y promuevan el respeto de los mismos. Según estos Principios, que sin duda son un acuerdo universal sobre el derecho de las víctimas a obtener reparación, “en los casos de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyen crímenes en virtud del derecho internacional, los Estados tienen la obligación de investigar y, si hay pruebas suficientes, enjuiciar a las personas presuntamente responsables de las violaciones y, si se las declara culpables, la obligación de castigarlas. Así, España habría de: “respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en... a) Los tratados en los que un Estado sea parte; b) El derecho internacional consuetudinario; c) El derecho interno de cada Estado (...). La obligación de respetar, asegurar que se respeten y aplicar las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario según lo previsto en los respectivos ordenamientos jurídicos comprende, entre otros, el deber de: b) **Investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial** y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional; c) **Dar a quienes afirman ser víctimas de una violación de sus derechos humanos o del derecho humanitario un acceso equitativo y efectivo a la justicia** (...), con independencia quién resulte ser en definitiva el responsable de la violación; d) **Proporcionar a las víctimas recursos eficaces, incluso reparación** (...)".

El Derecho Internacional no puede ser palmariamente ninguneado como hacen los dos Excmos. Sres. Magistrados querellados al abordar todos y

cada uno de sus argumentos desconociendo el artículo 10.2 de la Constitución y la propia doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 2000: “**El art. 10.2 CE expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos”.**

En suma, el auto dictado por el aquí querellado ignora por completo que una actuación de un tribunal contraria a la obligación de investigar constituye una denegación de justicia y viola, por tanto, no sólo las obligaciones internacionales del Estado español, sino derechos constitucionalmente reconocidos. Causa estupefacción en este sentido que en su auto de 7 de abril de 2010 el aquí querellado Sr. Varela señale que una decisión del Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, que sí es conforme y tiene en cuenta el Derecho Internacional vigente en España, “no le exime de la eventual responsabilidad penal en que pudiera haber incurrido”.

El Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real no sólo interpretó con normalidad el principio de legalidad penal tal y como ha sido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sino que, además, tenía la especial obligación de emprender una “investigación

oficial efectiva e independiente". Concepto clave del Alto Tribunal Europeo⁷, que en la averiguación del paradero de los desaparecidos y no sólo de la imputación de responsabilidades existentes haga cesar la situación de sufrimiento inhumano, de acuerdo con la prohibición de actuación u omisión por parte de las autoridades nacionales constitutiva de "trato inhumano, cruel y degradante"⁸ por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25^a sesión) establece que. "los miembros de la familia de las personas desaparecidas deben ser reconocidos como víctimas independientes de la desaparición forzada y les debe ser garantizado el "derecho a la verdad", es decir, el derecho a ser informado del destino de los familiares desaparecidos". Al tiempo, que, conforme a la nueva Convención contra las desapariciones forzadas en su artículo 24: "a los efectos de la presente Convención, se entenderá por "victima" la persona desaparecida y *toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada*"^[1].

⁷ Sobre el análisis de dicho concepto vid. RODRIGUEZ ARIAS, M.A. (2008): "La nueva "ley de la memoria" y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo", *Jueces para la democracia*, N° 63, Noviembre 2008, págs. 68-85.

⁸ Vid. RODRIGUEZ ARIAS, M.A. (2010) "La prolongada ausencia de una <investigación oficial> en el caso de los desaparecidos del franquismo como violación autónoma del <derecho a la vida familiar> y <trato inhumano> a sus familiares: Nuevas perspectivas de tutela de <las otras víctimas> a la luz del caso *Srebrenica*", (en prensa, actas del Coloquio Internacional sobre la Memoria Histórica, "¿Se puede juzgar la historia?" de *Magistrats Européens pour la Democratie et la Liberté*, MEDEL, celebrado en Madrid el 27-29 de marzo de 2009).

[1] Nueva Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por unanimidad de la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de Diciembre de 2006; Como ya hemos anticipado en la cita introductoria de este estudio, en idéntico sentido se

B) Resulta absolutamente incongruente que el aquí querellado sostenga como indicio incriminatorio que el citado magistrado desconsideró el informe del Fiscal cuando precisamente él ha adoptado su resolución contra el criterio reiterado y expreso del Ministerio Público. Debe recordarse, además, que –tal como indica la profesora Manjón-Cabeza Olmeda- ello “no es un indicio de prevaricación, ni puede interpretarse como una advertencia al Juez para que cese en su actitud prevaricadora (...). El disenso con el Fiscal no es prevaricación y sostener lo contrario sería una aberración jurídica y sentaría en el banquillo a media judicatura. Y buen ejemplo de lo que digo es la causa seguida por prevaricación contra Garzón en el Tribunal Supremo, precisamente ésta, en la que se genera el auto objeto de comentario: el Ministerio Fiscal ha reiterado su oposición a este procedimiento, con argumentos muy sólidos que comarto. ¿Quiere ello decir que el Fiscal esté advirtiendo a los Magistrados del Tribunal Supremo que podrían incurrir en prevaricación o que desoír al Fiscal del Tribunal Supremo es un “dato que determina la relevancia penal” por prevaricación? No creemos que así sea, pero si aplicamos el razonamiento del auto, o sea su propia medicina, habría que alcanzar tal conclusión: que algunos Magistrados del Tribunal Supremo son presuntamente

pronunciará el punto 10.2 de la resolución 1436 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25^a sesión); recuérdense así mismo los valiosos votos particulares al respecto de CANCADO TRINDADE y GARCÍA RAMÍREZ, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*; vid. *Caso Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000; así como la sentencia de reparaciones de la misma Corte de 22 de febrero de 2002. Ver en todo caso más ampliamente a todo este respecto las tesis desarrolladas por RODRIGUEZ ARIAS entorno al trato inhumano a los familiares de los desaparecidos como violación autónoma de los derechos humanos

“La prolongada ausencia de una <<investigación oficial>> en el caso de los desaparecidos del franquismo como violación autónoma del <<derecho a la vida familiar>> y <<trato inhumano>> a sus familiares. Nuevas perspectivas de tutela de <<las otras víctimas>> a la luz del caso *Srebrenica*”, en publicación en *Actas del Congreso Internacional ¿Se puede Juzgar la Historia?*, Magistrats Europeens pour la Democratie et la Liberté, MEDEL, Madrid, 27 -28 de Marzo de 2009 y RODRIGUEZ ARIAS, M.A. (2008): *El caso de los niños perdidos del Franquismo: Crimen contra la humanidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 436 páginas.

prevaricadores por su actuación contra Garzón, dado que desoyen las advertencias del Fiscal (...)"⁹.

C) Es palmariamente injusto y contrario a Derecho sostener “como hecho probable” que el Magistrado querellado [Sr. Garzón] actuó con la finalidad de eludir la decisión del legislador sobre el régimen de localización y exhumación de víctimas de los horrendos crímenes del franquismo, erigidos en aparente objeto del procedimiento, sabiendo que éstos habían sido objeto de amnistía por las Cortes democráticas de España, cuya voluntad decidió conscientemente ignorar u orillar”.

Efectivamente, contrariamente a lo afirmado por el Sr. Varela, la práctica y jurisprudencia internacional dispone que la naturaleza del recurso efectivo para las graves violaciones de los derechos humanos, que constituyan crímenes bajo el Derecho Internacional, debe ser esencialmente judicial¹⁰. Se desprende también del propio articulado de 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. Se prevé, así, **con precisión y sin lugar a dudas que** “este derecho [a obtener una Declaración de reparación y reconocimiento personal] es plenamente compatible con los demás derechos y medidas reparadoras reconocidas en normas anteriores, **así como con el ejercicio de las acciones a que hubiere lugar ante los tribunales de justicia**” (artículo 4.1) así como que “[l]as previsiones contenidas en la presente Ley **son compatibles con el ejercicio de las**

⁹ Manjón-Cabeza Olmeda, A.: “Prevaricación e interpretación judicial (A propósito del Auto del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el juez Baltasar Garzón en la causa de la “Guerra Civil”)\”, en diario La Ley, Año XXXI, Número 7367, de 23 de marzo de 2010.

¹⁰ Como por ejemplo, la sentencia (preliminares) del TEDH de 18 de diciembre de 1996, en el caso *Aksoy contra Turquía*.

acciones y el acceso a los procedimientos judiciales ordinarios y extraordinarios establecidos en las leyes o en los tratados y convenios internacionales suscritos por España” (Disposición Adicional segunda).

D) El Excmo. Sr. Varela afirma que la consideración del *contexto* como delito de lesa humanidad no autoriza a reavivar una responsabilidad penal ya extinguida por prescripción y por amnistía. También que es manifiestamente irrazonable ignorar la prescripción de los delitos de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima; o que la transmutación del delito de detención ilegal en el delito de desaparición forzada es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual.

No obstante, ello es contrario al contenido del Convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Convenio Europeo de DDHH y de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, todos vigentes en España. Se desprende de ellos una indubitable obligación de investigar y proporcionar un recurso efectivo (artículo 2 del PIDCP y artículo 12 de la CAT). No se hace ninguna distinción respecto al origen de la amnistía o cualquier medida análoga que tenga por efecto evitar tal investigación o exonerar de sanción penal a los presuntos responsables de actos de tortura y desaparición forzada. Además, la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ratificada por España el 24 de septiembre de 2009, impone al Estado español una serie de obligaciones que, si bien hasta la entrada en vigor de la misma no son plena y jurídicamente exigibles, no puede el Tribunal Supremo actuar en contra de lo dispuesto en ella. Tal comportamiento podría suponer una violación del mandato general

reconocido en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado, antes de su entrada en vigor, sobre el que se ha manifestado consentimiento en obligarse.

Los citados Magistrados-Jueces del Tribunal Supremo no pueden desconocer que las obligaciones internacionales, y en concreto los tratados internacionales, vinculan a todos los poderes del Estado y deben ser cumplidos de buena fe. Tampoco pueden obviar que ninguna norma interna puede ser contraria a lo dispuesto por tales tratados. Por ello, la interpretación y aplicación que realiza el Ilmo. Sr. Garzón, podría, quizás, no ser aceptada por el Tribunal superior pero NUNCA ser entendible como un alejamiento del Derecho o como algo injusto puesto que se aplicó el ordenamiento jurídico interno e internacional.

El aquí querellado atribuye al Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón un delito de prevaricación cuando, en verdad, estamos ante posturas, pura y simplemente, contradictorias en relación con las interpretaciones que los dos Magistrados querellados de la Sala II del Tribunal Supremo están sosteniendo. Es elemental que cuando un juez se enfrenta ante la posibilidad de interpretar la ley teniendo en cuenta diversas tendencias, la elección de una de ellas –que además entra de lleno en el debate jurídico a nivel internacional- no puede ser absolutamente incompatible con el Derecho. Y más cuando ésta va en línea del derecho interno y una gran corriente del internacional. La propia Constitución obliga, así, a los jueces a aplicar los tratados internacionales (art. 96).

Los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, confirmados en nuestro derecho interno y por la Asamblea General de

Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, establecen claramente que “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo” y que “No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, **ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial** [es decir, de recursos] ni de la mitigación o commutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”.

El auto dictado por el aquí querellado establece que es manifiestamente contrario a Derecho:

“no excluir la relevancia penal de los hechos denunciados por la Amnistía establecida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre”... “Es significativo, y seguramente exigía una mayor cautela en ese enjuiciamiento moral, recordar que la Ley 46/1977 no solamente fue aprobada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución democrática, sino que obtuvieron el respaldo de prácticamente todas las fuerzas democráticas presentes en el Parlamento en ese momento. La iniciativa legislativa la adoptaron los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, mixto y Socialista de Cataluña. Solamente votó en contra el Grupo Alianza Popular y otros dos diputados. Y, desde luego, solamente desde una ignorancia jurídicamente inexcusable cabe equiparar la amnistía allí decidida con cualquiera de los supuestos

de amnistía unilaterales o autoamnistías a las que suelen referirse aquellos instrumentos internacionales y las decisiones de órganos de esa naturaleza, en especial los de corte político, tan profusa como poco atinadamente citados por el querellado en su resolución”.

El querellado, por su propia posición como Magistrado del más alto Tribunal ordinario de este país, no puede desconocer que la Ley 46/1977 de 15 de octubre, de Amnistía, fue promulgada cuatro meses después de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, por tanto, ya era vinculante para España. Tampoco puede desconocer que la ley de amnistía no es de aplicación a los presuntos crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos durante la dictadura franquista – objeto de la investigación presentada ante la Audiencia Nacional por Asociaciones de Víctimas e instruida por el Ilmo. Sr. Garzón –. Se confunde, de forma clamorosa, lo que serían “delitos de intencionalidad política” -de los opositores a la Dictadura franquista- con los “crímenes contra la humanidad” cometidos por dicho régimen. Ello se hace con desprecio malicioso de los criterios de aplicación e interpretación de las normas.

La Ley de Amnistía de 1977 circunscribe su objeto a los delitos de “*intencionalidad política*” y obviamente los crímenes a que se refiere el Convenio contra el Genocidio y el artículo 15.2 del Pacto, ya vigentes entonces en España, no admiten la “excepción política”. Tampoco la Constitución de 1931 ni la de 1978, que reenvían directamente al derecho internacional. Además, por ejemplo, el artículo 13 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas dispone claramente que “[a] efectos de extradición entre Estados Partes, el delito de desaparición forzada no será considerado delito político, delito conexo a un delito político ni delito

inspirado en motivos políticos. En consecuencia, una solicitud de extradición fundada en un delito de este tipo no podrá ser rechazada por este único motivo.”

Si se analiza mínimamente la ley 46/1977, de amnistía, puede comprobarse que su aplicación *in genere* al modo que sostiene el Sr. Varela ni siquiera se sostiene jurídicamente. De hecho, ni tan siquiera citan norma o jurisprudencia en la que apoyarse. Si se considera que los graves crímenes a los que afectaban las actuaciones son “actos de intencionalidad política”, debería de razonarse exhaustivamente cuáles son los actos que configuran esa intención política Y tal demostración se haría acreditando, caso a caso, en el correspondiente proceso penal. Se deberían determinar las circunstancias de cada uno de los posibles beneficiados que piden acogerse a los beneficios de la Ley 46/1977, así como la naturaleza de los hechos y la participación en los mismos del afectado. Todo ello para ser valorado por la autoridad judicial pues es a ella a quien corresponde en exclusiva decidir sobre tal cuestión (art. 9).

Es conocida y reiterada la jurisprudencia internacional respecto a los crímenes contra la humanidad, de forma pacífica y constante, que resulta imposible la aplicación de medidas de gracia o amnistías si no se han investigado previamente los hechos en un proceso judicial bajo las premisas de la independencia e imparcialidad. En el que también se hayan debatido y establecido la verdad de los hechos y las responsabilidades de los culpables (Caso Furundzija, Sentencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugosavia de fecha 19 de diciembre de 1998 y el Caso Moinina Fofana en la Corte Especial de Sierra Leona, Sala de Apelaciones, sentencia de 25 de abril de 2005).

El Auto del Sr. Varela de 7 de abril de 2010, para inculpar al Juez Sr. Garzón, ha aplicado DE OFICIO la ley de amnistía, sin que ninguna persona física imputada haya pedido previamente acogerse a sus beneficios. Pues el beneficio de esta ley solamente puede impetrarlo una persona física a la que se imputa previamente un delito, a instancia de esta misma persona o del Ministerio Fiscal (artículo 9 en relación con los artículos 1 y 2 de la Ley 46/1977, en cuanto a los delitos de naturaleza penal).

El Excmo. Sr. Varela ha sostenido una falsa incriminación, de manera consciente y deliberada, y a petición de asociaciones identificadas con los victimarios, que entra en flagrante, absoluta y frontal violación de la letra y el espíritu de la ley 46/1977. Todo ello sin facilitar una explicación razonable ni citar ningún precedente jurídico.

Resulta inexplicable, además, que un Magistrado del Tribunal Supremo –si no hay malicia en él- afirme que, para examinar la adecuación de una medida legislativa con las obligaciones internacionales vinculantes para los Estados, la legitimación definitoria es la naturaleza del órgano que ha aprobado o dado su respaldo político. Tal tesis equivale, ni más ni menos, que a la negación de la existencia misma del Derecho Internacional.

El Comité contra la Tortura (CAT) –órgano que fiscaliza el respecto de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ha señalado que “en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de *jus cogens* de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción”, y ha recomendado que “el Estado parte debería asegurar que los actos de tortura, que también

incluyen las desapariciones forzadas no sean crímenes sujetos a amnistía” (Observaciones finales al quinto informe periódico de España de fecha 19 de noviembre de 2009).

El Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha recordado, en su informe anual remitido al Consejo de Derechos Humanos (21 de diciembre de 2009), al Gobierno español:

“sus obligaciones con arreglo a la Declaración, en particular, que todo acto de desaparición forzada será considerado, de conformidad con el derecho penal, delito pasible de penas apropiadas que tengan en cuenta su extrema gravedad (art. 4.1) y que los Estados realizarán investigaciones exhaustivas e imparciales mientras no se haya aclarado la suerte de la víctima de una desaparición forzada (art. 13.6).”

Tales resoluciones, y los Comités que vigilan el cumplimiento de los Tratados de los que es parte el Estado español, son expresamente ninguneados por el Magistrado aquí querellado.

La imposibilidad de aplicación de ninguna norma de amnistía se deduce de la correcta interpretación y aplicación (conforme al derecho internacional) de las disposiciones de la Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas -ratificada por España-. En concreto, del derecho a un recurso eficaz reconocido en el artículo 8 y, la obligación de investigar de forma exhaustiva e imparcial “hasta establecer la suerte de la persona desaparecida” así como la prohibición de actos que obstaculicen el desarrollo de tales investigaciones (artículos 12 y 24).

En el presente caso, se incurre en lo que el propio querellado califica en un momento dado de “*una ignorancia jurídicamente inexcusable*” toda vez que se sustenta en la ignorancia deliberada, o injustificada, de normas vigentes en España y de una postura doctrinal y jurídica cada día más extensamente aceptada en todo el Mundo sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad así como de la inaplicabilidad de las leyes de amnistía o punto final a tales delitos.

En suma y con relación a los crímenes de lesa humanidad y su imprescriptibilidad, el auto dictado por el aquí querellado elude todo planteamiento en base al derecho interno e internacional aplicable. Así, sus argumentos quieren basarse solamente en sus particularísimas consideraciones sobre la sentencia dictada por el Alto Tribunal en el caso Scilingo [dictada por la Sala con el voto en contra del Sr. Varela] concluyendo el querellado que:

“extraer la conclusión de que aquel contexto (de crímenes contra la humanidad) autoriza a prescindir de la prescripción de la responsabilidad penal por los delitos erigidos en objeto del proceso (...) no solamente se hace al margen de lo que dijimos en la Sentencia de 1 de octubre de 2007, sino que cualquier interpretación razonable de las normas de nuestro ordenamiento jurídico”.

Planteamiento que resulta sorprendente si se toma en consideración que la propia sentencia del caso Scilingo, aclara el contenido del delito de desaparición forzada y no aborda lo relativo a la prescripción. Establece, así, que:

“No es preciso examinar aquí la cuestión de la prescripción, pues en todo caso no transcurrieron veinte años desde los hechos hasta la querella o hasta el acuerdo del juez para citar como imputado al recurrente”.

El aquí querellado introduce, otra vez, un hecho inexistente. En este caso, un razonamiento de una sentencia que no dice lo que se pretende, sino lo que él, en contra del parecer de la Sala que la pronunció, hubiera deseado seguramente que dijera. A mayor abundamiento, el querellado viene a sustentar la prescripción de los delitos investigados en una sentencia del Tribunal Supremo que, expresamente, soslaya pronunciarse sobre prescripción. Sin embargo, a su hilo, para el aquí querellado resulta indiscutible que, tanto en el momento de los hechos como en la actualidad, los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles. El Sr. Varela eleva su voluntad a Ley...¡en contra de la Ley! a fin de incriminar al Ilmo. Sr. Garzón.

En el caso SS Totenkopf, el Juez Central de Instrucción N° 2 dictó un auto de procesamiento en septiembre de 2009, con informes favorables del Ministerio Público, consideró que los hechos denunciados y que tuvieron lugar durante la II Guerra Mundial “*revisten por ahora y salvo ulterior calificación, los caracteres de los delitos de genocidio y lesa humanidad previstos y penados en los artículos 607 y 607 bis del Código Penal*”. en tal supuesto, curiosamente, no se planteó en ningún momento la cuestión de su posible prescripción. Ninguna instancia judicial ha cuestionado esos extremos. En el marco de ese procedimiento, el Ministerio Fiscal evocaba la sentencia del TEDH, de 17 de enero de 2006, ratificando su doctrina, dictada en el caso Kolk y Kislyiy v. Estonia. Ésta establece que nada impide el juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión

que en el momento de cometerse constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así, para los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha en la que se hayan cometido. El TEDH afirma, incluso, tales crímenes son imputables internacionalmente al sujeto que los comete aún en el supuesto de que los hechos hubieran sido vistos como legales por el derecho interno entonces en vigor y si los tribunales locales si han considerado que constituyan crímenes contra la humanidad. La doctrina del TEDH es vinculante para España, el Sr. Varela lo sabe, y a sabiendas no la aplica para incriminar, así, al Juez Sr. Garzón.

Además, recordemos nuevamente los Principios y Directrices Básicos sobre el Derechos de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparación, y lo que disponen en relación con la prescripción:

“[c]uando así se disponga en un tratado aplicable o forme parte de otras obligaciones jurídicas internacionales, no prescribirán las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos ni las violaciones graves del derecho internacional humanitario que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional” (Artículo IV (6))

Junto a todo lo anterior, el auto del Excmo. Sr. Varela de 3 de febrero del presente 2010, en relación con las desapariciones forzadas (y por mucho que pretenda huir de ese concepto), sostiene que la prescripción de los hechos denunciados ya se habría consumado, obviando de forma evidente que la consumación permanece en el tiempo en tanto no se conozca el

paradero de la persona o los hechos se aclaren. Así pues, para el derecho internacional vigente en España la “situación ilícita” no ha terminado pues sigue sin hallarse el paradero de las personas desaparecidas. Esta característica, silenciada por el querellado, es tenida en cuenta tanto por la jurisprudencia internacional como nacional.

En este sentido recordemos que la *Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas* determinó que todo acto de desaparición forzada “*constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida o lo pone gravemente en peligro*”.

Y que el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias ha sostenido que “*el carácter permanente y continuado del delito de desaparición forzada, de forma tal que debiera aplicarse a las desapariciones forzadas que comenzaron a cometerse incluso antes de la entrada en vigor de la norma respectiva, con lo que no se incurre en un atentado al principio de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del presunto responsable. En tal virtud, en estricto rigor jurídico internacional, las desapariciones forzadas que aún no han sido esclarecidas se siguen cometiendo en la actualidad por lo que se trata de un delito continuado y no un asunto del pasado*”.

Resulta, además, totalmente incongruente con el Derecho Internacional sostener, como hace el querellado en su auto, que “*la falta de verosimilitud*

de la persistencia de la situación ilícita dado el tiempo transcurrido, bien porque el detenido haya sido puesto en libertad bien porque haya de suponerse que ha sido asesinado”.

En suma, las conclusiones del aquí querellado respecto a la cuestión de los crímenes contra la humanidad y la desaparición forzada de personas pretenden eludir estas figuras del Derecho Internacional. Tampoco presentan argumentos jurídicos –más allá de la particular y personal interpretación de la sentencia del caso Scilingo- que justifiquen que sea “irrazonable” que otro órgano jurisdiccional acuda a estas figuras y menos aún que pudiera prevaricar.

A mayor abundamiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 no estima necesario probar que el prevaricador fuese consciente de estar obrando injustamente, al entender que lo decisivo para resolver un conflicto es la ley y no la conciencia del juez. Así, establece que:

“En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión «a sabiendas» que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado Presidente de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal –con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad”.

Y continúa:

“la determinación de la injusticia no radica en que el autos 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 igual sentido, la Sentencia del Alto Tribunal de 15 de octubre de 1999 establece que:

“el delito de prevaricación consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”, y “quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho en la forma prevista en el Art. 117CE”.

Pues bien, a tenor de lo establecido en la jurisprudencia acerca del delito de prevaricación, tal y como venimos sosteniendo, el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro dicta una resolución en verdad injusta. El querellado obvia, como si tal no existiese, la clara y reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al principio de legalidad penal. Dicha jurisprudencia vincula a todas las autoridades del Estado, ejecutivo, legislativo y judicial a los efectos en lo que debe ser su actuación de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos derivada de su ratificación. No resulta jurídicamente defendible, desde la perspectiva de la más elemental *lex artis* del operador jurídico judicial, calificar como “jurídicamente indefendible” lo que es el normal cumplimiento de la doctrina del máximo órgano jurisdiccional europeo en materia de legalidad

penal y deberes de investigación judicial en casos de desaparecidos. La debida aplicabilidad del legado, jurisprudencia y principios de Nuremberg se deriva, de hecho, del propio principio de legalidad penal o de *nullum crimen sine lege* y conforme artículo 7, apartado segundo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

“El presente artículo no impedirá el juicio o la condena 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.”

Ello resulta reiterado por el posterior Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹¹, en su artículo 15:

“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.”

El Tribunal europeo de Derechos Humanos, en ese sentido, también es claro en los casos *Papon contra Francia* y *Kolk Kislyiy contra Estonia*¹² y en el reciente caso *Korbelly vs Hungary* de 19 de septiembre de 2008.

¹¹ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

De hecho, no obstante, no hace falta acudir al derecho internacional vigente en España. Bastaría con una interpretación sistemática del derecho nacional o interno, de la cual también huyen los querellados para alcanzar igual conclusión que no es otra que la presunta comisión de un delito de prevaricación.

Dicho esto, y como es evidente que una parte de la discusión se centra en la aplicabilidad o no de la Ley de Amnistía, no podemos olvidar el contenido propio de la **Ley de Amnistía de 1977**, en la que se ampara el querellado Varela. Él mismo considera que ello implicaría “...*el desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la Ley de amnistía 46/1977*¹³”. Pues bien, el querellado Varela con la ayuda o protección del otro querellado Sr. Saavedra, desprecia lo que dicha Ley establece. Así, en su artículo 9º que:

“La aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los Jueces, Tribunales y Autoridades Judiciales correspondientes, quienes adoptarán, de acuerdo con las Leyes Procesales en vigor y con carácter de urgencia, las decisiones pertinentes en cumplimiento de esta Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate.”,

Y continúa diciendo que:

¹² *Papon contra Francia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de Noviembre de 2001, y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006.

¹³ Auto del Tribunal Supremo en causa especial, de 7 de abril de 2010 dictado por el aquí querellado Sr. Varela.

“La amnistía se aplicará de oficio o a instancia de parte con audiencia, en todo caso, del Ministerio Fiscal. La acción para solicitarla será pública”.

Dicho articulado ha de ser puesto en relación con lo preceptuado en el siguiente artículo segundo:

“En todo caso están comprendidos en la amnistía: a) los delitos de, b) los delitos de ..., c) los delitos de ...d) los actos de expresión de opinión, e) los delitos y faltas ..., f) los delitos cometidos”

Pues bien, de la lectura conjunta de ambos preceptos se desprende que:

1º.- Para aplicar la Ley de amnistía de 1977, se habrán de determinar, con carácter previo, los delitos cometidos, así como la identidad de los inculpados. La aplicabilidad o no de la citada ley se deberá discutir inicialmente como artículo de previo y especial pronunciamiento, tal como establece el artículo 666.4º en relación con el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La aplicación, así, se debe producir en este primer momento procesal o en el último que podría ser, sin duda, el de la condena.

2º.- Para su correcta aplicación, la misma habrá de realizarse en el seno de un procedimiento penal y, jamás, fuera de él.

3º.- Para su correcta aplicación deberá realizarse, no sólo dentro de un proceso penal, sino con respeto a las normas procesales “en vigor”. Lo que debe entenderse como en “vigor” al momento de su aplicación por el Tribunal correspondiente.

4º.- El proceso deberá ser público. Ello implica la existencia tanto de un proceso como de su publicidad.

5º.- La medida se puede aplicar de oficio o a instancia de parte. Se deberá determinar, por ello, la “parte” a la cual se le permite solicitarla y, también, beneficiarse de tan criticable medida.

6º.- El artículo quinto de dicha Ley 46/1977 reenvía a los convenios internacionales vigentes al momento de su publicación. Ello nos conduce a la inclusión de las reglas contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y en el Convenio contra el Genocidio que están vigentes en España desde fecha anterior a la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Amnistía de 1977.

En conclusión, resulta evidente que los razonamientos realizados por el querellado Sr. Varela, siempre en el marco procesal creado por el querellado Sr. Saavedra descrito supra, implican un claro y manifiesto *“desconocimiento objetivo de leyes democráticamente aprobadas, como la Ley de amnistía 46/1977”* a las que hace alusión. La propia Ley, que ellos dicen estar protegiendo, establece unos cauces y condiciones procesales así como unos requisitos materiales para su aplicación. Ello conlleva, sin género de duda, la necesidad de una previa investigación, imputación, y procesamiento (como artículo de previo y especial pronunciamiento ex art. 666 LECrim) o, de no contarse con los elementos suficientes, esperar a la acusación, enjuiciamiento y posterior sentencia.

Ahora bien, sorprende que Magistrados-Jueces del Tribunal Supremo de España vengan a cuestionarse la validez o no de la Ley de Amnistía 46/1977 que, por cierto, al ser anterior a la promulgación y entrada en vigor de nuestro texto constitucional, habrá de entenderse derogada en todo aquello que es contraria a la Constitución – como bien ha ocurrido con muchas leyes después de la entrada en vigor del texto constitucional de 1978- y, específicamente, al contenido del Artículo 10.2 de la Constitución,

que habla sobre incorporación al ordenamiento español de los convenios y tratados internacionales suscritos por España así como a los derechos fundamentales allí reconocidos, convenios, en muchos casos, contrarios al espíritu y la letra de la propia Ley de Amnistía.

Entender que es de aplicación la Ley de Amnistía, sin previa investigación, procesamiento y posible enjuiciamiento, representa un desconocimiento deliberado de una norma que no se puede admitir en un Magistrado-Juez del Tribunal Supremo o, dicho de otra forma, es un indicio claro de criminalidad. Es impensable amnistiar a quien previamente no ha sido enjuiciado, o como mínimo procesado, porque tal circunstancia significaría un atentado a los propios derechos constitucionales del amnistiado, entre ellos, el de presunción de inocencia. Si se amnistía a alguien es porque, previamente y con las debidas garantías, ha sido encontrado culpable de un hecho objeto de tal perdón. No es admisible amnistiar sin antes establecer los hechos y sus responsables y, por tanto, el razonamiento del querellado Varela, en el marco procesal de indefensión absoluta de las víctimas del franquismo creado por el querellado Sr. Saavedra, no es más que un hecho penalmente relevante y sustentado en la ignorancia deliberada.

Resulta evidente que el querellado Varela tiene un entendimiento del Derecho que es ajeno al propio Ordenamiento. Y se sustenta, para ello, en los apoyos que le presta el co-querellado Sr. Saavedra, por vía de acompañamiento a sus resoluciones en otras dos Salas por él presididas así como de informaciones extraprocesales dadas sobre futuras resoluciones de la Sala (o no resolución) acerca de los conflictos de competencia en las otras dos Salas donde están residenciados.

No se cuestiona la independencia de ninguno de los dos querellados sino su alejamiento de la Ley como vínculo obligatorio y límite de sus resoluciones. Sorprende, por ello, que se pueda llegar a tan aberrantes conclusiones sobre la tan citada Ley de Amnistía de 1977. Tal es la malicia del querellado Varela que entiende que el orden de los factores no altera el producto. Si bien tal regla puede ser cierta, en gran medida, en el campo de las ciencias matemáticas, no lo es en las jurídicas – procesales y sustantivas- donde al alterarse el orden de los factores el producto se ve siempre afectado.

Dicho en otros términos, primero se debe establecer un hecho y su o sus responsables. A continuación subsumirlo en un derecho y, finalmente establecer una premisa condenatoria. Una vez alcanzado tal punto, podemos o no discutir si es de aplicación la Ley de Amnistía de 1977; subsidiariamente podríamos realizar como artículo de previo y especial pronunciamiento pero, para ello, también sería necesario establecer los hechos y sus presuntos responsables..

Pero hacerlo en el sentido de lo procesalmente preparado por el Sr. Juan Saavedra y dicho en el Auto de 7 de abril de 2010 por el Sr. Varela es no sólo erróneo jurídicamente hablando sino que, además, está hecho a sabiendas, pues representa una vía de generación de incontables injusticias y aberraciones jurídicas para mis representados y, en general, para millones de españoles víctimas de los crímenes del franquismo. Baste imaginar que por alguna razón del destino algún Juez decide de oficio aplicar la Ley de Amnistía de 1977 a una determinada persona que no hubiese cometido ninguno de los delitos objeto de dicha aberrante Ley, entonces ¿se habría aplicado la Ley o se habría, simplemente, enlodado la reputación y violado

el derecho a la presunción de inocencia de dicha persona? La respuesta es clara.

A pesar de lo que entiendan los aquí querellados, es evidente que el orden de los factores altera el producto, al menos en el ámbito del Derecho, y para conocer la aplicabilidad o no de la Ley de Amnistía (o incluso la de indulto) previamente habrá de determinarse la responsabilidad penal del afectado, no siendo ajustado a Derecho y sí muy contrario a éste, la aplicación general de una Ley cuestionable y cuestionada que habla de la extinción de la responsabilidad de “delitos”.

Sólo existe responsabilidad dimanante de un delito cuando así lo ha determinado una sentencia; antes de dictarse la misma lo que existen son hechos, punibles o no, pero delitos sólo existen los declarados por sentencia y eso, sin duda, lo sabe hasta un alumno de segundo de Derecho.

A los efectos de admisibilidad de esta querella debemos recordar a esta Excma. Sala que el Auto de 28 de enero de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico quinto reza que para admitir a trámite la querella es necesario que *“quede acreditado la verosimilitud de los hechos y la participación en ellos del querellado”*.

Pues bien, esta parte entiende, a tenor de lo anterior, que en la presente querella que se interpone se exponen algunos hechos indubitados, verosímiles el resto, penalmente relevantes todos, toda vez que el Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro, abusando de su posición como Magistrado-Juez Instructor de una de causa seguida contra el Ilmo. Magistrado titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, se aparta notablemente y de forma consciente del Derecho en su Auto de 3 de febrero de 2010.

Sobre la resolución de 7 de abril de 2010, qué duda puede caber que en la misma ha tenido que participar, mediante entrega de información no publicada o asesoramiento o cooperación necesaria, si se nos permite el término, por quien tiene la capacidad, por la posición que ocupa y las facultades ordenadoras del proceso en las tres Salas que hemos mencionado, de adelantar cuál va a ser el objeto, calendario procesal y criterio de las diversas Salas que están entendiendo de los hechos sobre los que se construyó la imputación al Sr. Garzón y base de esta querella. Es decir, D. Juan Saavedra Ruiz, que es quien preside las tres Salas y que, por tanto, tiene un conocimiento pleno de detalles de tales características que, aquí, adoptan el formato de “adelanto de fallo” o “preinformación” que permite deducir la razonabilidad de que ambos tienen establecida una estrategia de enjuiciamiento que permite incardinarn el comportamiento en la conducta típica, antijurídica y culpable apuntada al inicio de esta querella: la prevaricación, dicho siempre en estrictos términos de acusación y respetando el derecho a la presunción de inocencia de los aquí querellados, que la mantendrán incólume hasta su enjuiciamiento y condena, de ser el caso.

Pero, “*Resulta poco cuestionable la probabilidad de que...¹⁴*” los Magistrados-Jueces querellados “*...haya perpetrado los hechos objeto de este proceso. Tales hechos consisten en la adopción de las resoluciones que se han detallado¹⁵*” y, en todo caso, “*...a la hora de determinar si ha sido o no cometida prevaricación, el juicio de valor correspondiente sobre la corrección jurídica de las resoluciones del imputado es responsabilidad exclusiva y excluyente del Tribunal que ha de enjuiciarlo. Sin duda lo hará*

¹⁴ Auto del TS de fecha 7 de abril de 2010 en causa especial, dictado por el querellado Sr. Varela.

¹⁵ Idem

ilustrado por los argumentos de las partes al respecto, pero sin la intermediación de pericias jurídicas y, menos aún si cabe, de plebiscitos que son incompatibles con el ejercicio del la potestad jurisdiccional de un Estado democrático¹⁶” lo que implica que es procedente, no sólo la admisión a trámite de esta querella sino, sobre todo, el enjuiciamiento de estos hechos y que sea el Tribunal de enjuiciamiento quien resuelva si los hechos son o no constitutivos de un delito de prevaricación por parte de los dos aquí querellados.

Actuar en sentido contrario a como el propio querellado sugiere en su resolución de fecha 7 de abril de 2010, sería tanto como enviar un erróneo mensaje en vías de prevención general, toda vez que sería tanto como establecer que sólo pueden prevaricar aquellos jueces que no forman parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo o, peor aún, que sólo podrían prevaricar aquellos que discrepen de los criterios jurídicos o políticos de los Magistrados de la Sala Segunda de este alto Tribunal, la única competente en cuanto al delito de prevaricación, así sea sobre materias civiles, administrativas, sociales, penales o de la jurisdicción militar; dicho en otros términos, si ese es el criterio para actuar en casos de denuncias por prevaricación entonces ha de ser, también, el criterio a actuar respecto a los hechos imputados en esta querella.

DILIGENCIAS QUE SE INTERESAN

Ya desde este momento inicial del procedimiento, solicitamos las siguientes diligencias, sin perjuicio de las que más adelante podremos solicitar en el transcurso de la investigación:

¹⁶ Idem

1º- No es necesaria la ratificación de la presente querella por aportarse poder especial para poder querellarse por los delitos antes reseñados.

2º- Interrogatorio de los querellados:

- i. Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, Magistrado-Juez Presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con domicilio conocido para esta parte en la Sala Segunda del Tribunal Supremo y
- ii. Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro Magistrado-Juez de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con domicilio conocido para esta parte en la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

3º- Testifical:

- i. Ilmo. D. Baltasar Garzón Real, Magistrado Juez titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5. al ser el principal afectado de las resoluciones y actuaciones de los querellados y quien mejor puede ilustrar sobre el proceder de los mismos,
- ii. Excmo. Sr. D. Javier Zaragoza, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional. como fue quien inició el proceso de recursos en contra de las resoluciones del Ilmo. Sr. Garzón y de las que surge la imputación hacia éste, resulta de relevancia para establecer puntos relevantes de los hechos en que sustentan sus resoluciones los aquí querellados,
- iii. Ilmo. Magistrado D. José Ricardo de Prada Solaesa, adscrito a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Magistrado que discrepó de la resolución de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y que sobre su posición jurídica bien puede ilustrar la existencia de un debate jurídico determinado y, sobre todo unos hechos divergentes a los esgrimidos por los aquí querellados,

- iv. Ilmo. Magistrado D. Ramón Sáez Valcárcel, adscrito a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuya declaración se solicita por los mismos motivos que la anterior testifical.
- v. Ilma. Magistrada Doña Clara Bayarri, adscrita a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuya declaración se solicita por los mismos motivos que la anterior testifical.
- vi. Ilmo. Magistrado-Juez Don Santiago Pedraz, Magistrado Juez del Juzgado Central de Instrucción Número 1 de la Audiencia Nacional, cuya declaración se solicita para determinar la autoría de una de las resoluciones que utiliza el querellado Sr. Varela para imputar el delito de prevaricación al Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón Real.

4º- Pericial: que se cite a declarar en calidad de peritos a los siguientes y reconocidos expertos en la materia:

- i. Roland Gamarra, en su condición de abogado experto en derecho internacional. Es abogado defensor de la parte civil en el caso “Fujimori” (Perú) y en casos relevantes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“la Cantuta”, “Barrios Altos” y otros ante la CIDH. Es, además, Secretario General de la Coordinadora de Derechos Humanos de Perú. Puede ser citado en la Embajada de Perú en España, C/ Pezet y Monel nº 2467, Lima 14, Perú]
- ii. Cecilia Medina, en condición de juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que puede ser citada a través de esta representación,

4º- Documental:

- i. Copia del Auto de 3 de febrero de 2010, causa especial nº 20048/2009
- ii. Copia del Auto de 7 de abril de 2010, Causa Especial nº 20048/2009
- iii. Copia de providencia de 29 de Septiembre de 2.009 en Recurso nº 006/0020380/2009 (cuestión de competencia)
- iv. Copia de Providencia de 1 de Julio de 2.009 en Recurso nº 006/0020380/2009 (cuestión de competencia)
- v. Que se dirija atento oficio a la Sala Segunda del Tribunal Supremo a fin de que remita testimonio íntegro de las causas en la que se han dictado las resoluciones base de la presente querella: Causa Especial nº 20048/2009 y Recurso nº 006/0020380/2009 (cuestión de competencia y acumuladas)
- vi. Que Se dirija atento oficio al Juzgado Central de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional para que remitan a esta Excma. Sala copia testimoniada del procedimiento en que se dictaron las resoluciones objeto de imputación por parte de los aquí querellados tal cual vienen señaladas en el cuerpo de este escrito.

En su virtud,

SOLICITO A LA SALA DEL ARTÍCULO 61 DEL TRIBUNAL SUPREMO: Que teniendo por presentado este escrito de querella junto con las copias y los documentos que se acompañan, se sirva admitirla y acuerde practicar las diligencias solicitadas en el cuerpo de este escrito.

Es Justicia que pido en Madrid, a 12 de Abril de 2.010.

OTROSÍ DIGO: Esta parte se compromete en breve a aportar poder original, que será especial para querella por delito de prevaricación contra los querellados, a fin de subsanar el defecto formal contenido en los poderes cuyas copias se adjunta.

Así, SOLICITO: que teniendo en cuenta que esta parte aportará poder especial, a fin de subsanar el defecto formal observado, en aras de admitir a trámite la querella presentada, se sirva admitirlo y acuerde de conformidad a lo interesado concediéndosenos un plazo para la aportación de los mismos.

Por ser Justicia que pido en lugar y fecha *ut supra*.

Javier Fernández Estrada

Procurador