

22 ABR 2010
12-11

Causa Especial 20048/2009

10959

Magistrado Instructor: Excmo. Sr. D. Luciano Varela Castro

Secretaria Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON JOSÉ CARLOS PEÑALVER GARCERÁN⁵¹, Procurador de los Tribunales y del Sindicato de Funcionarios "MANOS LIMPIAS", y de la asociación civil **LIBERTAD E IDENTIDAD**, cuyas circunstancias constan acreditadas en el procedimiento de referencia comparece y como mejor proceda en Derecho, respetuosamente, **DICE**:

Que en virtud de Auto de 7 de abril de 2010, se ha dispuesto que ha lugar a proceder contra D. Baltasar Garzón Real por los hechos que motivaron el inicio de la presente causa, y dentro del plazo de diez días conferido, por medio del presente escrito venimos a solicitar la **APERTURA DE JUICIO ORAL**, formalizando **ESCRITO DE ACUSACIÓN** contra **DON BALTASAR GARZÓN REAL** por un presunto delito de **PREVARICACIÓN** en concepto de autor indicando las siguientes

CONCLUSIONES PROVISIONALES

I HECHOS PUNIBLES

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

Las denuncias ponían en conocimiento del Juzgado que el 17 de julio de 1936 se había producido en España lo que alguna de aquellas denominó "sublevación militar" a

Pág. 11
del Auto

la que siguió, entre otras consecuencias, la causación de muertes y la desaparición de multitud de personas como consecuencia de un plan preconcebido y sistemático de eliminación de enemigos políticos.

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

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

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

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

Pág. 12 del
Auto

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

En lo anterior coincidieron sustancialmente las seis primeras denuncias presentadas en diciembre de 2006, que dieron lugar a la incoación de las diligencias previas. La presentada por la "Asociació per a la recuperació de la memoria històrica de Catalunya", aunque concluyó con una genérica petición de averiguación y punición de los hechos, advirtió previamente que de lo que se trataba era "requerir a la Administración de Justicia para que asuma un papel activo en la localización de las

fosas, exhumaciones, identificación de restos y restitución a sus familiares...". La denuncia de la Asociación por la Recuperación de la Memoria Histórica en Aragón" no ocultó que, además de la "averiguación y comprobación" lo que requería era que se instara a los poderes públicos "la implantación de un órgano independiente que conozca, coordine, dirija y practique cuantas diligencias sean necesarias para reparar legalmente a las familias, que han requerido nuestra intervención, teniendo en cuenta que dichas familias no cuentan con los medios necesarios..."

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

Pág. 13
del Auto

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

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

III. Diligencias de trámite. El Auto de 19 de diciembre de 2006 dio traslado de las Diligencias al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia, si bien de forma previa interesaba la ratificación de las denuncias presentadas. A partir de dicho momento, se inicia un largo periodo en el que el Magistrado se limita a tener por hechas ratificaciones u ordenar que se practiquen otras en relación a nuevas denuncias, que,

alcanzan la cifra de quince más antes de la resolución del 16 de octubre de 2008, a la que después nos referiremos. (Folios 80 a 120 del Tomo I, Rollo de Sala).

Pág. 13
del
Auto

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

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

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

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

Pág. 14
del Auto

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

El Ministerio Fiscal en Informe de fecha 29 de enero de 2008, presentado el día 01 de febrero de 2008 entendió, que no procedía admitir a trámite las denuncias, advirtiéndole que la Audiencia Nacional carecía de competencia para conocer de las mismas y que la tipificación de los delitos de lesa humanidad no era susceptible de

Pág. 14
del Auto

aplicación retroactiva (con referencia de la Sentencia del TS de 1 de octubre de 2007). Añade que la Ley de Amnistía es aplicable en toda su amplitud y que no cabe atribuir competencia a la Audiencia Nacional, ni siquiera *ex delicto laesa humanitatis* no incluido en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado que no era tampoco aplicable el fuero por persecución universal, ya que los delitos denunciados se habrían cometido en España. (Folios 89 a 94 Tomo I, Rollo de Sala).

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

Pág. 14 del
Auto

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

Pág. 15 del
Auto

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

Para ello que estima necesario conocer:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- Dirección General de los Registros y del Notariado recabando informe sobre documentación eventualmente existente en dicho centro sobre las mismas *desapariciones*, interesando que comunicaran el deber de facilitar el acceso de la Policía

Judicial a designar por el Juzgado a todos y cada uno de los Registros Civiles de España;

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

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

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

- Solicitó nuevamente datos de los *fondos documentales* que especifica (fondos judiciales de los Tribunales de Justicia de Madrid desde 1936, fondos del antiguo Ministerio de la Gobernación referidos a traslados de restos al Valle de los Caídos, listados de exhumaciones de restos en los fondos del Gobierno Civil de Madrid, documentos referidos a Jurisdicciones especiales, fondo documental de Auxilio social y relativos a la Organización sindical) al Archivo General de la Administración;

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

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

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

Pág. 18 del
Auto

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

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

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

VII. Auto de asunción de competencia. El 16 de octubre de 2008 (Folios 121 a 188 Tomo I, Rollo de Sala) el Juez Instructor acusado dictó Auto acordando 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;

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

d) simultáneamente, adopta resoluciones por las que *autoriza*, ya desde ese mismo momento, determinadas exhumaciones, cuya práctica *regula* bajo el enunciado de determinados principios, y, en cuanto a otras, decide dirigirse a la Presidencia de la

Pág. 20
del Auto

Junta de Comunidades de Castilla-la Mancha recordándole la obligación de cooperar, y a la Junta de Extremadura, Diputación de Badajoz, Universidad de Extremadura y Ayuntamiento de Mérida requiriéndoles información y colaboración. Asimismo recaba información sobre otros datos concretos, algunos tendentes a *decidir si suprime la construcción* de 119 viviendas en La Palma del Condado de Huelva o el *derribo* de la cárcel de Carabanchel.

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

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

Pág. 18
del Auto

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

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

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

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

En su fundamento Jurídico Séptimo, el magistrado expone lo que denomina “escollos” a la tramitación de la causa, entre los que cita la irretroactividad, la

competencia o la aplicación de la Ley de Amnistía. Sobre esta última, en el fundamento jurídico Decimoprimer, toma en consideración el acusado el archivo de las Diligencias Indeterminadas 70/1998, tramitadas y resueltas por el mismo Magistrado, pero ofreciendo ahora una justificación absolutamente dispar con lo resuelto en su día.

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

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

Pág. 21
del Auto

Así, pese a no concurrir ningún dato nuevo, decide el querellado **transformar el procedimiento** seguido hasta entonces para seguir en adelante el que regula el Sumario Ordinario, dictando el correspondiente Auto de transformación con fecha **17 de octubre de 2008** (folio 230 Tomo I, Rollo de Sala), provocando así que ningún recurso pueda dirigirse previamente a la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional, por cuanto que el régimen de recursos devolutivos de tal tipo de procedimiento exige la interposición de la previa reforma, que demora la decisión de aquellos.

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

1. Planteamiento general del recurso. La esencia de la función jurisdiccional en un Estado de Derecho no es otra que la aplicación y la interpretación de las leyes para llegar a la solución prevista por el ordenamiento jurídico, la cual debe desarrollarse sin prejuicios previos que condicionen ese proceso de subsunción del hecho en la norma. No es aceptable, por tanto, que el órgano judicial predetermine el resultado -y en cierta forma ya lo había hecho al practicar diligencias que suponían una aceptación implícita de la competencia- y adapte todo el proceso de aplicación e

interpretación de las normas a la consecución de ese resultado previamente determinado, salvando de esta manera "los escollos" (expresión que emplea el fundamento jurídico 7º del auto) impeditivos de una aplicación racional del ordenamiento jurídico. Es ésta, sin duda, una situación que podría producir efectos invalidantes del auto al incurrir en vicio generador de nulidad de pleno derecho en los términos que establece el art. 6.3 y 4 del Código Civil y el art. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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

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

2º. Se ha evitado la aplicación de las normas de prescripción a hechos delictivos perpetrados en el mejor de los casos hace casi 60 años, y se utiliza como norma de cobertura el tipo penal sobre el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima, para concluir con una singular interpretación de las normas de prescripción de ese delito, cuando es público y notorio que las víctimas fueron ejecutadas entonces, y que en consecuencia nos encontramos manifiestamente ante delitos de asesinato, circunstancia que puso fin a la situación ilícita de privación de libertad (requisito que contempla el art. 132 para el inicio del cómputo de la prescripción).

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

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

para la instrucción y enjuiciamiento de los mismos correspondería al Tribunal Supremo.

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

Pág. 20
del Auto

Pero más revelador es que la *averiguación de las circunstancias de su desaparición y muerte* se indique en el oficio que se *tendrá en su labor de localización y sistematización de víctimas*, expresión que revela la jerarquización de objetivos.

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

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

Pág. 21 del
Auto

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

decidiera revocar o detener la actuación que el Juzgado Central nº 5 ya había desplegado.

La Sala Penal de la Audiencia Nacional decide, sin embargo, el día 7 de noviembre requerir al Juez Central núm. 5 para que *paralice todas las actuaciones acordadas en el sumario, y en particular las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres en tanto no se resuelva la cuestión de la competencia*, cuya efectividad se ve demorada por una pregunta que el sustituto del querellado decide elevar a la Sala y cuya respuesta deja sobre la mesa en proveído del día 14 de noviembre.

Pág. 22
del Auto

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

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

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

Pág. 22 del
Auto

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

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

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

Pese a la inhibición acordada a motu proprio a favor de los distintos Juzgados de Instrucción, el Magistrado aún dictó otras resoluciones dirigidas a sostener la instrucción en la forma adoptada y decidida por el mismo, forzando la continuación de

las funciones asignadas a la comisión de expertos y al Grupo de Policía integrado por funcionarios de la Comisaría General de la Policía. Así puede citarse el Auto de 28 de noviembre de 2008 (Folios 417 a 418 Tomo I, Rollo de Sala).

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

Pág. 22 del
Auto

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

II CALIFICACIÓN

Los hechos relatados constituyen un delito continuado de Prevaricación del artículo 446.3º, en relación con el artículo 74.1, ambos del código penal.

III AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

El acusado es responsable de los hechos en concepto de autor, conforme al art. 28 CP.

IV CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

No concurre ninguna circunstancia modificativa de responsabilidad.

V PENAS

Por los delitos cometidos procede imponer al acusado la pena de 24 meses de multa, a razón de 30 euros al día, así como una pena de veinte años de inhabilitación especial para empleo o cargo público, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación Popular

VI RESPONSABILIDAD CIVIL

El acusado deberá responder civilmente de los daños causados como consecuencia de la apertura indebida de un procedimiento penal para el que en ningún caso contaba de competencia, en la cuantía que deberá ser determinada de forma anticipada a la celebración de la vista oral, a cuyo efecto deberán ser requeridos mediante atento oficio el Servicio de Intervención del Estado, La Secretaría del Juzgado Central de Instrucción Número 5 y la Dirección General de la Policía y que habrá de comprender en todo caso:

- Gastos del contrato suscrito con empresa privada “Mnemo” para la elaboración de una base de datos y escaneo de la causa y documentos adjuntos a la misma, así como los gastos derivados de la actuación de los peritos designados en el Auto de 22 de octubre de 2008.
- Gastos derivados de la adscripción a la instrucción de una Comisión Especial compuesta por 10 funcionarios de la Comisaría general de la Policía Judicial, designados mediante Auto de 29 de octubre de 2008.
- Gastos derivados de los abonos realizados o pendientes a los miembros del Grupo de Expertos designado en la causa (Auto de 30 de octubre de 2008).

VII FIANZA

Para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias incluyendo las costas de las acusaciones populares, se exigirá la prestación de una fianza de sesenta mil euros.

VIII COSTAS

Se solicita expresa condena en cosas que habrá de cubrir necesariamente los gastos derivados del ejercicio de la Acusación Popular.

IX MEDIOS DE PRUEBA

Para el juicio oral, esta parte propone la práctica de las siguientes pruebas:

1º.- INTERROGATORIO DEL ACUSADO, cuyas circunstancias personales obran en autos.

2º.- DOCUMENTAL, consistente en la lectura de todo lo actuado, y en concreto de los folios:

- a) De la Pieza de Instrucción: (Tomo I) 2 a 61, 86 a 186, 277 a 288, 354 a 359, 370 a 385, 398; (Tomo II): 435 a 438, 484 a 485, 671 a 721.
- b) Del Rollo de Sala: (Tomo I) 1 a 27, 69 a 75, 77 a 79, 80 a 81, 82 a 94, 95 a 228, 230 a 246, 248 a 250, 252 a 257, 265 a 418, 421 a 428, 431 a 440, 446 a 449, 454 a 469.
- c) De la pieza acumulada (3/20153/2009), no foliada, querella y ocumentos adjuntos.

3º.- MÁS DOCUMENTAL, consistente en la lectura de los Tomos I a XIV de la pieza correspondiente a las Diligencias Previas 399/2006 y la pieza de Diligencias Indeterminadas 70/1998, ambas testimoniadas y procedentes del Juzgado Central de Instrucción número 5.

4º.- PRUEBA ANTICIPADA, Que se requiera por la Sala mediante atento oficio a los siguientes organismos a los efectos de quedar acreditado en Autos el importe de los gastos derivados de la instrucción indebida:

- Al Servicio de Intervención General de la Administración del Estado- Ministerio de Economía y Hacienda, así como al órgano de Intervención equivalente del Ministerio de Justicia, a los efectos de remitir información de los gastos que hayan sido generados desde el Juzgado Central de Instrucción Número 5, como consecuencia de las actuaciones realizadas en la causa de Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 399/2006 (posterior Sumario 53/2008), incluyendo gastos de personal interno y externo, contratos suscritos con empresas privadas (“Mnemo”) y Peritos y expertos asignados a la misma.
- A la Secretaría del Juzgado Central de Instrucción Número 5, a los efectos de remitir información de los gastos que hayan sido generados desde el Juzgado Central de Instrucción Número 5, como consecuencia de las actuaciones realizadas en la causa de Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 399/2006 (posterior Sumario 53/2008), incluyendo gastos de personal interno y externo, contratos suscritos con empresas privadas (“Mnemo”) y Peritos y expertos asignados a la misma, en especial los gastos del contrato suscrito con empresa privada a la que le fue encargada la elaboración de una base de datos y la digitalización de la causa y documentos acompañados por las partes denunciadas.
- A la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, para que remitan la estimación (conforme a salario y retenciones), de los gastos correspondientes al equipo de agentes de policía asignados de forma exclusiva a la instrucción de las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado 399/2006 (posterior Sumario 53/2008), con indicación del número total de días laborables dedicados en exclusiva al desempeño de tales funciones y el criterio utilizado en la determinación del gasto.

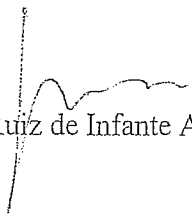
Por lo dicho,

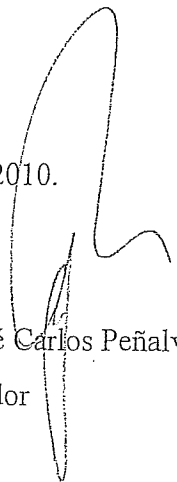
SUPlico A LA SALA: Que teniendo por presentado este escrito, se digne admitirlo, teniendo por formalizada la petición de apertura de juicio oral y por efectuada la calificación provisional.

PRIMER OTROSI DIGO: Que no habiéndose fijado ni prestado fianza por el responsable de los hechos,

SUPlico A LA SALA: Que acuerde la fijación de una fianza para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias incluyendo las costas por un importe de sesenta mil Euros.

Por ser de justicia lo pido en Madrid a 15 de abril de 2010.


Fdo. Joaquín Ruiz de Infante Abella
Abogado


Fdo. José Carlos Peñalver Garcerán
Procurador