

En la Villa de Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil doce.

Visto en juicio oral y público y en única instancia la presente Causa Especial núm. 3/20048/2009, tramitada por el Procedimiento Abreviado y seguida ante esta Sala por delito de prevaricación judicial, contra el acusado D. Basilio, titular del D.N.I. número ...-X, nacido en Torres (Jaén) el 26 de octubre de 1955, hijo de Ildefonso y de María, y con domicilio profesional en Madrid, calle G., s/n, de profesión Magistrado, sin antecedentes penales, solvente y en libertad provisional en estas actuaciones en las que no consta haya estado privado de la misma en ningún momento, representado por la Procuradora D^a Virginia Aragón Segura y defendido por el letrado D. Gonzalo Martínez Fresneda; y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal en la representación que ostenta, en el ejercicio de la acusación popular el Sindicato de Funcionarios Públicos "Manos Limpias" y la Asociación Civil Libertad e Identidad, representados por el Procurador D. José Carlos Peñalver Garcerán y defendidos por el Letrado D. Joaquín Ruiz de Infante Abella.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- La presente causa se incoó en virtud de querrela formulada por la representación del Sindicato de Funcionarios Públicos "Manos Limpias", a la que se acumuló la causa 3/ 20153/2009 incoada por los mismos hechos, en virtud de querrela de la representación de la Asociación Civil Libertad e Identidad, en ejercicio de la acción popular, contra el que después sería imputado, en las que tras referir los hechos que imputaban al mismo y entender constituían delito de prevaricación, terminaron suplicando su admisión a trámite y la práctica de las pruebas que en tales escritos se proponían.

SEGUNDO.- La Sala Segunda del Tribunal Supremo, a quien correspondía por el fuero del querrellado el conocimiento de los hechos expuestos en la mencionada querrela, dicto auto el 26 de mayo de 2009, en el que acordó declararse competente para la instrucción y, en su caso, el enjuiciamiento de esta causa; admitiendo a trámite la querrela y designando instructor. Contra la referida resolución formuló recurso de súplica la representación del querrellado y se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la representación del querellante.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente y por escrito de 8 de junio de 2009 interesó la estimación del recurso de súplica formulado contra el auto de 26 de mayo y se sustituya por otro que acuerde la inadmisión a trámite de la querrela presentada.

La representación del querellante, por escrito de 7 de junio de 2009, formuló oposición al recurso planteado, interesando la confirmación en todos sus extremos del auto recurrido.

CUARTO.- Por auto de 15 de junio de 2009 se acuerda la desestimación del recurso de súplica formulado contra el anterior de 26 de mayo que íntegramente se confirma.

QUINTO.- Que por auto de fecha 7 de abril de 2010 del Magistrado de Instrucción se acuerda la prosecución de la causa por los trámites de los arts. 780 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contra el querellado D. Basilio, por el presunto delito de prevaricación. Acordándose dar traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal y a la acusación popular para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa, o, excepcionalmente, la práctica de las diligencias complementarias, para los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 780 de la LECrm.

SEXTO.- Que por auto del Magistrado Instructor de la presente causa de fecha 11 de mayo de 2010, se acordó la apertura del juicio oral contra el acusado D. Basilio.

SÉPTIMO.- La acusación popular, en igual trámite, calificó los hechos como constitutivos de un delito de prevaricación y estimó responsable del delito citado al acusado D. Basilio, sin concurrencia en los hechos de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pidió se le impusiere al acusado pena de multa de 24 meses, a razón de una cuota de 30 euros por día y la pena de inhabilitación especial para empleo y cargo público por un periodo de 20 años, accesorias y costas.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa se dicte auto de sobreseimiento libre por no estimar existencia de delito y en modo alguno de delito de prevaricación del art. 446.3 del Código Penal, en base a las consideraciones que obran en el escrito que figura unido a las presentes actuaciones.

NOVENO.- El 24 de enero de 2012 se señaló para la práctica de las cuestiones previas interesadas por la defensa en su escrito de 17 de junio de 2010, habiendo sido resueltas el siguiente día 31 de enero.

DÉCIMO.- En el acto del Juicio Oral la acusación popular modificó su escrito de conclusiones provisionales con incorporaciones puntuales, mediante escrito presentado en el acto de Juicio Oral, manteniéndose los demás extremos en su totalidad. Tanto por la defensa como por el Ministerio Fiscal se elevaron a definitivas las conclusiones provisionales.

UNDÉCIMO.- Habiéndose señalado y así se declara para el inicio de la celebración de la vista y posterior deliberación el pasado 24 de enero de 2012. La vista se desarrolla según las previsiones legales y finaliza el 8 de febrero de 2012.

DUODÉCIMO.- Las deliberaciones se han mantenido hasta la fecha con la incorporación de un voto particular concurrente emitido por el Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar y un voto particular disidente del Excmo. Sr. José Manuel Maza Martín.

HECHOS PROBADOS

El 14 de diciembre de 2006, distintas personas físicas y asociaciones que aglutinaban a familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil española y los años de posguerra, presentaron ante la Audiencia Nacional escritos de denuncia en las que ponían en conocimiento del Juzgado tales hechos y que desconocían, hasta la fecha de la denuncia, su situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias de su fallecimiento. Asimismo, exponían su derecho a saber y solicitaban la tutela judicial para el descubrimiento de la verdad, la práctica de las actuaciones necesarias y procedentes para la localización e identificación y, si fuera posible, la entrega a sus familiares para testimoniar su respeto y honra.

Durante los dos años siguientes a la recepción de las denuncias, el juzgado ... de instrucción núm. ..., a quien fueron turnadas, las registró e incoó un proceso penal (Diligencias previas 399/2006, luego transformadas en Sumario 53/2008) y se limitó a disponer la ratificación de las denuncias por quienes parecían como representantes de las asociaciones que denunciaban. En el auto incoado expresa el carácter presuntamente ilícito que presentaba lo denunciado. Esa demora en la tramitación de la causa dio lugar a la interposición de denuncias, ante el Consejo General del Poder Judicial contra el Magistrado titular del Juzgado ... núm. ..., D. Basilio, magistrado acusado en el presente procedimiento, al que se imputaba un retraso en la resolución y tramitación de las diligencias previas incoadas.

El magistrado solicita informe al Ministerio fiscal sobre competencia, que lo emitió el 29 de enero de 2008 expresando su criterio negativo sobre la competencia del Juzgado ... basándose en la siguiente consideración: “La imprescriptibilidad no se aplica a los hechos denunciados, en razón a que estos solo pueden ser calificados como delitos comunes de acuerdo con los tipos penales contemplados en el Código penal de la época, y en la medida en que la Ley penal no puede ser de aplicación retroactiva”. Añade a esa consideración la derivada de “la aplicación de la Ley 46/1977 de Amnistía por tratarse de delitos comunes”.

Con fecha 16 de octubre de 2008, el magistrado dicta un auto en el que asume la competencia para el conocimiento de los hechos. En esta resolución dispone cuál es el objeto de la instrucción que acomete: “Quienes se alzaron o rebelaron contra el gobierno legítimo y cometieron, por tanto, un delito contra la Constitución entonces vigente y contra Altos Organismos de la Nación, indujeron y ordenaron las previas, simultáneas y posteriores matanzas y detenciones ilegales sistemáticas y generalizadas de los opositores políticos y provocaron el exilio forzoso de miles de personas. A fecha de hoy se desconoce el paradero de esos detenidos”. Añadiendo que la calificación jurídica que se acoge es la de “un delito permanente de detención ilegal, sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá delitos contra las personas y contra Altos Organismos de la Nación”.

También fija el ámbito temporal de su indagación judicial señalando tres épocas de investigación: “la represión masiva a través de los Bandos de 17 de julio de 1936 a

febrero de 1937; la de los Consejos de Guerra, desde marzo de 1937, hasta los primeros meses de 1945; y la acción represiva desde 1945 hasta 19522.

En la misma resolución señala la existencia de lo que considera dificultades (“escollos”) en la investigación judicial que comienza y concreta en la irretroactividad de la ley; la consideración de delitos permanentes especialmente del delito de detención ilegal; la aplicación de la ley de amnistía; la competencia del juzgado y la identificación de las personas responsables; y la protección a las víctimas. Sobre cada uno de estos extremos desarrolla una motivación. Anticipa la pérdida de su competencia “una vez certificada oficialmente la defunción de todos los altos responsables”.

Este Auto fue recurrido por el Ministerio fiscal interesando su nulidad ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 20 de octubre de 2008. Se cuestionaba, precisamente, el contenido argumental de cada uno de los “escollos” que el magistrado instructor había fijado como desarrollo de su argumentación. El 18 de noviembre siguiente, una vez que la policía judicial aportó documentación acreditativa del fallecimiento de las 35 personas contra las que se dirige la investigación, el magistrado acuerda la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de las personas imputadas respecto a los delitos que investigaba y acuerda inhibirse en favor de los juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

El recurso interpuesto por el Ministerio fiscal fue resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el 2 de diciembre de 2008 argumentando que: “esta resolución no afecta al legítimo derecho de las víctimas de la guerra civil -todas- y la dictadura del general Franco, de recuperar los restos de sus seres queridos, dignificarles y honrar su memoria...”.... “la Audiencia Nacional y, por lo tanto, el Juzgado ... de instrucción núm. ... carecen de competencia objetiva para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La causa que se incoa en el Juzgado ... de instrucción núm. ..., cuyo titular era el acusado D. Basilio, tiene su origen en unas denuncias presentadas por Asociaciones para la recuperación de la memoria histórica de varios territorios en las que, como hemos declarado probado, ponen en conocimiento del Juzgado la desaparición de familiares sin conocer la verdad de los hechos acaecidos, el lugar de fallecimiento y de su enterramiento, y solicitan la tutela judicial para la exhumación e identificación de los cadáveres y así poder honrarlos y homenajearlos.

Esta pretensión, legítima en su planteamiento de demanda de tutela, no podía ser atendida en su integridad, pues debe quedar fuera de la respuesta la pretensión relativa a los denominados juicios de la verdad, esto es, aquellos que pretenden una indagación judicial sobre unos hechos, con apariencia de delictivos, respecto a los que se sabe que no es posible que el proceso concluya con la declaración de culpabilidad de una persona, al concurrir una causa de extinción de la responsabilidad penal,

muerte, prescripción o amnistía. Por lo tanto, en estos casos, los denominados juicios de la verdad pretenden una reconstrucción parcial de unos hechos, sin intervención del imputado.

El sistema español diseñado en la Ley procesal penal se articula en torno a un proceso depurador de responsabilidades penales con un objeto preciso: la reconstrucción de un hecho que reviste características de delito y la averiguación de su autor, a fin de imponer las consecuencias jurídicas previstas en el Código penal, dentro del marco de garantías propias del sistema penal en un Estado democrático. Ese objeto del proceso penal se inicia con una actividad instructora, de naturaleza administrativa y jurisdiccional, dirigida a la preparación del juicio oral, mediante la práctica de una serie de actuaciones para averiguar y hacer constar la perpetración de delitos, con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos (art. 299 ley procesal penal).

No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena. Ello implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la ley procesal establece y le garantiza (art. 118 y ss de la ley procesal penal).

Sin embargo, desde las denuncias, y quizás también desde la instrucción, no se perseguía exactamente la incoación de un proceso penal dirigido a depurar responsabilidad penal contra las personas determinadas, o susceptibles de ser determinadas en la instrucción judicial, por hechos que revisten apariencia de delito. Más bien, se pretendía mediante la demanda de tutela judicial la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que el familiar respectivo falleció, en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes. Esa pretensión de las víctimas, aunque razonable, no puede ser dispensada por el sistema penal, pues no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones.

Como hemos señalado, el proceso penal tiene una misión específica: hacer recaer un reproche social y jurídico sobre quien resulte responsable de un delito. El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal y solo tangencialmente puede ser satisfecho. Las exigencias de contradicción efectiva, de publicidad, de igualdad de partes, de oralidad, la disciplina de garantía de la prueba, el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, etc., como notas características del sistema penal de enjuiciamiento, se compaginan mal con la declaración de la verdad histórica de un hecho tan poliédrico como el de la guerra civil y la subsiguiente posguerra.

Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo a las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados. El método de

investigación judicial no es el propio del historiador. En definitiva, si son patentes las diferencias entre memoria e historia, también lo son las que existen entre ésta y las resultantes de una indagación judicial realizada con una finalidad distinta de la que persigue el historiador.

La búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria. Corresponde al Estado a través de otros organismos y debe contar con el concurso de todas las disciplinas y profesiones, especialmente a los historiadores. Pero no corresponde al juez de instrucción, cuya función aparece definida en la ley procesal con un objeto de indagación que se va concretando en el devenir procesal y ve limitado su ejercicio por las normas que rigen el proceso penal y el derecho penal sustantivo. Es preciso un hecho con apariencia de delito y un posible imputado vivo.

Los métodos de indagación del juez de instrucción no tienen nada que ver con el proceso investigador del historiador. No procede mezclar la verdad histórica con la forense, pues la histórica es general e interpretable, no está sometida a la perentoriedad de términos y plazos y, con frecuencia, precisa de cierta distancia temporal para objetivar su análisis. La judicial, por el contrario, se constriñe a un hecho, impone unas consecuencias con carácter coercitivo, está sometida a requerimientos temporales y formales y es declarada con observancia de las garantías propias y se refiere a la depuración penal de una responsabilidad exigida desde una acusación.

SEGUNDO.- En nuestro sistema de enjuiciamiento penal es preciso tener en consideración las causas de extinción de la responsabilidad penal. En determinados casos, el legislador ha dispuesto que, pese a la posible existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, la responsabilidad penal no puede ser declarada. Son los previstos en el art. 130 del Código penal, esto es y en lo que ahora interesa, la muerte del reo y la prescripción del delito; también la amnistía, según estaba previsto en el art. 112.3 del Código penal de 1973. Se trata de supuestos en los que el Estado, a través de la ley, dispone limitaciones a la actuación jurisdiccional por extinción de la responsabilidad penal.

TERCERO.- El auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución. Ahora bien, como desarrollaremos, el delito de prevaricación no se produce por la aplicación errónea del derecho sino por dictar, a sabiendas, una resolución injusta. El error del magistrado instructor ha sido corregido en vía jurisdiccional por el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y a esa resolución ha de estarse por emanar del órgano jurisdiccional competente para esa declaración.

La contradicción al Derecho tiene su método de corrección a través del sistema de recursos establecidos en la ley procesal para ajustar la resolución a la ley. La prevaricación supone, por lo tanto, algo más que la errónea aplicación del Derecho y ese "plus" se encuentra en la injusticia de la resolución.

1.- Analizaremos los errores que consideramos se han producido en el auto, bien entendido que, en realidad, existe un error en la tipificación de los hechos que, como consecuencia del mismo, arrastra otros.

En primer lugar, la calificación de los hechos. El Auto de 16 de octubre de 2008 no llega a calificar los hechos como delito contra la humanidad. Califica los hechos como delito permanente de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima “en el marco de crímenes contra la humanidad”. Con esta construcción formal pretendía salvar los problemas de retroactividad, de imprescriptibilidad y de prohibición de la amnistía (vid. págs. 20 y ss del auto). Esto es, sin realizar una subsunción en el delito contra la humanidad le otorga sus consecuencias. En esta aparente calificación emplea el término “marco”, y también el de “contexto”, expresiones que fueron reiteradamente repetidas en el juicio oral para enmarcar esa calificación jurídica en los propios términos empleados en la Sentencia de esta Sala conocida como “caso Scilingo”, STS 798/2007, de 1 de octubre. En los dos autos, tenidos como presupuesto de la prevaricación, se argumenta que la Sentencia de esta Sala 798/2007, precisamente por atender a unos hechos criminales, asesinatos, torturas, etc..., en el contexto de un delito contra la humanidad, justifica la perseguibilidad de los hechos. Ubicado en ese “contexto” el auto de 16 de octubre extrae unas consecuencias que sólo podría realizar desde una efectiva y clara subsunción en el delito contra la humanidad.

Sin embargo, una atenta lectura de la Sentencia de esta Sala en la que se apoyan los autos dictados por el magistrado acusado no permite la interpretación mantenida. En esta resolución se reitera la vigencia, como no podía ser de otra manera, del principio de legalidad y sus exigencias de *lex previa*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta* y se afirma, categóricamente, que no es de aplicación el art. 607 bis del Código penal incorporado a nuestro Código el 1 de octubre de 2004. Por ello, casa la sentencia de la Audiencia Nacional en este concreto apartado. Además razona, frente al argumento de la Audiencia de origen, que en orden a la aplicación del Derecho Internacional Penal “es necesaria una precisa transposición operada según el derecho interno, al menos en aquellos sistemas que, como el español, no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales”. En este sentido, la Constitución española prevé, en los arts. 93 y siguientes, la forma de incorporación al derecho interno de los Tratados Internacionales para desplegar sus efectos conforme al art. 10.2 de la Carta magna. Concluye la Sentencia de esta Sala que “el Derecho Internacional consuetudinario no es apto según nuestras perspectivas jurídicas para crear tipos penales completos que resulten directamente aplicables por los tribunales españoles”; ello sin perjuicio de su consideración como criterio de interpretación y como elemento contextual en orden a la perseguibilidad internacional y a la individualización de la pena impuesta sobre la declaración de concurrencia de tipos penales del Código penal vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Esto es, la contextualización de los hechos en los delitos contra la humanidad permite un efecto procesal, la perseguibilidad internacional, y otro que atiende a las facultades de individualización de la pena, sin permitir una nueva tipicidad.

Sin embargo, en el auto de 16 de octubre de 2008, el magistrado imputado realiza una interpretación del término “contexto” del que extrae la consecuencia de la perseguibilidad de las conductas que investiga sobre la base del Derecho penal Internacional consuetudinario. Así afirma la vigencia de la Cláusula Martens, adicionada al Convenio de la Haya de 1899, de los principios de Nuremberg de 8 de agosto de 1945 y posteriormente por la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946 y el convenio sobre la prevención y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948.

Dijimos en la Sentencia 798/2007, y ahora lo reproducimos, que la vigencia en nuestro ordenamiento del principio de legalidad exige que el derecho internacional sea incorporado a nuestro ordenamiento interno en la forma dispuesta en la Constitución y con los efectos dispuestos en la misma. No es posible -por más que sea sostenida por algún sector doctrinal- que las exigencias del principio de tipicidad se rellenen con la previsión contenida en el Derecho penal internacional consuetudinario, si el derecho interno no contempla esa tipicidad. Si lo hiciera con posterioridad, esa tipificación puede ser aplicada pero siempre a partir de su publicación. La garantía derivada del principio de legalidad y la interdicción de la retroactividad de las normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 Constitución española) prohíben sin excepciones la aplicación retroactiva de la norma penal a hechos anteriores a su vigencia (en el mismo sentido el art. 1 y 21 del Código penal). Esta exigencia del principio de legalidad es aplicable al derecho penal internacional, convencional y consuetudinario, sin perjuicio de que su constatación sea tenida en cuenta como criterio hermeneuta de una cultura de defensa de derechos humanos cuyo contenido ha de informar la actuación jurisdiccional.

La cláusula Martens aparece redactada en términos muy genéricos, -“leyes de la humanidad y dictados de la conciencia pública”- y sin previsión de una consecuencia jurídica a su inobservancia, que impiden su consideración como norma penal sustantiva. Los principios de Nuremberg, según razona el auto, fueron incorporados a nuestro ordenamiento a través de la ratificación por España de los Convenios de Viena en 1952, cuando ya había terminado el periodo de investigación acotado en el sumario incoado, y, además, el propio auto señala que en la ratificación del Convenio en agosto de 1952, España excluye de la consideración de norma al derecho consuetudinario, lo que fue dejado sin efecto en una posterior ratificación, el 31 de julio de 1979.

En consecuencia, la calificación de los hechos contenida en el auto de 16 de octubre de 2008, como delito contra la humanidad, ni siquiera en un “contexto”, es aplicable al supuesto para el que asumió su competencia: el cuerpo normativo que conformaba la legalidad penal internacional no estaba vigente al tiempo de la comisión de los hechos.

En este sentido, una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, ha conformado una concepción estricta del contenido esencial del principio de legalidad con las consecuencias que su observancia comporta en orden a la lex previa, lex certa, lex stricta y lex scripta. El Código penal español dedica sus cuatro primeros artículos a configurar el principio de legalidad, desarrollando los arts. 25.1 y 9.3 de la Constitución y cualquier repertorio jurisprudencial revela esta

configuración estricta del principio. Estas exigencias no son extrañas al ordenamiento internacional, pues fueron también adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Así, declaró la irretroactividad del Pacto para los casos de desapariciones en Argentina (Resolución núm. 275/1988: Argentina 04/04/90 y 343, 344 y 345/1988 Argentina de 5 de abril de 1990). “Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado...”.

En el mismo sentido de vigencia del principio de legalidad, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos Kolk y Kislyly contra Estonia de 17 de enero de 2006, profusamente citada por el acusado, si bien declara ajustada al Convenio Europeo de Derechos Humanos la condena dictada contra los acusados de nacionalidad rusa participantes en delitos contra la humanidad durante la ocupación soviética, lo realiza partiendo de la participación rusa en la elaboración de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que los aprobaron, por lo tanto concedores de su vigencia y capaces de ordenar su conducta a las exigencias impuestas por el mencionado principio de legalidad.

2.- En segundo término, hemos de referirnos a la prescripción de los delitos. Recordemos que los hechos objeto de la indagación judicial se remontan a la guerra civil, de 1936 a 1939, y continúan durante la posguerra hasta 1952. Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal.

El auto de 16 de octubre de 2008 declara que, dada la naturaleza de delito permanente, no ha transcurrido el plazo de prescripción y que, en todo caso, se trataba de delitos no prescriptibles de acuerdo a las normas internacionales (art. 1 de la Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de humanidad, de 26 de noviembre de 1968; art. 8 de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de 20 de diciembre de 2006, ratificado por España, el 27 de septiembre de 2007).

Sobre el carácter permanente del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero, conviene realizar una precisión. Ese tipo penal no estaba previsto como tipo agravado de la detención ilegal en el Código vigente al inicio del periodo objeto de la instrucción judicial. En efecto, ese tipo penal que aparecía en el Código de 1928, desapareció del Código de la República de 1932 para volver a figurar en el Código de 1944, el primero del régimen que surgió de la guerra civil. Por lo tanto, durante la mayor parte del periodo de objeto de la instrucción no estaba vigente.

Por otra parte, la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica. No es razonable argumentar que un detenido

ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo. De hecho no se ha puesto de manifiesto ningún caso que avale esa posibilidad. Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.

Por último, se afirma en el auto que, en todo caso, el “dies a quo” de inicio de la prescripción sería el del día en el que los familiares pudieran hacer efectivo sus derechos a una reparación eficaz y esa posibilidad no se pudo materializar hasta la entrada en vigor de la Constitución, el 29 de diciembre de 1978, pues hasta esa fecha “nada se pudo hacer por los denunciante para instar su persecución al existir leyes de impunidad que protegían a los presuntos autores”. Pues bien, aún en ese supuesto habría transcurrido el plazo de prescripción fijado en 20 años por el art. 132 del Código penal.

Además, como dijimos, la declaración de imprescriptibilidad prevista en los Tratados Internacionales que han sido ratificados por España e incorporados a nuestro ordenamiento no pueden ser aplicados retroactivamente. Las disposiciones reguladoras de la prescripción, concretamente las reformas que señalan una modificación de los plazos o del señalamiento del día de inicio del cómputo, son normas de carácter sustantivo penal y, por lo tanto, afectas a la interdicción de su aplicación retroactiva (art. 9.3 CE), salvo que su contenido fuera más favorable. Así lo hemos declarado en varias Sentencias.

Así, la STS 1064/2010, de 30 de noviembre, “el nuevo término de la prescripción entró en vigor en mayo de 1999 cuando hacía meses que había cesado la conducta delictiva... sin que pueda otorgarse eficacia retroactiva a un precepto penal menos favorable al acusado”; STS 1026/2009, de 16 de octubre, que refiere un supuesto de penalidad intermedia más favorable en referencia al término de prescripción; STS 719/2009, de 30 de junio, “es claro que la prescripción de tres años es más favorable que la dispuesta en el art. 113 anterior”; STS 149/2009, de 24 de febrero, “es más si estudiamos la normativa de la prescripción vemos que el Código de 1973 es más favorable (en comparación con el de 1995)”; en ellas se refiere como argumento central el siguiente: “la Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Ciertamente se ha discutido por algún sector doctrinal, e incluso algunos países han acogido una construcción de la prescripción de los delitos en la que manteniendo su naturaleza de derecho sustantivo, por afectar a la teoría del delito como causa de extinción de la responsabilidad penal, despliega unos efectos procesales, entendiendo que sería de aplicación la regla del “tempus regit actum”. En este sentido la nueva norma de prescripción sería de aplicación al momento procesal en el que actúa. Sin embargo, ese no ha sido el criterio de la doctrina penal y la jurisprudencia española que ha considerado que el instituto de la prescripción es una norma de carácter sustantivo y de orden público sobre el que actúa el criterio de la irretroactividad salvo en lo favorable.

Por lo tanto, aún cuando los Tratados Internacionales sobre la materia fijaran la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad, esa exigencia que ha sido llevada a nuestro ordenamiento jurídico interno, tiene una aplicación de futuro y no es procedente otorgarle una interpretación retroactiva por impedirlo la seguridad jurídica y el art. 9.3 de la Constitución y arts. 1 y 2 del Código penal.

3.- Con relación a la amnistía, el auto de 16 de octubre de 2008 arguye que cualquier ley de amnistía que busque eliminar un delito contra la humanidad sería nulo de pleno derecho y, por ende, no podría ser aplicada, criterio que apoya en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Añade que, dada la consideración de delito permanente, los efectos del ilícito pervivieron incluso después de la Ley de amnistía (octubre de 1977). Respecto a este último apartado nos remitimos a lo que hemos argumentado sobre este extremo al tratar sobre la prescripción.

Ciertamente, la obligación de los Estados de perseguir las violaciones constitutivas de delitos contra la humanidad aparece impuesta, de manera clara y precisa, con la promulgación del Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, ratificado por España, el 19 de octubre de 2000 y publicado en el BOE el 27 de mayo de 2002, con una previsión clara sobre su ámbito temporal de actuación a los delitos cometidos “después de la entrada en vigor del presente Estatuto” (art. 11).. Con anterioridad, a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966 y ratificado por España en 1977, los Estados se comprometieron a disponer recursos efectivos para la persecución de las vulneraciones a los derechos reconocidos (art. 2.3 del Pacto y en el mismo sentido el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Una ley de amnistía, que excluya la responsabilidad penal, puede ser considerada como una actuación que restringe e impide a la víctima el recurso efectivo para reaccionar frente a la vulneración de un derecho. Ahora bien, las exigencias del principio de legalidad a los que nos venimos refiriendo, hacen que estos derechos sean exigibles frente a las vulneraciones sufridas con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto y el Convenio, y así lo ha interpretado el Comité encargado de su vigilancia en sus decisiones (véanse, las resoluciones 275/1988 y 343, 344 y 345 de 1988 en las que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas recuerda que el Pacto “no puede aplicarse retroactivamente”).

La defensa del acusado propuso como prueba documental resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a partir de los años 90, ha interpretado el Pacto de San José de Costa Rica, al que no pertenece España, en la forma sugerida en el auto respecto a la nulidad de las amnistías promulgadas que abarcan a delitos contra los derechos humanos, aplicando retroactivamente el Pacto a supuestos anteriores a la entrada en vigor para el Estado. Sin embargo, esa jurisprudencia no es vinculante para España y no es seguida por el Comité de Derecho Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque contribuye al cuestionamiento de la solución vigente en Europa y la sostenibilidad de una postura divergente.

Algún sector de la doctrina internacionalista mantiene que la prohibición de la amnistía respecto de delitos que afectan al contenido esencial de derechos humanos era

costumbre internacional, de ius cogens, y, por lo tanto, vinculante para España a raíz de la ratificación del Pacto que así lo establece. Sin embargo, incluso si ello fuera así, esa costumbre incorporada al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1966, ratificado por España en 1977, regiría a partir de una fecha muy posterior a los hechos objeto de la instrucción judicial. Aún en este supuesto, que entendemos no concurre, la prohibición de una amnistía dispuesta por una costumbre, posteriormente introducida a un Convenio Internacional, plantearía un nuevo problema, el de la posibilidad de que un tribunal español pudiera declarar nula, por contraria a derecho, la ley de amnistía. Ello no está previsto en los Pactos que se consideran de aplicación a los hechos, ni lo consideramos procedente, pues el incumplimiento del Tratado da lugar a su denuncia por parte de los órganos vigilantes del Pacto. Los jueces, sujetos al principio de legalidad no pueden, en ningún caso, derogar leyes cuya abrogación es exclusiva competencia del poder legislativo.

En este sentido, comprobamos cómo, desde estos órganos vigilantes del cumplimiento del Pacto, se han efectuado recomendaciones al Estado español sobre la derogación de la ley de amnistía (Resolución 828 de 26 de septiembre de 1984 del Consejo de Europa; observación General 20 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 10 de marzo de 1992), o se ha recordado la imprescriptibilidad de los delitos y violaciones de derechos humanos (Comité de Derechos Humanos, 94 periodo de sesiones, Observancia final núm. 5 sobre España). Se trata de recomendaciones y observaciones y no de denuncias de incumplimiento pero, no obstante, en lo que aquí interesa, nos servirá para poner de manifiesto la cultura jurídica imperante en esta materia y la razonabilidad de opiniones contrarias interpretando nuestro ordenamiento.

En otro orden de cosas, ha de recordarse que la ley de amnistía fue promulgada con el consenso total de las fuerzas políticas en un período constituyente surgido de las elecciones democráticas de 1977. Esta ley ha sido confirmada recientemente en su contenido esencial, por otro acto de naturaleza legislativa: el pasado 19 de julio de 2011 el Congreso de los Diputados rechazó la proposición para modificar la Ley 46/1977, de Amnistía.

La citada Ley fue consecuencia de una clara y patente reivindicación de las fuerzas políticas ideológicamente contrarias al franquismo. Posteriormente fueron incorporándose otras posiciones, de izquierda y de centro e, incluso, de derecha. Fue una reivindicación considerada necesaria e indispensable, dentro de la operación llevada a cabo para desmontar el entramado del régimen franquista. Tuvo un evidente sentido de reconciliación pues la denominada “transición” española exigió que todas las fuerzas políticas cedieran algo en sus diferentes posturas. Esto se fue traduciendo a lo largo de las normas que tuvieron que ser derogadas y las que nacieron entonces. Tal orientación hacia la reconciliación nacional, en la que se buscó que no hubiera dos Españas enfrentadas, se consiguió con muy diversas medidas de todo orden uno de las cuales, no de poca importancia, fue la citada Ley de Amnistía. Tal norma no contenía, como no podía ser de otro modo, ninguna delimitación de bandos. Si lo hubiera hecho, carecería del sentido reconciliatorio que la animaba y que se perseguía. No puede olvidarse que la idea que presidió la “transición” fue el abandono pacífico del

franquismo para acoger un Estado Social y Democrático de Derecho, tal como se estableció en la primera línea del primer apartado del primer artículo de nuestra Constitución de 1978 (art. 1.1 CE), aprobada muy poco tiempo después de la indicada Ley de Amnistía. En consecuencia, en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes.

La idea fundamental de la “transición”, tan alabada nacional e internacionalmente, fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico. Debe recordarse que la Constitución, que realizó una derogación expresa de diversas normas, en modo alguno menciona entre ellas la Ley de Amnistía, lo cual es lógico pues constituyó un pilar esencial, insustituible y necesario para superar el franquismo y lo que éste suponía. Conseguir una “transición” pacífica no era tarea fácil y qué duda cabe que la Ley de Amnistía también supuso un importante indicador a los diversos sectores sociales para que aceptaran determinados pasos que habrían de darse en la instauración del nuevo régimen de forma pacífica evitando una revolución violenta y una vuelta al enfrentamiento.

Precisamente, porque la “transición” fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento.

4.- Con respecto a la asunción de la competencia para el conocimiento de los hechos, la resolución del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional declaró la falta de competencia objetiva de la Audiencia Nacional, y concretamente, de los Juzgados Centrales para el conocimiento e instrucción de los hechos objeto de las denuncias, por la prescripción de los hechos en los que basó su competencia, delitos contra Altos Organismos de la Nación. Su conexión a otros no permite resurgir para la persecución penal hechos respecto a los que ha transcurrido, con creces el plazo de prescripción. En efecto, el delito contra Altos Organismo de la Nación, prescribió a los 20 años, en 1956. La interpretación que el acusado emplea para afirmar su persecución en la Audiencia Nacional, según la cual “mientras el delito principal no prescriba, no pueden entenderse prescritos los delitos que podemos llamar, a estos efectos, subordinados”, (STS 686/95, de 18 de mayo), sólo tiene sentido en aquellos supuestos en los que los delitos en concurso forman parte de una “realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad” (STS 2040/2002, de 9 de diciembre). En otros términos, la consideración conjunta del término de prescripción tiene sentido en los supuestos, no tanto de concurso real, sino de consideración conjunta del hecho como una unidad o como medio. De esta manera, no es admisible que un delito ya prescrito sea “resucitado” en su persecución, transcurridos más de cuarenta años después del transcurso del plazo de prescripción. El apoyo jurisprudencial que se cita en el auto de 16 de octubre de 2008 debe ser interpretado en este sentido y no en el literal que permita perseguir un delito, indudablemente, prescrito.

5.- Por último, en cuanto a la determinación de las personas contra las que dirige la indagación judicial por los delitos de detención ilegal sin dar razón de su paradero en un contexto de delitos contra la humanidad, afirma el magistrado acusado en el auto tantas veces citado que, al tiempo de asumir la competencia ignoraba si alguno de los imputados está vivo y que, en todo caso, habrá de incorporar, con fehaciencia documental, ese fallecimiento. Sin embargo, no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria.

CUARTO.- Ahora bien y sin perjuicio de lo dicho, los hechos que hemos declarado probados no son constitutivos del delito de prevaricación que ha sido objeto de la acusación. Como acabamos de exponer los autos objeto de la imputación contienen una argumentación que consideramos errónea desde el punto de vista de su acomodación al derecho sustantivo y, particularmente, en lo atinente a la subsunción en el delito contra la humanidad, aunque fuera en la consideración de "contexto". Es cierto, que desde la perspectiva actual expansiva y propia del desarrollo de la civilización, la consideración de delito contra la humanidad es plausible, pero ha de estarse a la normativa vigente y a la interpretación de las normas acordes a las garantías previstas en nuestro ordenamiento. Como consecuencia de esa declaración de "contexto" el magistrado imputado realiza una aplicación de institutos del sistema penal como la prescripción y la amnistía, así como la irretroactividad de la norma penal de forma perjudicial para los imputados, lo que no es procedente. Pero esa errónea aplicación del derecho no alcanza la nota característica del delito de prevaricación, objeto de la acusación, de manera que, aunque errónea, no es prevaricadora.

Es preciso exponer, siquiera sea sintéticamente el presupuesto de hecho sobre el que actuó el magistrado imputado. Para un mejor examen haremos referencia al Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo de 28 de julio de 2006. La Comisión fue creada por Real Decreto 1891/2004, de 10 de septiembre con el antecedente de la proposición no de ley aprobada por la unanimidad del Congreso de los Diputados que adoptó el siguiente pronunciamiento: "El Congreso de los Diputados reafirma una vez más el deber de nuestra sociedad democrática de proceder al reconocimiento moral de todos los hombres y mujeres que fueron víctimas de la guerra civil española, así como de cuantos padecieron más tarde la represión de la dictadura franquista. Instamos a que cualquier iniciativa promovida por las familias de los afectados que se lleven a cabo en tal sentido, sobre todo en el ámbito local, reciba el apoyo de las instituciones, evitando en todo caso que sirva para reavivar viejas heridas o remover rescoldos de la confrontación civil". La citada Comisión, órgano de la administración, es oficial e independiente para abordar este apartado de nuestra reciente historia que presenta, todavía, un fuerte componente emocional.

Este presupuesto de hecho lo exponemos con la finalidad de indicar la situación fáctica al tiempo de la actuación jurisdiccional discutida. La guerra civil española se desencadena tras un golpe de Estado, el alzamiento militar de 17 de julio de 1936, se desarrolla durante cerca de tres años, hasta el 1 de abril de 1939. Hubo episodios de gran violencia, motivados, en ocasiones, por un revanchismo fratricida. El informe recoge cómo en los dos bandos se cometieron atrocidades, que en la cultura actual, informada sobre la vigencia y expresión de los derechos humanos, serían propios de delitos contra la humanidad. Hubo “sacas”, “paseos”, fusilamientos sin juicios previos, represiones de los oponentes políticos, ejecuciones desconectadas de los frentes de la guerra, etc. Hay episodios de la guerra civil española que constituyen verdaderas masacres como, entre otros, los sucesos de Granada, Belchite, Málaga, Paracuellos del Jarama, Gernika, Badajoz en sus sucesivas ocupaciones, que son vergonzosos para la condición humana. Muchas de las personas fueron fusiladas sin juicio a lo que se añadió la ocultación del fallecido a su familia y su lugar de enterramiento. Incluso, este lugar de inhumación fue objeto de sucesivos desplazamientos sin informar a la familia.

Esta situación de barbarie, según aparece en el mencionado Informe, y también lo han expuesto testigos en el juicio oral, no sólo se desarrolló durante los años del enfrentamiento bélico, sino que perduró durante la década de los años 40. Es relevante el trienio de 1947 a 1949, en el que tuvieron lugar ejecuciones derivadas, en ocasiones, de simples delaciones vecinales.

Los testimonios oídos en el juicio oral narraron los sentimientos de los familiares de los desaparecidos, el silencio que imperaba en los familiares al no poder hablar sobre los hechos acaecidos, incluso de la vergüenza padecida y lo horrible de la comparación entre la suerte de unos fallecidos y la de otros.

Es obvio que en ambos bandos de la guerra civil se produjeron atrocidades y que los dos bandos, al menos sus responsables políticos y militares, no observaron las denominadas leyes de la guerra.

QUINTO.- Los hechos anteriormente descritos, desde la perspectiva de las denuncias formuladas, son de acuerdo a las normas actualmente vigentes, delitos contra la humanidad en la medida en que las personas fallecidas y desaparecidas lo fueron a consecuencia de una acción sistemática dirigida a su eliminación como enemigo político. Así resulta de la coincidencia temporal de las acciones y los documentos que alentaban su realización.

En el ámbito jurídico se ha denominado “derecho transicional” a aquella rama del ordenamiento jurídico cuyo objeto de análisis y estudio es la ordenación pacífica de los cambios de un régimen a otro, tratando de superar las heridas existentes en la sociedad como resultado de las violaciones a derechos humanos, avanzar en los procesos de reconciliación y garantizar los derechos de las víctimas y de la sociedad en general a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Las experiencias internacionales permiten constatar la pluralidad de mecanismos adoptados para garantizar, o tratar de conseguirlo, la ordenada transición de un régimen a otro, casi siempre antagónico, asegurando el cumplimiento de los fines básicos que parten del respeto a los derechos humanos y preparar una adecuada transición evitando el riesgo de la repetición de un régimen político no democrático del que quiere salvarse. En este sentido, son paradigmáticos las soluciones dadas en Alemania y en Sudáfrica.

En España, la doctrina que ha estudiado nuestra transición, además de destacar, en términos generales, su carácter modélico y las renuncias que tuvieron que realizarse para procurar la paz y la reconciliación, la han clasificado como un proceso de “impunidad absoluta con indemnización a las víctimas”. La ley de amnistía, Ley 46/77 de 15 de octubre, ley aprobada por el primer Parlamento democrático, acabada la dictadura, lo fue por una amplísima mayoría, más del 90 por ciento de los Diputados. Desde la ley de amnistía y con apoyo en ella, el ordenamiento español se ha dotado de más de 20 disposiciones con rango de ley, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales, a través de los que se han acometido importantes reparaciones económicas y, de otro orden, a las víctimas de la guerra civil del bando republicano (restitución de escalafones, reconocimientos económicos, restitución de bienes, concesión de nacionalidad a descendientes de exiliados etc.), tendentes a reparar materialmente los efectos de la guerra civil y del franquismo.

SEXTO.- De cuanto llevamos argumentado podemos extraer varias conclusiones:

1.- La situación puesta de manifiesto por las víctimas, que comparecen en el Juzgado ... núm. ... exponiendo su situación y demandando la tutela del órgano judicial, de acuerdo con nuestra cultura actual sobre Derechos Humanos, es una denuncia de delitos contra la humanidad. En efecto, en la medida en que se refería la desaparición de personas y cuerpos de los fallecidos, fusilamientos, ejecuciones extrajudiciales, detenciones ilegales etc., realizados siguiendo un plan sistemático de ejecución, como resulta de algún Bando u Ordenaciones, y de su realización simultánea en tiempo y espacio.

2.- Las denuncias interpuestas determinan al Juez al examen del derecho aplicable y, en su caso, a la adopción de medidas referidas al hallazgo de un cadáver en condiciones de sospechosa criminalidad.

3.- La asunción de competencia por el Juzgado ... núm. ... de la Audiencia Nacional del que era titular el magistrado acusado, que se realiza en el auto de 16 de octubre de 2008, contienen algunas argumentaciones erróneas. Se efectúa una interpretación de las normas aplicables a los hechos, particularmente en lo referente a la incoación del proceso y a la asunción de competencia, que entra en colisión con las normas y la interpretación de la misma que consideramos procedente. Colisiona también con la Ley de amnistía de 1977 y los preceptos reguladores de la prescripción, con la determinación de los posibles imputados y con la subsunción de los hechos en la norma penal que aplica. Ello conlleva una actuación jurisdiccional errónea, que ha sido

corregida mediante la utilización del sistema de recursos previstos en la ley, de manera que ha sido el órgano jurisdiccional competente, el Pleno de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional, quien ha resuelto el conflicto que le fue planteado. Efectivamente, en su resolución de 2 de diciembre de 2008, declara la falta de competencia objetiva del Juzgado ... núm. ... para la investigación de los hechos y presuntos delitos a los que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008.

4.- La actuación del juez al dictar el auto fue dirigida a disponer la tutela que le reclamaban quienes eran víctimas de unos delitos hoy día calificables como delitos contra la humanidad, que se encontraban en una situación de objetiva desigualdad respecto a otras víctimas de hechos sustancialmente similares y coetáneos en el tiempo de la guerra civil. Es cierto que las leyes y disposiciones posteriores a la Ley de Amnistía, que culminan con la Ley de Memoria Histórica, han reparado, en gran medida, las consecuencias de la guerra y posguerra, pero no han concluido las actuaciones concretas en orden a la localización y recuperación de los cadáveres para su homenaje y procurar la efectiva reconciliación que la Ley de Amnistía persiguió.

5.- La interpretación que el magistrado realiza en el auto de 16 de octubre de 2008 y que reitera en el de 18 de noviembre siguiente, aunque errónea, ha sido empleada por otros operadores jurídicos que han argumentado en términos similares a los contenidos en los mencionados autos. Así, destacamos el informe del Ministerio fiscal en la demanda de amparo interpuesta por un familiar de un enterrado en una fosa común que pretendía, una vez localizado el cadáver de su familiar, actuar penalmente contra las personas que citaba en un escrito dirigido al Juzgado. Este rechazó la pretensión penal sobre la base de la amnistía y la prescripción y su resolución fue confirmada por la Audiencia provincial de Córdoba. La demanda de amparo se interpuso contra la resolución de la Audiencia que desestima la apelación contra el auto de archivo. Esta denuncia ante el Tribunal Constitucional fue apoyada por el Fiscal empleando una argumentación en gran medida similar a la utilizada por el magistrado en citados autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008. La demanda de amparo fue rechazada por el Tribunal Constitucional por auto 333/2008, de 27 de octubre, sin analizar los argumentos de apoyo del Ministerio fiscal, pues “sólo al demandante corresponde la carga de la argumentación, sin que ni siquiera al propio Tribunal pueda corresponder una labor de integración de los defectos argumentales de los que puedan adolecer las demandas de amparo”.

Del mismo modo el informe del Ministerio fiscal en las Diligencias previas 211/2008 del Juzgado ... núm. 2 de la Audiencia Nacional, en el que argumenta sobre la subsunción de unos hechos acaecidos durante la Segunda Guerra Mundial en los delitos de genocidio del art. 607 del Código penal por aplicación de los principios de Nuremberg, utilizan argumentos similares.

También constan documentalmente resoluciones del Comité Interamericano de Derechos Humanos, aplicando retroactivamente el Pacto de San José de Costa Rica. Igualmente, sobre la imprescriptibilidad y la no procedencia de amnistía respecto a delitos contra la humanidad, existen resoluciones y Sentencias del Consejo de Europa

y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que evidencian una expansión creciente de la cultura y del contenido de los derechos humanos. Entre estas resoluciones destacamos la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006, caso Kolk y Kislyly contra Estonia, a la que ya nos hemos referido con anterioridad. El Tribunal en interpretación del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que, dispone la vigencia del principio de legalidad en términos similares a los del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que, tras asegurar su vigencia y el principio de irretroactividad, declara que: “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”.

De acuerdo a esta doctrina, que vuelve a evidenciar la fuerza expansiva de los derechos humanos, es posible una investigación y, en su caso, una condena por delitos contra la humanidad sin vulnerar el principio de legalidad, pero para ello es preciso que el contenido incriminatorio de los hechos sea, de alguna manera, conocida por los infractores o que lo sea para el país al que pertenecen como miembros de un aparato de poder. En el caso, dos responsables del Ministerio del Interior ruso, ocupante de la República báltica de Estonia, en el año 1949 procedieron a la deportación de una familia y en 1994 fueron condenados por los tribunales de la República Estonia, una vez recuperada la independencia, por delitos contra la humanidad considerando su imprescriptibilidad de acuerdo al Derecho penal internacional. El Tribunal afirma el conocimiento de la tipicidad por Rusia por su participación en la redacción de los principios de Nuremberg, como potencia vencedora, y su pertenencia a las Naciones Unidas que, definitivamente los aprobaron el 11 de diciembre de 1946. En definitiva, esta Sentencia destaca la validez universal de los derechos humanos y su aplicación incluso cuando no aparece su punición en el ordenamiento interno del país, aunque requiere el conocimiento de su vigencia al tiempo de los hechos.

SÉPTIMO.- Abordamos, a continuación, la subsunción de los hechos objeto de la acusación en el delito de prevaricación judicial del art. 446 del Código penal. La jurisprudencia de esta Sala es clara y constante en la interpretación de su contenido típico. Ya dijimos en la STS 308/2009, de 23 de marzo, que los elementos constitutivos de esta infracción penal eran los siguientes:

1º. Sujeto activo ha de ser un juez o magistrado. Se trata, por lo tanto de un delito especial propio, al referir como autor del delito a un sujeto especialmente calificado.

2º. El medio de comisión consiste en dictar una sentencia o resolución injusta. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento.

3º. El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión “a sabiendas” que ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo,

bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia.

En la interpretación de la injusticia de la resolución esta Sala ha acudido a una formulación objetiva de manera que, como dijimos en la STS 755/2007, de 25 de septiembre, puede decirse que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que el sujeto activo del delito no aplica la norma dirigida a la resolución del conflicto, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable

Son muchas las Sentencias de esta Sala que reproducen estos criterios básicamente expuestos, basta con citar la 627/2006, de 8 de junio, 102/2009, de 3 de febrero, y las importantes 2/99, de 15 de octubre, 2338/2001, de 27 de noviembre y 359/2002, de 26 de febrero. En todas ellas destacamos una particularidad de la prevaricación judicial: de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deban trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como "esperpéntica", "apreciable por cualquiera", etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho.

En la reciente Sentencia de esta Sala, STS 79/2012, de 9 de febrero, recaída en un proceso inmediato anterior al presente y contra el mismo acusado, hemos expuesto y reiterado nuestra interpretación del delito de la prevaricación con explicación detallada de los supuestos en los que ha sido subsumida la tipicidad de la prevaricación, destacando cómo la esencia de la misma no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función, en definitiva, la infracción del deber.

En esta jurisprudencia destacamos los dos elementos de la prevaricación. Desde una formulación objetiva la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho 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. El otro elemento, el subjetivo del tipo aparece integrado por la expresión "a sabiendas" es decir la conciencia, o la indiferencia, 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. Estos elementos deben ser puestos en relación con la condición del juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica.

A la luz de lo anterior examinamos el contenido de las resoluciones que son el objeto de este procedimiento. Hemos declarado, a lo largo de la anterior argumentación la existencia de errores en la interpretación de la norma, errores que han sido objeto de la precedente revisión y constatación por el órgano encargado de la revisión en el recurso en su día planteado por el Ministerio fiscal. Ha de estarse a la declaración emitida por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional. En la función jurisdiccional la interpretación correcta de la norma de aplicación es la que hace el órgano jurisdiccional que conoce de la última instancia revisora.

La falta de acierto en la legalidad y la injusticia, obviamente, no son lo mismo, pues la legalidad la marca, evidentemente, la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad de la decisión judicial adoptada. Aunque sea obvio, hay que recordar que una interpretación contraria, o que disienta de la realizada por el Tribunal Supremo, no la convierte en arbitraria o, en su caso, prevaricadora, pues el sistema permite la disidencia siempre que esté razonada. Como dijimos en la STS 8/2010, de 20 de enero, “Es obvio que las normas pueden tener distintos significados en función de los distintos criterios interpretativos empleados y las distintas realidades a las que se aplican, pero lo relevante es que esa aplicación de la norma sea uniforme por todos los órganos jurisdiccionales para poder asegurar la vigencia del derecho fundamental a la igualdad, la satisfacción de la seguridad jurídica, la previsibilidad en la aplicación del derecho y, en definitiva, la unidad del ordenamiento y la vigencia del principio de legalidad. Esa uniformidad en la aplicación de la norma es compatible con la evolución necesaria de la jurisprudencia a través de las disensiones ordenadas. La vinculación que debe existir en la aplicación de la norma entre órganos jurisdiccionales, horizontal y vertical, permite la disensión que requerirá una específica motivación para justificar la desvinculación respecto a la doctrina nacida de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Es por ello que la disidencia con una interpretación es factible, requiriéndose de quien la realiza una explicación de la disidencia, de su resolución, como aquí ocurre, pues los dos autos a los que se reprocha contener el elemento fáctico de la prevaricación, aparecen profusamente motivados con remisiones a fuentes de interpretación admisibles en nuestro Derecho.

Por otra parte, las resoluciones tenidas por prevaricadoras por la acusación, los autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, son, de alguna manera, consecuencia uno del otro. En el primero se afirma la competencia, si bien supeditada a la comprobación del fallecimiento de las personas que designa como imputadas en los hechos. En el segundo auto, dictado tan pronto le consta fehacientemente la muerte como causa de extinción de la responsabilidad penal de todos los imputados en la instrucción, acuerda la inhibición de la causa a los juzgados territorialmente

competentes. No es, por lo tanto, congruente, plantear la denuncia por prevaricación respecto a los dos autos, pues en uno se afirma y en el otro se niega la competencia.

Respecto a la contradicción entre el auto de 16 de diciembre de 1998, por el que se rechaza de plano la querrela presentada por los sucesos acaecidos en Paracuellos del Jarama, y el contenido argumental del auto de 16 de octubre de 2008, sobre los que la acción popular ha justificado el conocimiento de la prevaricación, destacamos que los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre unos hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y de la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos. Los cambios de opinión, debidamente razonados, no son presupuesto de la prevaricación. En todo caso, el contenido del auto de 16 de diciembre de 1998 era correcto al afirmar en los hechos la vigencia de la ley de amnistía y la prescripción de los hechos.

En otro orden de cosas, dijimos al señalar los requisitos del tipo penal de la prevaricación judicial que la misma, se construye mediante una contradicción al Derecho de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable y que incorpora un disvalor verificado en el hecho.

Abordaremos, en el caso concreto, estos requisitos de la prevaricación. Como hemos argumentado, con cita del Informe de la Comisión Interministerial, los dos bandos realizaron atrocidades sin sujeción a las leyes de la guerra. En las denuncias se refiere que los hechos lesivos de derechos fundamentales se perpetuaron tras la finalización de la guerra civil, y que los mismos no fueron investigados. Se afirma que esa inacción en la investigación contraviene los Tratados Internacionales, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificado por España en 1976, (art. 2.3) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, ratificado el 26 de septiembre de 1979 (art. 13). Denuncian una situación antijurídica asimilable a la desaparición forzada a la que se refieren los Tratados Internacionales como constitutivos de delitos contra la humanidad, a los que sería de aplicación las especiales prevenciones dispuestas en los Tratados pues supondría un obstáculo a la obligación de perseguir esas infracciones. Esa interpretación que se postula, y que el magistrado acusado asume en los autos cuestionados, entra en colisión, como hemos señalado, con la concepción estricta del principio de legalidad y la interdicción de la aplicación retroactiva de la norma desfavorable, que rige en nuestro Derecho y supone que los Tratados Internacionales rigen desde su entrada en vigor de acuerdo a las previsiones constitucionales. El magistrado instructor ha pretendido mejorar la situación de los titulares de los derechos vulnerados y lo hace mediante la incoación de un proceso penal que dirige a tutelar a unas personas que han sido víctimas de una lesión constatada. Esa finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar a sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica.

Con respecto al requisito de la contradicción al derecho no explicada con una argumentación jurídica mínimamente razonable, tampoco concurre en el supuesto de la acusación. Hemos expuesto que la argumentación de los autos tachados de prevaricadores, aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos. En este sentido nos hemos referido a los informes del Ministerio fiscal ante el Tribunal Constitucional, recurso de amparo 9367/2005, y el emitido al Juzgado ... número 2, Diligencias Previas 211/2008, ambos con un contenido argumental semejante al de los autos dictados por el magistrado acusado. También hemos expuesto la existencia de decisiones de los órganos vigilantes de las normas sobre protección de derechos humanos que evidencian la expansión de su contenido. En todo caso la normativa internacional de protección de los derechos humanos, en permanente discusión, está propiciando importantes debates jurídicos que impiden hoy un pronunciamiento categórico sobre su extensión.

El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los derechos humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución y al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha afirmado la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad, incluso aunque los actos hubieran sido legales bajo el derecho en vigor al tiempo de los hechos, pero siempre supeditado al conocimiento previo de la tipicidad en el derecho consuetudinario internacional para poder acomodar la conducta a las exigencias de dicho derecho. Esto es, la exigencia del requisito de la "lex previa" para poder ajustar la conducta al reproche contenido en la norma.

En consecuencia la actuación jurisdiccional del magistrado acusado, aunque haya incurrido en exceso en la aplicación e interpretación de las normas, que han sido oportunamente corregidas en vía jurisdiccional, no alcanzan la injusticia de la resolución que requiere el tipo de prevaricación y no merece el reproche de arbitrariedad exigido en la tipicidad del delito de prevaricación objeto de la acusación.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos al acusado D. Basilio, del delito de prevaricación del que venía siendo acusado, con declaración de oficio de las costas procesales causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Carlos Granados Pérez.- Andrés Martínez Arrieta.- Julián Sánchez Melgar.- Perfecto Andrés Ibáñez.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

VOTO PARTICULAR

Voto Particular concurrente con la sentencia absolutoria dictada por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, número 101/2012, de 27 de febrero de 2012, que suscribe el Magistrado Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Con el mayor respeto a la decisión de la mayoría, cuyo fallo comparto plenamente, quiero sin embargo expresar mi discrepancia con alguno de sus razonamientos jurídicos, desde consideraciones estrictamente técnico-jurídicas.

Como es sabido, el art. 446 del Código Penal sanciona la prevaricación judicial, que se comete cuando un Juez o Magistrado dictare, a sabiendas, una sentencia o resolución injusta. De ello se colige que son dos sus elementos típicos: uno de carácter objetivo, que lo constituye en el caso enjuiciado una resolución injusta, y otro subjetivo, que lo completa el elemento jurídico “a sabiendas”, es decir, una actitud o voluntad dolosa en el magistrado que, conociendo tal injusticia, a pesar de ello, dicta tal resolución judicial.

Comparto con los Magistrados de la mayoría lo erróneo de la resolución, en tanto que contradice el ordenamiento jurídico español, lo que se deduce, a mi juicio, de la simple lectura de los primeros fundamentos jurídicos de la Sentencia que ahora se dicta. En efecto, en tal resolución judicial se pone bien a las claras que nuestro Derecho procesal penal no contempla como posible lo que se ha venido a conocer en otros ámbitos jurídicos, como los “juicios de la verdad”, pues como allí se afirma: “el método de investigación judicial no es el propio del historiador”, afirmación que igualmente comparto. También se dice que el Auto de 16 de octubre de 2008, dictado por el acusado, “realiza una aplicación errónea de la norma que es preciso poner de manifiesto en esta resolución”, y se apostilla que una aplicación errónea no es lo mismo que prevaricación. Igualmente estoy de acuerdo. La mayoría califica como interpretación jurídica no permitida en dicho Auto, no solamente la calificación del delito, contraria al principio de legalidad, opuesta también al de prescripción de los delitos, y de imposible concurrencia en cuanto al carácter permanente del delito generalizado de detención ilegal, o de imposible persecución penal de personas notoriamente fallecidas, y finalmente contraria también a la Ley de Amnistía de 1977, y a los Principios y Tratados Internacionales suscritos por España. Sobre tales aspectos, la Sentencia de la mayoría incide suficientemente, por lo que no debe aquí abundarse en ello.

Se destaca también, con mucho acierto, en la Sentencia de la mayoría, la Transición Española, como un modo “de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico”. Nada más acertado, a mi juicio.

La razón de mi discrepancia reside en una cuestión técnica, constituida por la delimitación del elemento subjetivo del delito, de manera que, como dijimos al principio, tal parámetro, que se define en el tipo penal como un actuar “a sabiendas”, requiere una actitud o voluntad dolosa en el magistrado que, conociendo tal injusticia, y a pesar de ello, dicta la resolución judicial. Desde este plano, y por las razones que ya se han

dejado expuestas, el acusado incurrió en una interpretación errónea del ordenamiento jurídico que colmaba, a nuestro juicio, el elemento objetivo; ahora bien, la conculcación de dicho tipo penal requiere igualmente de un elemento subjetivo que no concurre en la conducta del juez acusado.

Tal elemento subjetivo supone una actuación que denota un abuso de la función judicial con la conciencia de obrar así, esto es, “a sabiendas” de tal proceder, o lo que es lo mismo: que el juez dicta una resolución judicial con plena intencionalidad, injusta; y en esto, mantengo mi discrepancia. La interna convicción de quien resuelve en Derecho, persuadido, aun erróneamente, de la legalidad del acto, no pertenece al elemento objetivo, como parece mantenerse en la Sentencia de la mayoría, sino al elemento subjetivo del delito. Esta es la razón de mi discrepancia.

El magistrado acusado, bajo una argumentación que él consideraba discutible, y así lo recalca en el Auto citado, expone -una tras otra- las dificultades de abordar tal interpretación, que él denomina “escollos”, lo que supone que tal interpretación no la realiza a sabiendas de su injusticia -finalmente declarada también así por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional-, sino con las finalidades propias del proceso, y dentro de él, la de amparar a los familiares de las víctimas de unos hechos criminales, como pudo comprobarse en el juicio oral, cometidos ciertamente por ambos bandos (aspecto éste que igualmente se destaca en la Sentencia de la mayoría), pero lo hace bajo un soporte legal cuestionable, y que hemos declarado finalmente erróneo. En tal contexto, ningún aspecto subjetivo ha quedado probado en autos de donde deducir que actuara a sabiendas de su injusticia, es decir, con plena conciencia de lo erróneo de su decisión, ni siquiera deducible por su resolución de 1998, con respecto a la masacre de Paracuellos del Jarama, porque los delitos que allí podrían investigarse eran comunes, es decir, se encontraban nítidamente fuera de las atribuciones de un órgano especializado de la Audiencia Nacional, y eran, en consecuencia, competencia de los juzgados ordinarios de instrucción, no del juez acusado.

Abundando, pues, en la falta de este elemento subjetivo en su conducta, ha de resaltarse que en cuanto al juez instructor se le pone de manifiesto que por los delitos contra los Altos Organismos de la Nación, que repetimos fundamentaban, a su juicio, tal competencia, se acredita documentalmente que no queda nadie vivo contra el que dirigir el procedimiento -fuera de las figuras históricas, notoriamente fallecidas, pues no se olvide que se habían individualizado nominalmente en la causa numerosos responsables-, y antes de que tal resolución judicial fuera revocada, se inhibió a favor de los Juzgados ordinarios de instrucción, cuyas cuestiones de competencia aun hoy están pendientes de resolver, lo que a nuestro juicio supone:

1º) Que el juez acusado consideraba, al menos, discutible su propia competencia, y acordó instruir en los términos expuestos; y

2º) Que en cuanto pudo comprobar tales datos, declinó tal competencia, asumiendo, pues, que carecía de ella, lo que neutraliza cualquier atisbo de obstinación en este

extremo, y desde luego, impide la concurrencia del elemento subjetivo del delito por el que ha sido acusado.

En este sentido, procede la absolución del magistrado acusado, pero residenciando tal proceder en la falta de tal elemento subjetivo del delito, que nos parece técnicamente más apropiado, más que en lo relativo a la errónea decisión objetiva, en donde converge nuestra argumentación con la de la mayoría, cuyos primeros apartados asumo y comparto plenamente.

Señalar finalmente que esta distinción contribuye a enjuiciar con más precisión las conductas consistentes en las discrepancias interpretativas en la aplicación del Derecho, pues tal doloso injusto penal ha de polarizar sustancialmente sobre la toma de la decisión, y no tanto sobre la decisión misma, que tiene sus recursos correctores.

Julián Sánchez Melgar

VOTO PARTICULAR

Voto Particular que formula el Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín a la sentencia núm. 101/2012, recaída en la Causa especial núm. 20048/2009.

Desde el profundo respeto que me merece la posición mayoritaria de mis compañeros de Sala en la presente Resolución, he de discrepar, no obstante, de la misma por considerar que efectivamente nos hallamos ante un delito de prevaricación judicial dolosa, del art. 446 3 CP, toda vez que el Magistrado acusado, con pleno conocimiento de la contradicción de sus Resoluciones con el ordenamiento jurídico español, que estaba obligado a aplicar y respetar, comenzó asumiendo competencia que no le correspondía para incoar un procedimiento penal inviable, instrumentalizándolo al servicio de sus propias intenciones subjetivas, contra personas ya fallecidas y por delitos que habían sido objeto de amnistía o que, en todo caso, se encontraban ya claramente prescritos, lo que en definitiva supuso un abuso de sus facultades jurisdiccionales, imponiendo su voluntad y la búsqueda de intenciones propias sobre el mandato explícito de la norma.

Mi discrepancia del criterio de la mayoría, por tanto, se establece con base en las siguientes razones:

I

En esa decisión mayoritaria se comienza describiendo los hechos acreditados como consecuencia de la Instrucción en su día llevada a cabo y de la prueba, esencialmente documental, practicada en el acto del Juicio oral que, en resumen y completados con los que ya se expusieron en su día por el Instructor de la Causa en su Auto de 3 de febrero de 2010 que aquí se consideran también relevantes, son:

1) Que el 19 de diciembre de 2006 el Magistrado acusado ordenó, manifestando que los hechos podían ser constitutivos de un delito que no identifica, la incoación de Diligencias Previas, admitiendo a trámite las denuncias formuladas por diversas personas y Asociaciones que, invocando el derecho a conocer el destino de los restos de personas fallecidas como consecuencia de un “plan preconcebido y sistemático” de eliminación de enemigos políticos desatado tras lo que los denunciantes denominan “sublevación militar” acaecida en nuestro país el 18 de julio de 1936, exigían su derecho a conocer la ubicación de los restos de tales víctimas, quejándose de que el Estado no preste su colaboración en esa tarea de localización de los lugares de enterramiento cuando era su responsabilidad y solicitando a la Administración de Justicia “...que asuma un papel activo en la localización de las fosas, exhumaciones, identificación de restos y restitución a sus familiares...” puesto que las “...familias no cuentan con los medios necesarios...” para ello. Así mismo dispone en ese momento el traslado al Fiscal para que informe acerca de la competencia para conocer del asunto, traslado que no se materializa en aquel momento.

2) Desde la fecha mencionada, 19 de diciembre de 2006, hasta junio de 2008 transcurre año y medio en los que el Instructor no realizaría ninguna diligencia de investigación ni acordaría medida alguna de protección a las víctimas, limitándose a practicar las ratificaciones de las denuncias presentadas y, sólo tras ser objeto de denuncia, a causa de su inactividad, por parte de la “Asociación por la recuperación de la memoria histórica de Mallorca” ante el Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial, el día 8 de noviembre de 2007 dispone, por proveído de 16 de noviembre de 2007, hacer efectivo el traslado al Ministerio Fiscal, que había acordado ya once meses antes, para que se pronunciase acerca de si le correspondía al Instructor la competencia para la tramitación del procedimiento.

Como consecuencia de ello el Fiscal informó el día 1 de febrero de 2008 en el sentido de que ni procedía admitir a trámite las denuncias, pues la Ley de Amnistía era plenamente aplicable a los hechos denunciados y no cabía la calificación de los hechos como delitos de lesa Humanidad ya que no era posible la aplicación retroactiva de esta categoría delictiva, de acuerdo con la doctrina expresa de esta Sala (STS de 1 de octubre de 2007, caso “Scilingo”), ni en cualquier caso correspondería al Juzgado ... la competencia para conocer de un procedimiento semejante ya que, según el art. 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no sería competente la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de un delito de lesa Humanidad cometido en el territorio español, pues tan sólo en relación con los delitos cometidos fuera de nuestro territorio nacional el principio de Jurisdicción Universal le otorgaba esa competencia que, en otro caso, correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales del lugar donde los delitos se hubieran cometido.

3) Tras el anterior informe casi cinco meses más transcurrirían hasta que, el día 23 de junio de 2008, el acusado, sin resolver aún sobre lo interesado por el Fiscal respecto de su falta de competencia, dispone la práctica de una serie de diligencias dirigidas tanto a los propios denunciantes como a organismos tales como la Abadía Benedictina de la Santa Cruz del Valle de los Caídos, la Delegación del Patrimonio Nacional en San

Lorenzo de El Escorial, el Centro Documental de la Memoria Histórica del Ministerio de Cultura, Ministerio de Defensa, Dirección General de los Registros y del Notariado, Conferencia Episcopal Española, Dirección General del Libro, Archivos y Bibliotecas, Ministerio de Asuntos Exteriores, Vicepresidencia Primera del Gobierno, etc. para conocer el número de “desaparecidos” (sic) existentes desde el 17 de julio de 1936 y sus identidades, así como la existencia de denuncias precedentes relativas a esas desapariciones.

4) El 16 de octubre de 2008 el Magistrado acusado decide afirmativamente sobre su competencia para investigar “...un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse el paradero de la víctima en el marco de crímenes contra la humanidad, a los que añadirá delitos contra las personas y contra Altos Organismos de la Nación...” y ya desde ese momento admite que se enfrenta a una serie de lo que denomina como “escollos” tales como el de la irretroactividad de la Ley aplicable, la consideración como delito permanente de detención ilegal la desaparición de las personas víctimas de los hechos a investigar como medio para eludir la prescripción de los delitos, la exclusión de la aplicación de la Ley de Amnistía de 1977, la competencia del Juzgado ... para semejante investigación, la identificación de los presuntos responsables y su situación actual o las posibilidades de que el Instructor dispone para dispensar protección a las víctimas de las infracciones investigadas.

5) El 18 de noviembre de 2008, tras aportar acreditación la Policía Judicial acerca del fallecimiento de las 35 personas contra las que se dirigía la investigación y antes de que la Sala de la Audiencia Nacional dictase Auto el día 2 de diciembre estimando el Recurso interpuesto por el Fiscal contra la anterior Resolución del acusado declarando la incompetencia objetiva del Juzgado “...para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el auto de 16 de octubre de 2008.”, el Magistrado dispuso la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento de las personas imputadas y se inhiere a favor de los Juzgados competentes territorialmente para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen.

6) Así mismo, con anterioridad, el mismo magistrado querellado, en fecha 16 de diciembre de 1998, en Diligencias Indeterminadas 70/98 tramitadas en su juzgado, dictó auto en el que rechazó la admisión a trámite de una querrela interpuesta por la Asociación de familiares y amigos de víctimas del genocidio de Paracuellos del Jarama contra D. Santiago, el partido Socialista Obrero Español, el Partido Comunista, el Estado Español y la Comunidad Autónoma de Madrid. Argumentaba, entre otras consideraciones, sobre la aplicación a los tipos penales objeto de la querrela, de la aplicación del instituto de la prescripción y de la amnistía de 1977 a los hechos denunciados.

II

Junto con esos hechos, ya descritos por el Instructor en su día y plenamente confirmados por esta Sala tras el Juicio oral, la mayoría, a lo largo de los primeros

Fundamentos de su Resolución, seguidamente efectúa una serie de valoraciones jurídicas que no puedo por menos que compartir y que son las siguientes:

1) Que “No es posible en nuestro sistema procesal una actividad jurisdiccional de mera indagación sin una finalidad de imposición de una pena”, lo que implica la existencia de responsabilidades penales exigibles y con, al menos potencialmente, la presencia del imputado con pleno ejercicio de su derecho de defensa y con la intervención activa que la Ley procesal establece y le garantiza.

Lo que evidentemente no se pretendía ni con las denuncias ni por el Instructor que, en realidad, lo que perseguían era la satisfacción del derecho a conocer las circunstancias en las que aquellas personas habían fallecido y el lugar en el que reposaban sus restos, a la manera de los denominados “Juicios de la verdad” llevados a efecto en otras latitudes, pero que no están reconocidos en nuestro ordenamiento y, menos aún, dentro de un proceso penal que, como hemos visto, tiene un objeto que excluye absolutamente esa clase de finalidad pues “El derecho a conocer la verdad histórica no forma parte del proceso penal...” ya que, como dice la decisión mayoritaria, “Difícilmente puede llegarse a una declaración de verdad judicial, de acuerdo con las exigencias formales y garantistas del proceso penal, sin imputados, pues estos fallecieron, o por unos delitos, en su caso, prescritos o amnistiados.”

Y es que, en efecto, no puede caber duda alguna de que, no sólo los supuestos autores de los ilícitos que se denunciaban habían muerto cuando las denuncias se presentan, sino que, en todo caso, sus actos, presuntamente delictivos, habrían sido objeto de amnistía como consecuencia de la LO de 1977 y, por si todo lo anterior fuera poco, se encontrarían además prescritos, de acuerdo con las previsiones de los arts., 130 y siguientes del Código Penal.

Con lo que no tenía sentido la incoación de un procedimiento penal a partir de unas denuncias que, en realidad, no buscaban el enjuiciamiento y condena de personas responsables de hechos delictivos, imposibles ya al haber fallecido, sino la legítima satisfacción moral de conocer el paradero de los restos de sus familiares y el auxilio del Estado, económico y de medios materiales, para conseguir ese fin.

2) Se apoya el acusado en su Auto de 16 de octubre de 2008 en una particular lectura de la Sentencia de esta Sala de 1 de octubre de 2007 (caso “Scilingo”) para sostener que el hecho de que encontrarse la investigación de unos delitos de detención ilegal sin ofrecer razón del paradero de la víctima “en el marco de crímenes contra la humanidad” le faculta para atribuirse la competencia, criterio completamente erróneo, como se encargan de explicar mis compañeros suficientemente, habida cuenta de que no sólo la referida “doctrina Scilingo” no avala semejante decisión del acusado en modo alguno sino que, incluso, en esa Sentencia lo que pueden leerse son, en realidad, consideraciones tan contrarias a los intereses del Magistrado como las de la insistencia en la vigencia, en nuestro ordenamiento, del principio de legalidad y sus exigencias de “lex previa, lex certa, lex scripta y lex stricta”, la irretroactividad del art. 607 bis CP (delitos de lesa Humanidad) que no se incorporó a nuestro Código hasta el 1 de

octubre de 2004, así como la necesidad de una precisa transposición, operada según el Derecho interno, para posibilitar la aplicación del Derecho Internacional Penal, al menos en aquellos sistemas, como el español, que no contemplan la eficacia directa de las normas internacionales (art. 10.2 CE), incluidas por supuesto las de carácter consuetudinario y todas aquellas de esta misma naturaleza o de otra distinta en las que intenta apoyar su decisión competencial el acusado.

3) En lo que se refiere a la sorprendente persecución de delitos de los que sus posibles autores se encontrarían ya fallecidos la Sentencia mayoritaria refiere que, aún cuando el Magistrado, al tiempo de asumir su competencia, afirmase desconocer si alguno de los imputados estaba vivo, “Sin embargo, no podría desconocer que era notorio el fallecimiento de alguno de los imputados en su causa y cuando la lógica del tiempo le hubiera llevado a la conclusión que cualquier persona ejerciendo funciones de mando y responsabilidad tendría en la época de los hechos una edad que en el 2008 sería más que centenaria.”

4) Por otra parte, respecto de la ausencia de prescripción de los delitos objeto de investigación que el Magistrado acusado defiende argumentando que nos hallaríamos ante un delito permanente de detención ilegal sin dar cuenta del paradero de la víctima, la Resolución mayoritaria es categórica cuando, tras recordar que “Las diligencias penales se originan en 2006 por lo que han transcurrido entre 54 y 70 años, tiempo que supera con creces el de la prescripción señalado en el art. 131 y siguiente del Código penal”, pasa a afirmar que “...la argumentación sobre la permanencia del delito no deja de ser una ficción contraria a la lógica jurídica” pues “No es razonable argumentar que un detenido ilegalmente en 1936, cuyos restos no han sido hallados en el 2006, pueda racionalmente pensarse que siguió detenido más allá del plazo de prescripción de 20 años, por señalar el plazo máximo”, por lo que, en definitiva, “Esa construcción supondría considerar que este delito se sustrae a las normas de prescripción previstas en el Código penal.”

Porque, y ésta es una pregunta que me hago yo, ¿pretende acaso el Magistrado acusado que unas personas víctimas de desaparición forzada bajo la Dictadura han permanecido en situación de privación de libertad, en algún lugar ignoto, durante una extensión tal de tiempo, en la que se incluyen los últimos 36 años, recuperadas ya plenamente las libertades propias de nuestro sistema democrático?

El que se acuda a una argumentación de tamaña inconsistencia, para superar el “escollo” que suponía la evidente prescripción de los posibles delitos, evidencia bien a las claras la voluntad del acusado de seguir adelante con sus personales designios sin preocupación alguna por cumplir con la obligación de respeto al Derecho vigente.

5) Finalmente, en cuanto al dato de que las infracciones investigadas se encontraban amnistiadas, de acuerdo con la Ley de 1977, el texto que apoya la mayoría explica con toda claridad y rigor el valor y alcance de dicha norma en relación con estos delitos, norma que por otra parte ya había aplicado, admitiendo por tanto su legítimo valor y

eficacia, el propio acusado en su Auto, ya mencionado, de 16 de diciembre de 1998 (caso "Paracuellos").

La evidencia en este punto de la concurrencia del elemento de abuso de poder en el que se instala el núcleo de la significación antijurídica del acto prevaricador queda magistralmente reflejada cuando mis compañeros, tras exponer cómo "La idea fundamental de la "transición" fue la de obtener una reconciliación pacífica entre los españoles y tanto la Ley de Amnistía como la Constitución Española fueron importantísimos hitos en ese devenir histórico" y recordar que la misma fue aprobada por un Poder legislativo con plena legitimidad democrática y representación de todos los partidos e ideologías y que, frente a otras llamadas Leyes "de punto final", ésta "...en ningún caso fue una ley aprobada por los vencedores, detentadores del poder, para encubrir sus propios crímenes", concluyen diciendo que "Precisamente, porque la transición fue voluntad del pueblo español, articulada en una ley, es por lo que ningún juez o tribunal, en modo alguno, puede cuestionar la legitimidad de tal proceso. Se trata de una ley vigente cuya eventual derogación correspondería, en exclusiva, al Parlamento."

III

Por otra parte, la doctrina de esta Sala ha venido insistiendo, respecto del delito de prevaricación judicial, en los siguientes aspectos:

1) Que en este delito "Lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del derecho..." (STS de 3 de febrero de 2009) pues "...la cuestión de la responsabilidad penal del juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos que se hace necesaria la exigencia de responsabilidad penal del juez como "contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia". (STS de 3 de febrero de 2009).

2) Que su diferencia con la prevaricación administrativa se encuentra tanto en la "...mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa..." como porque "...la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, de ahí que no deba trasladarse "sic et simpliciter" los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntico, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en derecho" (STS de 3 de febrero de 2009).

3) Que, así mismo, "...siendo el sujeto activo un juez, la injusticia de su resolución puede estar escondida en una argumentación aparentemente ajustada a derecho" (STS de 15 de octubre de 1999, caso "Gómez de Liaño").

4) Que "...este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la

función judicial de decidir aplicando el Derecho...”, lo que supone que “...se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales” (STS de 15 de octubre de 1999). Por ello, la antijuridicidad de la Resolución judicial “...ha de ser demostrativa del apartamiento de la función que corresponde al juez en el Estado de Derecho según los arts. 117.1 y 103.1 de la Constitución” (STS de 15 de octubre de 1999) que, a su vez, disponen el “...sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” en la actuación de cualquier Administración Pública y que la Justicia se administra por Jueces y Magistrados “...sometidos únicamente al imperio de la ley.”

5) Que la comisión de esta clase de ilícitos requiere dos elementos, a saber, “...el objetivo, integrado por el dictado de una resolución injusta, y el subjetivo, integrado en saber que se está dictando la resolución injusta” (STS de 3 de febrero de 2009).

6) Que “...la esencia de este delito radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe tal quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible...” e incluso “En caso de normas de contenido impreciso y en los de decisiones sobre facultades discrecionales 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” (STS de 3 de febrero de 2009).

7) Que se da este delito de forma especial en todos los casos de absoluta falta de competencia, tanto “...cuando se inobservan las normas esenciales de procedimiento o cuando el contenido de la resolución judicial suponga un torcimiento flagrante del Derecho” (STS de 24 de junio de 1998).

8) Que, por otra parte ha de excluirse una concepción subjetivista del elemento objetivo de la injusticia de la Resolución toda vez que “...no se configura el delito como el producto de la actitud subjetiva del juez al aplicar el derecho, o sea, según su propia idea de la justicia, sino que la ilegalidad ha de existir objetivamente” (STS de 15 de octubre de 1999), ya que “El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho” (STS de 3 de febrero de 2009).

IV

En definitiva, a la vista de los hechos tenidos como probados, tanto por mis compañeros de Sala como por mí mismo, a partir de las conclusiones alcanzadas durante la Instrucción y que se han visto plenamente corroboradas en fase de enjuiciamiento, así como del contenido de la reiteradísima y pacífica doctrina

jurisprudencial que acaba de citarse, la conclusión, a mi juicio, no podría ni debería ser otra que la condenatoria, toda vez que la conducta del acusado integra plenamente los elementos constitutivos de un delito de prevaricación judicial, tal como viene descrito en el art. 446 3 del Código Penal, es decir, el hecho de que un Magistrado dicte a sabiendas una Resolución injusta.

En efecto, resulta obvio que el acusado, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, adoptó cuando menos las siguientes decisiones contrarias a Derecho:

a) Incoar un procedimiento penal con una finalidad impropia de este instrumento legal, puesto que se dirigía contra personas fallecidas, con los presuntos delitos amnistiados y, en todo caso, ya prescritos, por lo que, desde su inicio resultaba evidente la imposibilidad de concluir en el enjuiciamiento de responsable alguno respecto de los hechos objeto de investigación.

b) Perseguir, por consiguiente, con esa Instrucción penal como única finalidad la de la localización de los lugares de enterramiento de las personas fallecidas en el transcurso de la Guerra Civil y, posteriormente, a consecuencia de las represalias realizadas por una de las partes contendientes en ella, la que impuso su dominio por las armas. Finalidad que la Ley vigente no atribuye, en caso alguno, a la jurisdicción penal sino a las Administraciones que pueden, y deben, facilitar a los familiares de los fallecidos los medios para la localización, identificación y recuperación de sus restos (Ley de la Memoria Histórica).

c) Atribuirse indebidamente la competencia para la Instrucción de ese procedimiento pues, aún cuando su objeto hubiere sido procesalmente válido, se refiriese realmente a la persecución de delitos de lesa Humanidad y existiera efectivamente la posibilidad de alcanzar la condena de algún responsable por ellos, de ninguna manera sería el titular del Juzgado ... el competente para su investigación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65 LOPJ, al tratarse de hechos acaecidos en territorio español y, por ende, no afectados por los criterios competenciales derivados de la aplicación de los principios de Jurisdicción Universal previstos en el art. 23 LOPJ. Sin que en este punto pudiese tampoco valer de excusa que tales hechos se refirieran a un delito contra el Gobierno y las altas Instituciones legítimas de la República no sólo porque dicho delito también estaría prescrito, como tan acertadamente razonan mis compañeros, sino también por la sencilla razón de que en el tiempo que el propio acusado acota respecto de los hechos objeto de su investigación (a partir de 1939 y hasta 1954) ese Gobierno legítimo ya se le había hecho desaparecer.

La realidad de tales hechos y la calificación de los mismos como contrarios a Derecho a nadie, de los trece miembros de esta Sala, que tanto durante la fase de Instrucción como en el enjuiciamiento hemos tenido intervención en la presente Causa especial, de entre los catorce Magistrados titulares que en este momento integramos la plantilla real del Tribunal, nos han ofrecido duda alguna, a la vista del contenido constante de nuestras sucesivas Resoluciones.

Con ello se satisfaría ya, en principio, la integración del tipo objetivo del delito, es decir, el dictado de una (en este caso más de una) Resolución “injusta”, quedando por determinar, tan sólo, si esa contrariedad al Derecho era conocida por el acusado que, a pesar de ello, decidió actuar en desobediencia al ordenamiento jurídico o si, por el contrario, no fue consciente de la real trascendencia antijurídica de su conducta, lo que abriría el debate acerca de si nos hallamos ante un supuesto de delito imprudente, también previsto en nuestra legislación para la prevaricación, exclusivamente si se trata de la judicial (art. 447 CP), camino que parece iniciar el Voto Particular del Excmo. Sr. Sánchez Melgar que, no obstante, concluye también en la convicción de que lo procedente es la conclusión absolutoria.

Pero la opinión de mis compañeros de la mayoría no llega a entrar en esa valoración de la concurrencia, o no, del elemento subjetivo acerca de si el acusado dictó sus Resoluciones “a sabiendas” de que con ellas contravenía el Derecho pues consideran que, como quiera que evidentemente hay que distinguir el mero error o la simple equivocación en la interpretación de la norma de la prevaricación y que, por ende, no toda decisión no ajustada a Derecho ha de ser considerada prevaricadora, que éste es uno de esos casos en los que no se da ese “plus” de entidad en la contravención que convierte el simple error jurídico en decisión prevaricadora.

Y consideran los cinco compañeros que no suscriben ninguno de los dos Votos Particulares que tal circunstancia de la posibilidad alternativa de una distinta interpretación de la norma, en el sentido que siguió el acusado, no se inscribe en el ámbito de la subjetividad del autor de dichas decisiones, que pudiera pensar que las mismas eran correctas, sino que excluye la concurrencia del elemento objetivo del tipo, porque “objetivamente” la aplicación que se hizo de la norma, en este caso, no era tan claramente contraria a Derecho como para merecer el reproche penal.

En resumen: que la interpretación del Derecho que sostenían los Autos objeto de examen era, aunque equivocada, “objetivamente” defendible en nuestro ordenamiento.

Yo disiento por completo de semejante planteamiento y adelanto, desde aquí, que incluso de ser cierta esa posibilidad de una interpretación alternativa como la que el acusado siguió, tendría toda la razón el Voto concurrente de que la misma sólo cabría entenderla desde la subjetividad de quien la utilizó, dando eso sí lugar con ello a una conducta punible a título de imprudencia, pero sin poder en modo alguno considerar que “objetivamente” no nos hallamos ante Resoluciones “injustas”, en el sentido que a este calificativo, de apariencias tan grandilocuente, ha venido dando en forma más ajustada y realista toda nuestra Jurisprudencia hasta el día de hoy.

En realidad, tan sólo parte de los últimos párrafos de su extensa Fundamentación, en especial de los dos últimos de la misma, dedica la Sentencia mayoritaria a explicar las razones por las que considera que, a pesar de la evidencia de lo erróneo de la interpretación del Derecho llevada a cabo por el Magistrado acusado y que tan amplia y acertadamente se describe en toda la argumentación precedente cuyo contenido comparto fervorosamente pues constituye un excelente texto tanto en lo estrictamente

jurídico como en la explicación contextual, social, política e histórica, de las normas de aplicación en el caso enjuiciado, no existe sin embargo delito de prevaricación de clase alguna pues, desde el punto de vista objetivo, no se da ese elemento que transforma la simple equivocación en un ejercicio abusivo de las funciones que tiene atribuidas el Juez que pretende imponer su voluntad, intención particular o capricho sobre el imperio de la norma emanada de la soberanía popular, a través del Poder legislativo, sustituyendo la aplicación de ésta con suplencia del Legislador.

En este caso, la conducta del acusado quedaría dispensada del reproche penal según mis compañeros, porque, la "...finalidad perseguida, aún cuando errónea en su realización y convenientemente corregida, ha tratado de mejorar la situación de unas víctimas cuyo derecho a conocer los hechos y recuperar sus muertos para honrarles es reconocido por la Ley de Memoria Histórica" y porque la argumentación en apoyo de tales Resoluciones, "...aunque errónea, es mantenida por algunos juristas en sus informes y en alguna resolución de organismos de control de Derechos Humanos", textos de los que la propia Sentencia ha dado cuenta anteriormente para afirmar que en modo alguno vinculan a nuestros Tribunales.

La finalidad o "buena intención" del Juez que dicta Resoluciones no acordes con la norma que tiene la obligación de aplicar, obviamente no sirven para justificar su conducta y así lo ha reiterado este Tribunal en numerosas ocasiones.

La propia Resolución mayoritaria expresa con rotundidad y enfáticamente que el Sistema penal "...no es el medio que el legislador ha dispuesto para atender esas legítimas pretensiones."

Me preocupa seriamente que, con la argumentación mayoritaria (el fin dar satisfacción a los perjudicados contribuye a justificar la incorrecta aplicación de la norma) se pueda estar dando pie a que alguien, en situación semejante, presuma que se encuentra habilitado para aplicar el célebre principio de que "el fin justifica los medios" que tan enérgica y razonablemente se ha declarado ajeno a la cultura propia de un Estado de Derecho en pronunciamientos de esta Sala muy recientes como los contenidos en la Sentencia de 9 de febrero de 2012 (caso "Garzón/intervención de las comunicaciones de los presos") donde se concluye afirmando tan categórica como justamente que "La justicia obtenida a cualquier precio termina no siendo justicia."

Pero es que, además y por si fuera poco, resulta que dicha finalidad, de satisfacción de las justas pretensiones de los familiares de las víctimas del franquismo, no era tampoco realizable por la vía del procedimiento penal, como lo demostró el destino último, previsible y lógico de las actuaciones incoadas por el acusado.

Y tal circunstancia, que el Magistrado sin duda debía conocer, convertía toda su actuación procesal en un verdadero simulacro de instrucción penal que, a la postre, conduciría a los denunciados, como era previsible e inevitable, a una frustración más en tan difícil y meritoria búsqueda de los restos de sus seres queridos para honrarlos debidamente, añadiendo sobre ellos un nuevo y reiterado efecto "victimizador".

Porque la legitimidad y razón que ampara a esos perjudicados en sus pretensiones no admite discusión de ninguna clase, resultando ociosa la prueba en tal sentido aportada por la Defensa al Juicio y en él practicada, aunque que ello no fuera propiamente objeto del mismo, pues avergüenza pensar que se haya podido plantear siquiera la duda, hasta el punto de practicar pruebas ante este Tribunal acerca de ese extremo, de que ha de darse por indiscutible el legítimo derecho de los denunciados a ver cumplidos sus deseos. Hasta la propia Acusación ha venido insistiendo en esta misma idea de reconocimiento innegable.

La cuestión es otra. No se está enjuiciando si a los denunciados les asistía la razón, e incluso por supuesto el derecho, para pedir lo que pedían, y si, por tanto, el intentar darles satisfacción justifica la aplicación torcida de la norma, sino si el Magistrado acusado era realmente quien debía darles respuesta y disponía de los instrumentos legales para ello o si, con sus actos, vulneraba el ordenamiento jurídico a su capricho, hasta el punto de perjudicar, por buena que fuera su intención, los propios intereses de los denunciados conduciéndoles al callejón sin salida de un procedimiento penal sin ninguna finalidad posible.

Porque no sólo en el procedimiento penal, como ya queda dicho, no tenía en modo alguno cabida la tramitación de una pretensión semejante, sino que, incluso, el 26 de diciembre de 2007, en pleno compás de espera en la tramitación de la Causa, el Parlamento español aprobó la Ley 52/2007, denominada "de la Memoria Histórica", en la que se reconocen y amplían los derechos de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, incluyendo todo lo relativo a la localización, recuperación y tratamiento de los restos de los fallecidos en tales circunstancias, materia cuya competencia se atribuye, con carácter general, a las Autoridades administrativas ajenas a la jurisdicción.

Y, a pesar de ello, el acusado prosiguió con su procedimiento penal, en el que tan sólo un mes antes de la aprobación de esa Ley, muy avanzada ya su tramitación parlamentaria, el 16 de noviembre de 2007, había decidido por fin dar traslado al Fiscal, para su Informe sobre competencia, cumpliendo entonces lo acordado once meses atrás.

En todo caso ¿es que la intención de dar satisfacción a los denunciados puede justificar la persecución de unos delitos prescritos y con sus presuntos autores ya fallecidos, como hecho más que notorio en especial respecto de algunos de ellos como en el caso del General Franco, contra el que también se incoa desde un principio la causa?

Pues bien, si no se puede justificar el incumplimiento de la norma aplicable ni por la bondad de la finalidad perseguida cuando además, en este caso, ese objetivo legítimo tenía sus propios cauces para ser alcanzado, de acuerdo con la más reciente legalidad, otro tanto cabe decir de la alusión a los informes de ciertos juristas y a alguna resolución de los organismos de control de Derechos Humanos, como elementos que

neutralizarían el carácter “injusto”, por contrario a Derecho, de las Resoluciones dictadas por el acusado.

Hasta hoy, al menos, cuando se ha medido la decisión acordada por el acusado de prevaricar, a efectos de valorar el exceso en la aplicación de la Ley por parte del Juez que, abusando de la función que tiene encomendada, hace imperar su voluntad sobre la del Legislador y, por ende, es reo del delito de prevaricación, se había remitido siempre este Tribunal a la propia norma vigente en nuestro ordenamiento nacional, cuando es evidente en su sentido y su vigencia incuestionable, y en incontables ocasiones, precisamente para evitar que una condena de esta clase pudiera basarse en una interpretación concreta del Tribunal Supremo, en la propia doctrina jurisprudencial cuando ésta resultaba inequívoca, clara, notoria y exclusiva en relación con la interpretación del precepto.

Aquí, sin embargo, nos encontramos con la originalidad consistente en el hecho de que mis compañeros equilibran lo que es una serie de Resoluciones, cuyo carácter contrario al Derecho se explica con pormenor y claridad diáfana, con la existencia de opiniones o criterios, ajenos a nuestro ordenamiento, para afirmar que, objetivamente, la decisión del acusado permitía una interpretación alternativa que excluye el delito de prevaricación.

Pero ¿cómo puede existir esa interpretación alternativa si la misma habría de basarse en criterios que no son de aplicación en nuestro ordenamiento y que, incluso, contradicen preceptos expresos contenidos en éste, tales como los relativos a la prescripción de los delitos, la Ley de Amnistía de 1977 o la de Memoria Histórica de 2011, o principios como el de legalidad o el objeto del procedimiento penal y sus garantías en nuestro Sistema penal, por no hablar de las propias reglas de competencia de los órganos jurisdiccionales?

¿Es que a partir de ahora el Juez español puede desobedecer las leyes patrias, las dictadas por nuestro Parlamento soberano, porque encuentre criterios u opiniones ajenos a nuestro Derecho que coincidan con su particular modo de ver las cosas?

En mi modesta opinión, si el delito de prevaricación se refiere a la gravemente incorrecta aplicación del Derecho, alude en exclusiva al Derecho español, de obligado cumplimiento en nuestro país, el que los Jueces nacionales tienen que aplicar, incluyendo, por supuesto, aquel otro que, emanado de la letra de los Convenios internacionales suscritos por España, o de sus derivaciones como el Derecho comunitario, o de los Tribunales u órganos encargados de interpretar esos textos, tenga acogida en nuestro ordenamiento de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y en las Leyes. Y basta.

Creo que así lo entienden cada día los Jueces españoles cuando de aplicar el Derecho, las fuentes de nuestro Derecho, se trata.

Por otra parte, la absoluta inexistencia de Resoluciones anteriores semejantes a las adoptadas por el acusado de órgano jurisdiccional alguno, ni en España ni por virtud de jurisdicción universal por ningún Juez del mundo hasta ese momento, ni de una iniciativa en ese mismo sentido por el Ministerio Fiscal en todo ese considerable período de tiempo de setenta años o, cuando menos, treinta desde la restauración del régimen democrático en nuestro país, debían sin duda haber sido avisos, incluso para el menos avisado de los Jueces, sobre la improcedencia de las Resoluciones adoptadas, máxime cuando, como luego veremos, ese fue también el criterio seguido por el propio acusado al desestimar la admisión de la querrela interpuesta por unos hechos análogos a los que aquí nos ocupan, en las diligencias 70/1998 (Caso "Paracuellos").

De hecho, el propio texto que apoyan mis compañeros de la mayoría dice textualmente que: "El magistrado acusado se ha apoyado en fuentes de interpretación reconocidas en nuestro ordenamiento, si bien ha obviado que la fuerza expansiva de la cultura de protección de los Derechos Humanos, que es vinculante en nuestra interpretación, ha de ajustarse a las exigencias del principio de legalidad, en los términos que aparece diseñado en el art. 9.3 de la Constitución..."

Con este argumento, para mí, se habría completado plenamente el elemento objetivo del tipo del delito en su integridad, toda vez que lo que viene a decirse es que el Magistrado acusado ha obviado el cumplimiento del principio de legalidad buscando amparo para desobedecer la Ley que está obligado a cumplir en planteamientos, del todo respetables, pero carentes de la menor eficacia en y contra nuestro ordenamiento, en tanto que el elemento subjetivo, es decir, el que el Magistrado acusado sabía perfectamente que incurría en grave incumplimiento de la Ley, aparece de forma aún más clara si cabe a partir de dos circunstancias evidentes.

En primer lugar, su amplia experiencia y conocimientos como Juez de Instrucción durante muchos años, tramitando gran cantidad de asuntos de indudable trascendencia, que hacen imposible pensar que pudiera desconocer cuestiones tan elementales como el Derecho aplicable en una instrucción o los fines del procedimiento penal, Leyes como la de Amnistía o de la Memoria Histórica, esta última además aprobada precisamente durante el transcurso de las diligencias que son aquí objeto de enjuiciamiento, o las normas en las que se apoya su propia competencia.

Resultaría realmente un insulto a la razón afirmar el desconocimiento de cuestiones tan esenciales por un profesional como el Magistrado acusado y, en todo caso, semejante afirmación, que en modo alguno suscribo, habría de conducir, con harta probabilidad, no a la absolución sino a una condena por prevaricación imprudente del art. 447 CP.

La actitud del acusado en relación con las decisiones destinadas a prolongar su conocimiento de la causa, frente al informe contrario del Fiscal que se oponía a su competencia para ello, acordando posteriormente un sobreseimiento libre por extinción de responsabilidad penal por fallecimiento de los denunciados, cuando se sabe que semejante Resolución no incumbe en ningún caso al Instructor en el Sumario Ordinario

sino a la Sala, y la posterior y precipitada inhibición a favor de múltiples Juzgados sobre los que la Audiencia carecía en absoluto de competencia funcional, con lo que evitaba el control de ésta sobre sus decisiones precedentes, son en su conjunto datos igualmente reveladores de la plena conciencia por su parte de lo irregular de su comportamiento procesal.

Debiendo, por cierto, salir aquí al paso de una aseveración de mis compañeros que con todo respeto no comparto, en concreto cuando dicen que “No es, por lo tanto, congruente plantear la denuncia por prevaricación respecto a los dos autos, pues en uno se afirma y en el otro se niega la competencia.”

Pues bien, a mi juicio tal incongruencia no es tal pues si bien uno de los aspectos irregulares del Auto inicial de 16 de octubre de 2008 es el de la asunción de una competencia que claramente no le correspondía, por lo que se refiere al de 18 de noviembre de 2008, en el que declina esa competencia, antes de que se pronuncie en el mismo sentido la Sala de la Audiencia, el acusado atribuye, al inhibirse, una jurisdicción a los “juzgados competentes para la exhumación de las fosas que han sido identificadas y las que en el futuro se identifiquen” de igual modo inexistente pues, como ya se ha dicho, desde la publicación de la Ley de la Memoria Histórica era a la Administración a quien correspondía esa tarea. Culmina así el Magistrado su actuación en este procedimiento insistiendo, una vez más, en un pronunciamiento contrario a la Ley con el ánimo evidente de perpetuar la imposición de su particular interpretación sobre los mandatos expresos de la norma positiva.

Pero es que además, si existiese aún alguna duda acerca del conocimiento del acusado de cuál era la correcta aplicación del Derecho a un caso como el que ha sido objeto de las presentes actuaciones, tenemos como prueba de que él sí que sabía la solución acertada el hecho de que la expuso y sostuvo, con meridiana claridad y hasta con un empeño y energía poco frecuentes, en el Auto de fecha 16 de diciembre de 1998, por el que inadmitía a trámite la Querrela presentada por la “Asociación de familiares y amigos de víctimas del genocidio de Paracuellos del Jarama” contra Santiago y otros.

En esa ocasión el acusado, aplicando con toda corrección la Ley a un caso de extraordinaria semejanza con éste, aunque alguno de los allí querrellados constase entonces que aún permanecía con vida, y cuya solución, en cualquier caso, pasaba por la interpretación y aplicación de los mismos preceptos, en especial la Ley de Amnistía de 1977, rechaza la querrela, emitiendo incluso fuertes reproches contra sus autores por el hecho de haberla interpuesto con tan nulo fundamento jurídico al encontrarse los hechos amnistiados, sin hacer alusión ninguna entonces a razones para esa inadmisión que ahora pretende alegar como distintivas de ambos supuestos.

Mis propios compañeros coinciden en esta apreciación, si bien excluyen su significación reveladora del perfecto conocimiento por el acusado de la correcta aplicación del Derecho en aquella primera ocasión y, por ende, de su torcida conducta en la que aquí se enjuicia, probablemente sin necesidad de entrar en ello puesto que al

considerar que no se cumple el tipo objetivo del delito no sería preciso justificar también la inexistencia del subjetivo.

Sin embargo se argumenta la intrascendencia de aquella Resolución y la discrepante aplicación del criterio con base en "...que los diez años transcurridos entre una y otra resolución ponen de manifiesto un cambio de opinión jurídica sobre unos hechos, con independencia de sus autores y puede ser debida a la distinta concepción del sustrato de protección y de la fuerza expansiva de los derechos humanos en los últimos tiempos."

Razonamiento que, con sinceridad y modestia, no me resulta en absoluto convincente, máxime cuando en ningún momento esa ha sido la explicación que nos ha ofrecido el acusado ni su Defensa, que justifican el cambio de criterio por una diferencia entre los delitos a perseguir en una y otra ocasión que, a su vez, nada tiene que ver con la corrección al interpretar el ámbito y la eficacia de la Ley de Amnistía.

De modo que, según mis compañeros, el acusado no sólo no aplicó debidamente la norma en el caso que enjuiciamos sino que cuando antes había acertado plenamente en ello con posterioridad se corrigió a sí mismo, sin mala fe, para errar aplicando como Derecho criterios y opiniones ajenas a nuestro ordenamiento que, por su mera existencia, justificarían el hecho de que el Juez las acoja y se base en ellas como fundamento de su decisión y posterior amparo frente a la acusación de prevaricación.

De esta forma, en mi humilde opinión, se está elevando por la mayoría de este Tribunal a categoría de exclusión del elemento objetivo del tipo de la injusticia de la Resolución, la adscripción del Juez a unas posiciones, ajenas a los ámbitos del Derecho aplicable en nuestro país, pero que le suscitan adhesión personal y resultan útiles para fundar sobre ellas, ¿en Derecho?, aquellas Resoluciones que persigan los fines benéficos por él deseados.

Pocas veces se habrá visto un ejemplo más claro de lo que es una prevaricación judicial, cuando el Juez elige aquellos criterios que se compadecen con su voluntad, independientemente de su origen, razón o eficacia, para justificar con ellos el incumplimiento del mandato de la norma que verdaderamente le vincula.

Y como entiendo que nos hallamos ante ese supuesto, yo, al contrario de la mayoría, respetuosamente considero que la decisión adoptada, de acuerdo con los hechos incontestablemente probados, la norma aplicable y la numerosísima y constante doctrina de esta Sala que al menos en parte ya se ha citado, no debería ser otra que la condenatoria por la comisión de un delito de prevaricación judicial dolosa del art. 446 CP.

Deseando dejar constancia, además, de mi honda preocupación por el precedente que esta Resolución pudiere llegar a representar en relación con el tratamiento del delito de prevaricación judicial, de modo que, a partir de ahora, en el futuro los Jueces puedan sostener su apartamiento de las normas imperativas de nuestro ordenamiento

alegando la bondad de sus fines o intenciones subjetivas junto a la existencia de opiniones jurídicas, meramente doctrinales o sin efecto de vinculación alguna para nuestros Tribunales, en el dictado de Resoluciones que contravengan de manera clara y flagrante incluso los principios más básicos de nuestro Sistema penal o del resto del ordenamiento jurídico.

V

No puedo finalizar este Voto Particular sin dar, por último, respuesta a dos interrogantes que inquietaban al Ministerio Fiscal, según sus propias palabras en el Informe final dirigido al Tribunal, y sobre las que en mi opinión merece, incluso tras haber alcanzado su objetivo principal con el éxito de la pretensión absolutoria, ser cumplidamente satisfecho.

Máxime porque resulta necesario, por la trascendencia que ello pudiera tener o alarma causar, salir al paso de cualquier sospecha que anide en la mente de quienes forman parte de una Institución tan prestigiosa y justamente merecedora de crédito social como el Ministerio Público de nuestra Nación.

El digno representante del Ministerio Público comenzó su Informe, además de otras referencias a mi juicio poco afortunadas y carentes de razón sobre la actuación del Instructor de este procedimiento y a la propia doctrina de la Sala relativa a la actuación de la acción popular en nuestro procedimiento penal, expresando sus dudas acerca de que estuviéramos asistiendo a un ejercicio del repudiable, y ya por fortuna superado, Derecho Penal “de autor”, en el que se pretendía la condena del acusado por ser quien es, por tratarse de quien se trataba, por su identidad personal y no por la ilicitud de los hechos por él realizados, y concluyó el Fiscal ese mismo alegato con una especie de admonición a la Sala acerca del riesgo que se corría, caso de concluir en una condena en el presente caso, de ataque a la independencia judicial pues podría tomarse como ejemplo de escarmiento a quienes osasen disentir de la opinión de los Tribunales superiores.

Evidentemente ninguna de ambas cuestiones deberían preocupar al Fiscal que seguro que conoce sobradamente que no entra dentro del proceder de ningún miembro de este Tribunal actitud alguna persecutoria contra un ciudadano por el hecho de ser quien es, sospecha que permítasenos calificar a estas alturas, de absurda, al igual que sorprende sobremanera que se intente sostener que un procedimiento tendente a enjuiciar si resulta de aplicación a una determinada conducta el delito de prevaricación judicial supone, por sí mismo, un ataque a la independencia judicial. Antes al contrario.

Del mismo modo que el hecho de la realización de meritorias tareas en pro de la Justicia, nacional e internacional, o de otro orden, a favor incluso si se quiere del conjunto de la Humanidad, no otorgan patente de inmunidad perpetua ante la Ley a su autor, creo que es también sabedor en primera persona el Fiscal de que este Tribunal tan acostumbrado, por razón de las normas de aforamiento, a enjuiciar en única instancia a personalidades de la máxima jerarquía política y social, nunca ha sufrido

prejuicio alguno, ni a favor ni en contra, en razón al carácter o la identidad de la persona sometida a enjuiciamiento, como históricamente sus Resoluciones evidencian.

De la misma manera, no debe olvidarse, y así se lo he de recordar al Fiscal como respuesta a sus inquietudes, que la sanción de la prevaricación es precisamente la justificación misma de la independencia judicial, la contrapartida necesaria del inmenso poder que la sociedad deposita en sus Jueces que, por ese motivo, se les considera tan independientes como sometidos a la Ley.

El poder amplísimo que otorga la jurisdicción no se le entrega al Juez para que actúe arbitrariamente sino para que interprete y aplique la Ley aprobada por el Poder legislativo como representante de la soberanía popular.

El Juez que, con plena conciencia de ello, impone su propio deseo y voluntad, por bienintencionada que su finalidad fuere, sobre la vigencia del Derecho no sólo incumple los deberes de su función sino que comete un acto verdaderamente subversivo contra los principios básicos del Estado de Derecho y del reparto de Poderes propio del sistema Democrático, haciendo un mal uso de la independencia de que goza e incurriendo por ello en el delito de prevaricación.

Y la prevaricación se tiene por producida cuando así lo proclama un Tribunal de Justicia, tras el correspondiente enjuiciamiento y mediando generalmente la Acusación del Fiscal, siempre celoso en su defensa de la legalidad.

Por ello la circunstancia de enjuiciar unos hechos por si fueran constitutivos de delito de prevaricación no debería causar alarma alguna a nadie, menos si cabe al Fiscal, ni miedo por la supervivencia de la independencia judicial sino confianza en que el correcto uso de su independencia por los Jueces está garantizado mediante el control de su cumplimiento.

Incluso la condena, de producirse, tampoco supondría ese ataque a la independencia que tanto teme el Fiscal, sino recta aplicación de la Ley en una materia tan trascendente como la de la evitación de la arbitrariedad y el capricho judicial, en la que numerosas ocasiones se ha significado el propio Ministerio Público obteniendo la justa condena de miembros del Poder judicial merecedores de la misma.

Imagino, no obstante, que el pronunciamiento absolutorio acordado por la mayoría de esta Sala habrá dado cumplida satisfacción al Ministerio Público, despejando ampliamente sus dudas y tranquilizándole respecto de los temores por la incolumidad de la independencia judicial, en tanto que la minoritaria opinión que represento deberá ser respetada, o no, en función de la razonabilidad de mis propios argumentos que, en definitiva, poco deben preocupar puesto que se agotan en la ineficacia, al menos inmediata, del Voto Particular.

Fdo: José Manuel Maza Martín

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Andrés Martínez Arrieta, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.