

ANTONIO DOÑATE

**¿Hacia donde camina la independencia judicial tras el auto de Luciano Varela contra Baltasar Garzón?
¿Se hace realidad que los extremos se tocan?**

Última actualización 09/04/2010@13:25:10 GMT+1

¿Averiguar la verdad de la detención ilegal-desaparición (...) es prevaricar o dar cumplimiento estricto de lo dispuesto en la ley? ¿Está induciendo esta resolución a que los jueces de instrucción apliquen el principio de economía procesal por falta de medios personales o materiales, o la ley del “mínimo esfuerzo”?

NUEVATRIBUNA.ES - 9.4.2010

De un lado la Falange, reivindicando con su querrela reivindicando el honor de los falangistas que fueron precisamente los que corporativa y personalmente masacraron a miles de españoles, cuyo único delito, en su gran mayoría, era ser funcionarios republicanos, miembros de sindicatos o simplemente cargos públicos en los ayuntamientos surgidos tras las elecciones democráticas de Febrero de 1936, o haber dictado alguna sentencia aplicando la normativa derivada de la legislación agraria republicana no dando la razón a un cura propietario de las tierras, como es el caso del Juez de Instrucción de Calamocha(Teruel) Vicente Martínez Alhambra, fusilado por “rojo” en septiembre de 1936. Falangistas que asumieron entusiásticamente las directrices del dictador Franco y sus generales golpistas. Veamos una pequeña pero enjundiosa muestra:

El historiador Espinosa afirma en su obra “Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco” Editorial Critica, Edición de 2004,(pág.61) que el General Yagüe, el 30 de Junio de 1936, o sea, dos semanas antes del día clave para el golpe militar, siguiendo las “Instrucciones Reservadas” del General Mola, y sus “Directivas para Marruecos”de 24 de Junio de 1936, concretó esas directivas en:

“ -utilizar las fuerzas moras Regulares, Mehal-las, Harkas y Policía indígena.

Conferir el mando del orden público y seguridad en las ciudades a elementos de Falange

Detener a las autoridades españolas que sean sospechosas

Clausurar todos los locales de reuniones públicas, tales como centrales sindicales, logias masónicas, sedes de partidos, casas del pueblo, ateneos.

Eliminar los elementos izquierdistas: comunistas, anarquistas, sindicalistas, masones, etc...”

Y el también historiador Reig Tapia recoge en su obra “La Cruzada de 1936”, Alianza Editorial(2006) nota 57, págs. 177-178) que el diario norteamericano Chicago Tribune, de 28 de Agosto 1936, página 2, publicó la entrevista mantenida por el periodista Jay Allen con el General Franco, parte de cuyo diálogo fue:

“-¿Entonces no hay tregua, no es posible algún compromiso?”

”No. No, decididamente, no. Nosotros estamos luchando por España. Ellos luchan contra España. Lo conseguiremos a cualquier precio”

”Tendrá que matar a media España”, dije. Giró su cabeza, sonrió y mirándome fijamente respondió:

”He dicho que al precio que sea”.

Y junto a los querellantes de Falange uno de los actuales magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo, Adolfo Prego, que, según reiteradamente se da cuenta en los medios de comunicación desde hace ya meses, no solo es patrono de la ultraderechista “Fundación para la Defensa de la Nación Española- DANAES” sino que además, según afirmó Lopez-Fonseca en el diario Público de 21-6-2009, “ha intervenido en los últimos años en, al menos, dos actos públicos en los que justificó el golpe militar de 1936” y añade dicho articulista: “y ocho meses después del segundo de estos actos, y cuando aún era vocal del Consejo del Poder Judicial (CGPJ), el magistrado Prego firmó un manifiesto contra la Ley de Memoria que apareció publicado tras la aprobación de ésta”. Y añadiría que en esa misma etapa de Vocal del Consejo, cuando tras su intervención ante una de las promociones de jueces de la Escuela Judicial, al hacerle notar que había hablado a unos jueces españoles de Estado de Derecho únicamente y no de “Estado social y democrático de Derecho” que establece la propia Constitución, contestó despectivamente: “De “eso” ya hablan otros en esta Escuela y en otros lugares”.

Y en el otro extremo, otro magistrado del Tribunal Supremo, Luciano Varela, del que también la prensa diaria habla que es de talante progresista, por su pertenencia a la asociación Jueces para la Democracia, en cuyo seno hay una minoritaria corriente hipergarantista que viene calificando de “utilización torticera del proceso penal” a la apertura de procedimientos por hechos cometidos tras el golpe de estado de Julio de 1936 y durante la Dictadura fascista que sufrió el país.

Pues bien, ante la imputación que por el delito de prevaricación - “dictar a sabiendas una sentencia o resolución injustas”(art. 446.3º del Código penal)- que Luciano Varela formula contra el magistrado de la Audiencia Nacional, Baltasar Garzón, cabe plantearse algunos interrogantes.

¿Están prevaricando el magistrado Luciano Varela al dictar esta resolución y los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que antes resolvieron negativamente el recurso de apelación interpuesto por la defensa de Baltasar Garzón contra el auto de admisión a trámite de la querrela.?

Si como se deduce del auto de Luciano Varela la prevaricación perseguida se funda esencialmente en la falta de competencia del Juez de Instrucción Penal nº 5 de la A.N. para tramitar el procedimiento ¿prevaricaron también los magistrados de la Sala de la A.N. que formularon su voto particular afirmando que sí era competente realizando una fundamentación jurídica semejante a la argumentada por el hoy querrellado?

Si además se argumenta por el magistrado Luciano Varela, que Baltasar Garzón no tuvo en cuenta lo determinado por la Ley de Amnistía de 1977, al tramitar un procedimiento por hechos delictivos cometidos con anterioridad a la misma que se lo impedía, cabe preguntarse ¿estará prevaricando el magistrado del Juzgado de Instrucción Penal nº 4 de la Audiencia Nacional que instruye el procedimiento seguido por la desaparición del dirigente de ETA, “Pertur”, que se produjo trece meses antes de la entrada en vigor de dicha ley? En este caso, y a la vista de que el procedimiento penal de búsqueda sigue abierto y no se ha iniciado ningún proceso contra dicho magistrado, parece que se sigue el criterio de que se está ante un delito permanente, porque Eduardo Moreno Bergareche, “Pertur”, ni aparece vivo ni han aparecido sus restos pese a haber transcurrido casi 35 años desde el 16 de Julio de 1976 en que desapareció. ¿Qué diferencia hay para rechazar la tesis del delito permanente respecto a los detenidos-desaparecidos por el fascismo español? ¿El tiempo únicamente? A la vista de que el Código penal se limita a fijar la fecha a partir de la cual se ha de computar el tiempo para la prescripción (art. 132 C.p.) ¿es prevaricadora la estimación jurídica de que las detenciones de republicanos a manos de comandos falangistas, seguidas de desaparición, no han prescrito, pese al tiempo transcurrido? ¿Hay jurisprudencia vinculante, ante esta falta de previsión legal expresa, para poder fijar un límite absoluto de tiempo de prescripción en los delitos permanentes. ¿Es posible poner el límite de la duración de la vida humana, a los 70, a los 80, a los 90 a los 100 o más años para que empiecen a contar los plazos de prescripción previstos en el art. 131 del C.P.? ¿Se puede hablar, jurídicamente, como se ha hecho en alguna resolución judicial en estos temas de “notorio fallecimiento”?

De otra parte, ¿realmente las Cortes que aprobaron la ley de Amnistía de 1977 obraron libremente a la vista del “Tejerazo” que sobrevino unos pocos años después? . Y porque se trata de una ley “democráticamente aprobada” como se afirma en el auto de Luciano Varela, ¿ya es intocable jurídicamente dicha ley, dado su carácter preconstitucional? O ¿acaso no está sometida, como todas las leyes, a lo establecido en la Constitución, que recoge la justicia y la igualdad como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico?

¿Qué factores, además del tiempo, están presentes realmente en la decisión del magistrado Luciano Varela y los magistrados de la Sala del T.S. a cuyo manto protector se acoge aquél?

Pero, además, ¿prevarica el juez instructor que intenta cumplir las obligaciones que le impone el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal? Este precepto fija para el proceso penal cuatro finalidades de ineludible cumplimiento: 1ª “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer”; 2ª “la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente”; 3ª: “la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del

delito”; y por último, y no por eso menos importante, la 4ª: “la de proteger a los ofendidos y perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas...”

¿Averiguar la verdad de la detención ilegal-desaparición, la supervivencia de los posibles autores, la identificación de los restos humanos para, en su caso, entregarlos a los familiares es prevaricar o dar cumplimiento estricto de lo dispuesto en la ley? ¿Está induciendo esta resolución a que los jueces de instrucción apliquen el principio de economía procesal por falta de medios personales o materiales, o la ley del “mínimo esfuerzo”, frente a obligaciones tan ineludibles? Y desde una posición de auténtico garantismo procesal exigible a todo juez, ¿puede justificarse jurídicamente el rechazo de plano y desde el primer momento de la presentación de la denuncia el incumplimiento de alguna de esas cuatro obligaciones, si lo que se está denunciando es un delito de detención ilegal seguido de desaparición, a la vista de lo establecido en el art. 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que solo autoriza a proceder así si los hechos denunciados no fueran constitutivos de delito o la denuncia fuera manifiestamente falsa?.

¿Se puede mantener, jurídicamente, como se recoge en el auto de Luciano Varela, que “los hechos denunciados ya carecían de relevancia penal al tiempo de iniciar el procedimiento” si se trata de hechos constitutivos de delitos permanentes?

Habría muchos otros interrogantes, pero no me resisto a formular algunos más para finalizar estas reflexiones. ¿Realmente puede calificarse de prevaricación, seguir los criterios jurídicos acerca de la aplicabilidad del Derecho Penal Internacional en nuestro país, cuando es evidente que incluso está calando en la jurisprudencia de Tribunales internacionales y nacionales, una nueva concepción jurídica del principio de legalidad penal en los delitos internacionales u otra valoración del alcance del principio de irretroactividad penal? ¿Acaso no resulta “esperpéntico” perseguir por prevaricador a un juez que determinó la detención en Londres de otro dictador, Augusto Pinochet, que, curiosamente, fue el único Jefe de Estado que estuvo presente en los funerales de Francisco Franco, y que llegó a ser procesado finalmente por un juez chileno, Juan Tapia, fruto de la dinámica interpretativa impulsada por Baltasar Garzón en dicho procedimiento incoado a petición del fiscal Carlos Castresana, o que dos jueces, una peruana, Antonia Saquicuray, y otro argentino, Gabriel Cavallo, declarasen la inaplicabilidad de las respectivas Leyes de Amnistía y Punto Final también “democráticamente aprobadas” en su países?

¿Se puede mantener y no caer al menos en ignorancia inexcusable, que respecto a los “niños españoles desaparecidos”, fuera de nuestro territorio, especialmente en los campos de concentración franceses, bajo control nazi/fascista, no tenía competencia un juez de Instrucción de la Audiencia Nacional, no solo antes sino incluso ahora tras la denunciada última reforma de sus competencias? ¿Y si además en este execrable tipo de delito, también de naturaleza permanente, las propias víctimas que con toda probabilidad sobreviven, siguen desconociendo su verdadero origen, no rige para ellas el citado artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal?

¿Puede, de otra suerte, calificarse de prevaricación aplicar los preceptos de la Ley

de Enjuiciamiento Criminal porque se haya publicado la Ley 52/2007, llamada de la Memoria Histórica, cuando esta misma ley, salva el ejercicio de cualesquiera otras acciones, entre ellas las penales, previstas en el Ordenamiento jurídico (art. 4-5º y Disposición Adicional Segunda)?. ¿No parece tener también el aire de “esperpéntica” la atribución de carácter excluyente a dicha ley?

Y para finalizar un interrogante gravemente preocupante para la devenir democrático de nuestro país.

¿A partir de resoluciones como el auto dictado por el magistrado Luciano Varela, y si desgraciadamente se avanza en esa línea persecutoria, cuando quepan varias soluciones interpretativas, ante las lagunas o deficiencias legales, no se está fomentando el riesgo a que los jueces piensen no en la solución adecuada -legal y constitucionalmente- sino en el criterio interpretativo del superior jerárquico judicial que ha de confirmar o rechazar su opción, cuando el mismo no es vinculante? ¿Dónde queda la independencia judicial? ¿Hacia dónde camina la Independencia judicial como pilar esencial de nuestra democracia constitucional? ¿Caminamos de nuevo hacia la “democracia orgánica” del fascismo español, donde un grupo de jueces, fiscales y secretarios llegamos a ser “delincuentes políticos” en el seno de la clandestina “Justicia Democrática”?

Aunque en honor a la verdad y a la esperanza, también hay, en el seno de la asociación Jueces para la Democracia, otra corriente que fue capaz de afirmar en su escrito de 12 de Febrero último: “Calificar de prevaricadora a una de las posiciones del debate jurídico desarrollado en el contexto de un proceso significa criminalizar la deliberación, imponer los límites penales a la interpretación judicial e impedir el desarrollo libre y honesto de las ideas.”

Señores magistrados integrantes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ¿no creen que una pronta resolución a la cuestión de competencia que está pendiente ante esa Sala podría contribuir a que las aguas volviesen a su cauce?

Señores legisladores, en sus manos está también buscar una auténtica y eficaz solución al gravísimo problema subyacente, que venga a suplir las deficiencias de la Ley 52/2007, para que el Estado español cumpla sus obligaciones internacionales acerca de la Verdad, Justicia y Reparación ante los crímenes del Régimen fascista español que padecemos.

Antonio Doñate - Magistrado jubilado y ex-profesor de la Escuela Judicial.