

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN A LA SENTENCIA N° 101/2012, recaída en la Causa especial n° 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 3º 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 Central 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 denunciadores 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 Central 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 inhibe 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 Carrillo Solares, 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 1.977 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 1.977 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 1.977, 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 **“correlato o 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 7 103.1 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 3º 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 Central 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 pudiere 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 apariencia 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, presume 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 denunciantes, 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 denunciantes 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 denunciantes 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 denunciantes 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 denunciantes 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 contadísimas 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 Carrillo Solares 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 enjuicamos 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 perjuicio 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