



Roj: **ATS 5560/2010** - ECLI: **ES:TS:2010:5560A**

Id Cendoj: **28079120012010201026**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/05/2010**

Nº de Recurso: **20048/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Causa Especial**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a once de Mayo de dos mil diez.

### **I. HECHOS**

1.- Por resolución del pasado día 7 de abril de 2010, se decidió que había lugar a seguir procediendo por los hechos que allí se describían contra la persona del Ilmo. Magistrado imputado, ahora recurrente.

En la misma resolución se consideraba que las diligencias ya practicadas eran suficientes para adoptar dicha resolución.

2.- Contra dicha resolución interpuso recurso únicamente el imputado, aquietándose el Ministerio Fiscal y los querellantes.

3.- Así, por escrito de fecha 10 de abril se formula recurso de reforma por la representación procesal del imputado en el que interesa que, dejando sin efecto la resolución recurrida, se acuerde la práctica de las diligencias solicitadas en su escrito de 9 de febrero pasado y, seguidamente, el archivo de la presente causa.

4.- Por otrosí denuncia que para el cómputo del plazo conferido se le informó por funcionarios de la Secretaría que se tomarían en consideración todos los días naturales. Dado que, por la fase del procedimiento en que recayó la resolución recurrida, tal dato era evidentemente incorrecto, sólo se han tomado en consideración para tener por cumplido el trámite los días hábiles.

5.- Una vez que se dio traslado del recurso a las demás partes, por el Ministerio Fiscal no se impugnó ni se formuló ninguna alegación.

6.- Por los querellantes se interesó la desestimación del recurso.

### **II: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

1.- Los motivos del recurso

Se sostiene en el recurso de reforma, tras centrar su objeto en el doble pronunciamiento acerca de la suficiencia de investigación y la continuación del procedimiento que lo caracteriza (alegación primera), que el Auto de 7 de abril pasado dictado por este Instructor debe revocarse por dos razones:

Primera: Porque las diligencias de investigación propuestas por la representación procesal del imputado son pertinentes, por lo que no procede la conclusión de la fase de diligencias previas y,

Segunda: porque no concurren los presupuestos para que se proceda contra el recurrente por los trámites de preparación del juicio oral.

Reitera el recurrente, en defensa de las diligencias de investigación que propuso (alegación segunda, letra A), que deben aportarse a las actuaciones "datos de hecho nuevos" dirigidos a tratar de justificar que las



decisiones por las que se declaró haber lugar a proceder por delito de prevaricación eran, en sí mismas, "*defendibles*".

De manera genérica se reitera la solicitud de todas las diligencias de investigación propuestas en su día en el único escrito de 9 de febrero de 2010, en el que se formulaba recurso de apelación. Pero se limita ahora la justificación específica a algunas de ellas (alegación segunda B). De tal suerte que la pretensión de que declare como testigo el Ilmo. Sr. Fiscal Don Fidel, u otros juristas con diversos cargos fuera de España así como la de un Catedrático de Derecho Penal, resultan ahora meramente implícitas. Como lo es también la documental sobre el Diario de Sesiones del Parlamento o la referida a la tramitación por el Consejo General del Poder Judicial de cierta denuncia contra el imputado.

Por otro lado, en la alegación tercera, tras denunciar la motivación ideológica de quienes ejercitan la acción penal (apartado A de dicha alegación), y después de prescindir expresamente de reiterar la defensa de la corrección de las decisiones que fundan la imputación de la prevaricación, (alegación segunda B, segundo párrafo y alegación tercera B, párrafo cuarto) entiende el recurrente que falta el presupuesto para la continuación de este procedimiento, por estimar que la interpretación llevada a cabo por el imputado en sus resoluciones *no es insostenible*.

Finalmente se apoya la pretensión de reforma en determinadas consideraciones sobre los derechos de las víctimas (alegación tercera C), sobre la inocuidad o ausencia de consecuencias lesivas de las resoluciones del imputado (alegación tercera D) y sobre los riesgos que su imputación tendría para el valor de la independencia judicial (alegación tercera E).

Con carácter previo al análisis de tales pretensiones de reforma, debe volver a recordarse que no corresponde al Instructor evaluar si el recurrente ha cometido o no el delito de prevaricación que le imputan los querellantes sino, más limitadamente, si en la causa aparecen razones objetivas que justifiquen la continuación del proceso por los hechos denunciados.

2.- El objeto del proceso que determina la admisibilidad de las diligencias

La admisibilidad de las diligencias de investigación que se proponen depende de su *pertinencia*, en relación al objeto del proceso, y de su *necesidad* atendida la concreta resolución que se ha de fundar en ellas: la de sobreseimiento o continuación del procedimiento.

El objeto del proceso lo es el hecho justiciable que se imputa al recurrente. Éste fue ya determinado en la resolución de 7 de abril de 2010, ahora recurrida, y antes en la de 3 de febrero de 2010, que denegó el sobreseimiento y que ha sido ya confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el Auto de 23 de marzo pasado.

Para delimitar el debate procesal y garantizar el adecuado ejercicio de su derecho de defensa, dicho hecho ha sido calificado por este Instructor, a los meros efectos de determinar el procedimiento y decidir sobre su continuación, como constitutivo del delito de prevaricación previsto en el artículo 446 del Código Penal.

En el Auto de 3 de febrero de 2010 se justificó ya dicha calificación provisional. En respuesta a las alegaciones del recurso, debo ahora reiterar aquella justificación, siguiendo, eso sí, las pautas jurisprudenciales sobre tal delito, tal como quedó definido en el Código Penal de 1995.

La prevaricación judicial difiere en esencia de la del funcionario público ( STS 2338/2001 de 11 de diciembre). Así, para aquélla ya no se requiere que la resolución judicial sea "esperpéntica" o "pueda ser apreciada por cualquiera". Lo relevante, cuando de un Juez se trata, es que éste *conozca* que no es correcta jurídicamente.

El recurrente niega la comisión de tal delito afirmando la corrección jurídica de las resoluciones por las que ha sido imputado. Reitera la invocación de argumentos ya analizados en la resolución recurrida y la que denegó el sobreseimiento de la causa. Bastaría, pues, con remitirnos a las respuestas al efecto dadas en las citadas resoluciones.

En el recurso de reforma, al mismo efecto de excluir aquella tipicidad se acude a una argumentación menos ambiciosa: la mera *defendibilidad* de las resoluciones dictadas por el imputado.

El argumento no puede compartirse. Excluida como teoría la existencia de una única solución correcta en la hermenéutica y en la praxis jurídica, siempre cabe hallar argumentos para "defender" cualquier posición que se mantenga, por más inusuales que parezcan. Así, en el vigoroso debate público que la simple existencia de este proceso ha provocado, hemos leído que algunos entienden que la ley de Amnistía de 1977 solamente extinguió la responsabilidad penal de quienes tuvieran determinada ideología, pero no la de sus adversarios políticos; o que otros llegan a postular que el derecho reconocido en el artículo 125 de la Constitución en relación con el



24 de la misma y 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -sobre la posibilidad de ejercitar la acción popular- depende o ha de ser interpretado en función de la posición política del ciudadano que lo invoca.

En un proceso anterior por prevaricación judicial, hace ya más de 11 años, la Sala Segunda del Tribunal Supremo previno frente al subterfugio consistente en tratar de velar la antijuridicidad de su comportamiento, de suerte que "... en la motivación de las resoluciones prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto..." ( Sentencia 2/1999 de 15 de octubre, en la Causa Especial núm. 2940/1997, seguida ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo contra otro Magistrado).

Y, desde luego, también advirtió, en la misma Sentencia 2/1999 de 15 de octubre, que era irrelevante que otros jueces, relacionados con el proceso en que se comete la prevaricación, no estimasen que ésta hubiera tenido lugar.

En la más reciente Sentencia de este Tribunal núm. 102/2009 de 3 de febrero, la Sala ratificó la doctrina de esa Sentencia, añadiendo que 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.

Así, ratificamos anteriores decisiones ( STS núm. 359/2002 de 26 de febrero) que establecieron que el elemento objetivo de la prevaricación judicial se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente *defendibles*. Pero recogiendo la significativa consideración de que *el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho...*

En aquel caso, al tiempo que le condenamos por otros dos, absolvimos al juez acusado de un delito de prevaricación. La absolución se fundó en que la resolución que acordaba la libertad de un preso no era jurídicamente incorrecta. Por el contrario, la condena partió de que el comportamiento del juez, entre otras consideraciones, era "insólito", y vulneraba principios esenciales del procedimiento o contenía una motivación inaceptable.

Conviene aquí recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando, estableciendo la relación entre la función jurisdiccional y aquellos principios, al definir el contenido del derecho a la legalidad de las infracciones y sanciones, ha recordado la existencia de un *deber de sujeción estricta del juez penal al contenido de las leyes penales*. Y así, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1997, podemos leer: "*Así, el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas ( art. 25.1) y lo recuerda como límite en la definición del Estatuto y de la competencia esenciales de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial ( art. 117.1 ). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla (f. j. 6).*

*Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva in malam partem, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales impiden a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» ( STC 133/1987 , fundamento jurídico 5.), y, en cuanto a los criterios o pautas de enjuiciamiento, por la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados, así como de la coherencia lógica y sistemática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos" (f. j. 7). (...) Los criterios de razonabilidad que se buscan habrán de ser criterios axiológicos y de lógica argumentativa: "Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro Texto constitucional ( SSTC 159/1986 , 59/1990 , 111/1993 ) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica. Sólo así podrá verse la decisión sancionadora como un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular (f. j. 7)."*

En el presente caso, al justificar la denegación de sobreseimiento y, por remisión, al acordar la continuación del procedimiento, hemos apreciado que las decisiones del imputado objeto de enjuiciamiento se han apartado notoriamente de la interpretación usual, y que al hacerlo han desconocido principios básicos del ordenamiento jurídico penal que tienen refrendo constitucional, como lo son los de legalidad, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y seguridad jurídica ( art. 9.3 CE).



Se alega por el recurrente que, para declarar la extinción de responsabilidad por razón de la aplicación de la Ley de Amnistía, era ineludible la previa incoación de la causa penal. No se puede compartir tal tesis cuando, como en este caso, es la misma decisión de incoación la que ya acota su objeto definiéndolo con características que son precisamente las que determinan la necesaria aplicación de esa Ley de Amnistía: la intencionalidad política de los autores. Dato que, como ya hemos advertido en anteriores resoluciones, es diverso del determinante de la categoría de delito político a otros efectos.

Como se expuso en los autos de 3 de febrero de 2010 y 7 de abril de 2010, no solamente no ha sido usual, sino que no se ha identificado caso alguno en que, constando desde la noticia del delito que éste era de los incluidos en el ámbito de la Ley de Amnistía de 1977, se haya iniciado una investigación penal por ningún órgano jurisdiccional español respecto de tales hechos.

Pero, si la propia decisión del imputado que incoa la causa acota ya los hechos a investigar y dirige el procedimiento a la investigación de hechos que él mismo caracteriza como producto de la intención política de sus autores de acabar con el adversario, mal puede justificarse esa investigación en la necesidad de constatar tal intencionalidad.

En cualquier caso, la referencia estadística no es el baremo adecuado para cualificar objetivamente una resolución como defendible. La trascendencia de tal dato se limita a la de ser indicio de la eventual consciencia del autor de las resoluciones sobre la injusticia de éstas.

Lo relevante, para la atribución de dicha calidad objetivamente injusta a una resolución, es que la interpretación defendida en el recurso se desvió, ignorándolos, de principios esenciales de un Estado de Derecho a los que antes hemos hecho referencia. Y esto ya quedó expuesto en nuestro Auto de 3 de febrero de 2010, al que ahora nos remitimos. Pues no resulta mesurado equiparar la Ley española de Amnistía de 1977 con leyes de *autoamnistía* u otras leyes promulgadas en otros países en situaciones de excepcionalidad democrática.

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

No siendo descartable aquella conciencia de estar actuando antijurídicamente, no se requiere que la injusticia de la resolución sea manifiesta. Ello es elemento típico exclusivamente de la prevaricación culposa o por negligencia inexcusable. La concurrencia de dicha consciencia ha sido estimada como *probable* -que es el canon que corresponde en este momento procesal- en la decisión recurrida en reforma y en la anterior, de 3 de febrero de 2010, por la que se denegaba el sobreseimiento. A lo allí dicho nos remitimos ahora de nuevo.

Para establecer la existencia de esa *consciencia de antijuridicidad*, conforme al canon de la *probabilidad* necesaria para adoptar la resolución aquí recurrida, es significativo recordar las resoluciones del propio Ilmo. Magistrado imputado, adoptadas en las Diligencias Indeterminadas núm. 70/1998 en que se denunciaron hechos que se decían ocurridos durante la guerra civil y a los que, cualquiera que fuese la arbitrariedad con se calificaban por los querellantes, resultaba aplicable la Ley de Amnistía de 1977 y las normas sobre prescripción.

En aquella resolución de 16 de diciembre de 1998, el Ilmo. Magistrado imputado, con incuestionable corrección, llama la atención *"frente a quienes abusan del derecho a la jurisdicción para ridicularla y utilizarla con finalidades ajenas a las marcadas en el artículo 117 de la Constitución Española y 1 y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como acontece en este caso, en el que, positivamente se sabe, o al menos debe saberse por quien ostenta el título que permite la posibilidad del ejercicio del derecho, que los preceptos jurídicos alegados son inaplicables en el tiempo y en el espacio, en el fondo y en la forma a los que se relatan en el escrito, y su cita quebranta absolutamente las normas más elementales de retroactividad ( artículo 9.3 de la Constitución Española ) y tipicidad ( artículo 1 del Código Penal ). Si esto es así, y a pesar de ello se presenta un escrito que pretende y de hecho consigue la puesta en marcha -al menos parcialmente- de la maquinaria judicial debe emplearse ésta exclusivamente para dos cosas, primera resaltar la mala fe de los querellantes y segunda archivar de plano la irregular querrela, haciendo advertencia expresa de que queda en tela de juicio la deontología profesional de quien tan a la ligera se toma las normas básicas de nuestro ordenamiento jurídico"*.

Y, con nuevo acierto, el mismo Ilmo. Magistrado imputado, resolvió, en 6 de marzo de 2000, rechazar el recurso contra su anterior resolución de 1998, diciendo: *...se ratifican los argumentos del auto por el que se desestima la querrela y se hacen propios en lo que se refiere a la argumentación jurídica sobre falta de tipicidad e irretroactividad de la ley penal, los razonamientos del Ministerio Fiscal*.





El Ministerio Fiscal, en efecto, se había opuesto al recurso de los querellantes, alegando que los fusilamientos perpetrados durante la guerra civil estaba prescritos, les era de aplicación las leyes de amnistía y el delito de genocidio no estaba tipificado en España al tiempo de los hechos no siendo posible aplicar retroactivamente su posterior tipificación.

### 3.- Impertinencia e inutilidad procesal de las diligencias que se interesan

Las anteriores consideraciones evidencian que la práctica de las diligencias de investigación que se proponen y justifican esta impugnación (alegación segunda, letra B números 1 a 6) no es pertinente porque su objeto no se corresponde con el adecuado entendimiento del que es objeto del proceso.

Algunas de aquéllas tienden a recabar la *existencia* de otras subjetivas valoraciones en el mismo sentido que las que el imputado invoca para justificar sus resoluciones, pero *no ajustar* que tal valoración es objetivamente conforme a los principios constitucionales expuestos.

Otras *ni siquiera se orientan* por la propuesta a ese objetivo. Así, las declaraciones de quienes fueron denunciante ante la Audiencia Nacional. En particular la del Sr. Jose Augusto, cuya denuncia no fue tomada en consideración, dada su fecha, hasta la resolución del imputado de 18 de noviembre de 2008, cuando el delito de prevaricación ya podía considerarse consumado.

Por otro lado ya dijimos que ha de atenderse a la resolución, a cuya fundamentación deben reportar funcional utilidad las diligencias. Dicha resolución consiste en la proclamación de la probabilidad de concurrencia de los elementos del delito de prevaricación

Y tampoco pueden considerarse a tal efecto útiles las diligencias propuestas, pues carecen de la relevancia necesaria, cualquiera que sea su resultado, para trascender al contenido de aquella resolución.

Así, se reitera que la calidad de *defendible*, o *no*, de la argumentación de las resoluciones del imputado, no está en función de los criterios de los Magistrados cuyo testimonio se insta (nº 1 y nº 2 de aquella alegación segunda B), ni de los criterios seguidos por otros tribunales, en otros países, para delitos diversos, bajo ordenamientos jurídicos diferentes, y con vinculaciones al Derecho Internacional específico de cada uno de esos países (nº 6 *ibidem*). Mucho menos atañen a tal valoración las manifestaciones que puedan emitir los demás testigos propuestos (denunciante -nº 3 y nº4 *ibidem* - o uno de los expertos llamado para ilustrar sobre sus "objetivos" -nº 5 *ibidem* -).

La argumentación de las resoluciones del imputado ya ha sido valorada como no defendible atendiendo a *los medios y métodos de la interpretación aceptable en tal Estado de Derecho*. El resultado que se anuncia para las diligencias propuestas, incluso de confirmarse con su práctica, no se presenta con entidad para modificar esa valoración, atendiendo a la función procesal que cumple la resolución recurrida.

A este Instructor no le corresponde establecer un juicio definitivo sobre la calificación jurídico penal que merecen las resoluciones del imputado. Su función se circunscribe, más limitadamente, a la determinación de si está justificado su eventual sometimiento a juicio oral, en el caso de que se formulase alguna calificación acusadora al respecto.

### 4.- Improcedencia del archivo solicitado en el recurso de reforma

En la alegación tercera se reitera que no concurren los presupuestos para la continuación del procedimiento.

Al respecto hemos de reiterar, a su vez, que la decisión de la Sala sobre admisión de la querrela, y la posterior confirmación de la decisión de no sobreseer esta causa, no pueden ser ignoradas por vincular al Instructor.

La cuestión no es nueva en la jurisprudencia de la Sala. En la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 962/2006, de 19 septiembre, se confirmó la del Tribunal Superior de Justicia de Valencia que había estimado el recurso de la Magistrada imputada por prevaricación, ordenando el sobreseimiento, pese a haber admitido previamente la querrela presentada contra ella. El recurrente en casación reiteró entonces la tesis del voto particular de uno de los Magistrados del citado Tribunal Superior (Ilmo. Sr. Montero Aroca) que se opuso al sobreseimiento exponiendo, entre otras cosas: 1) *El proceso penal va avanzando por medio de sucesivas calificaciones jurídicas provisionales que se van produciendo conforme se desarrolla el procedimiento. De este modo la admisión de la querrela supone ineludiblemente una primera calificación que encuentra su base legal en el artículo 313 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la querrela no es admisible si los hechos en ella relatados, tomándolos como existentes a esos solos efectos, no son constitutivos de delito. En sentido contrario, si la querrela es admitida es porque, todo lo provisionalmente que se quiera, los hechos pueden ser constitutivos de delito, siempre partiendo de tomarlos como existentes.* 2) *La decisión sobre el sobreseimiento libre, y en atención a la calificación jurídica de los hechos, presupone la necesidad de que en la instrucción se hayan puesto de manifiesto hechos que no se conocían en el momento inicial de la admisión de la querrela. Si los*



hechos de la querrela, bien se demuestra que no llegaron a existir, bien se ven desvirtuados por otros hechos, una nueva calificación de puede llevar a concluir que "el hecho (tomándolo como existente en ese momento) no es constitutivo de delito". En este caso la calificación que lleva al sobreseimiento libre no es provisional sino definitiva, pues ese sobreseimiento produce cosa juzgada material. 3) Cuando la instrucción lo único que hace es confirmar (en la medida siempre provisional en que cabe hablar de los hechos en la fase sumarial) los hechos que se tuvieron provisionalmente por existentes en el momento de la admisión de la querrela, no parece que sea posible resolver en el sentido de decidir el sobreseimiento libre, pues ello supondría que los mismos hechos y para el mismo órgano jurisdiccional fueron inicialmente constitutivos de delito y luego definitivamente ya no lo son. La decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, si bien confirmó la resolución recurrida, lo hizo no tanto por no asumir tan obvia tesis, sino porque consideró que en el caso concreto habían ocurrido hechos nuevos.

5.- La protección de la víctima no justifica por sí sola el proceso penal si no concurren otros presupuestos jurídicos.

Vuelve el recurrente a tratar de justificar su irresponsabilidad penal en el pretendido objetivo de favorecer a las víctimas de la guerra civil (alegación tercera, letra C, del recurso de reforma).

Ya ha quedado argumentada la exclusión de tal justificación en la resolución de 3 de febrero de 2010 por la que se desestimó la pretensión de sobreseimiento. No es posible en el ordenamiento jurídico vigente pretender el ejercicio de una acción civil o de otro tipo en un proceso penal cuya iniciación, a los efectos de actuar el *ius puniendi* del Estado, no es justificable.

El intento de ofrecer reparación a las víctimas del dictatorial régimen franquista ha sido objeto de varias normas de distinto rango y diversos objetivos desde el año 1975, algunas anteriores incluso a la ley de Amnistía. Entre ellas, antes de la aprobación de la Ley de Memoria Histórica, puede citarse algún ejemplo: Real Decreto 3357/1975 de 5 de diciembre, Real Decreto Ley 10/1976 de 30 de julio, Real Decreto 670/1976 de 5 de marzo, Real Decreto 1555/1977 de 2 de junio, Real Decreto Ley 6/1978 de 6 de marzo, Real Decreto 329/1979 de 13 de febrero, Ley 5/1979 de 18 de septiembre, Ley 10/1980 de 14 de marzo, Ley 35/1980 de 26 de junio, Ley 6/1982 de 29 de marzo, Ley 18/1984 de 8 de junio, Ley 37/1984 de 22 de octubre, Ley 4/1986 de 8 de enero, Disposición adicional decimoctava de la ley 4/1990, de 29 de junio, Real Decreto de 14 de mayo de 1993, modificado por el Real Decreto 667/1999; Ley 43/1998 de 15 de diciembre y Real Decreto 610/1999 de 16 de abril, Ley 3/2005 de 18 de marzo, Orden de Presidencia de 16 de diciembre de 2005, Ley de 26 de diciembre de 2007 que modifica la 43/1998. Desde el Real Decreto 1891/2004 de 10 de septiembre se comenzó la elaboración de la ley de Memoria Histórica que acabó siendo aprobada con el núm. 52/2007, de 26 de diciembre.

Tampoco cabe ignorar la decisión legislativa que incorpora la citada Ley 52/2007 cuando adopta medidas dirigidas a regular la colaboración de las Administraciones públicas con los particulares para la localización e identificación de víctimas (art. 11); las medidas para la identificación y localización de las víctimas (art.12); las autorizaciones administrativas para actividades de localización e identificación (art.13) o el acceso a los terrenos afectados por trabajos de localización e identificación (art.14).

Entre las disposiciones posteriores, y más recientes, cabe citar también la Orden PRE/3536/2008, de 3 de diciembre, por la que se establecen las bases reguladoras y se efectúa la convocatoria para la concesión de subvenciones destinadas a actividades relacionadas con las víctimas de la Guerra Civil y del franquismo para el año 2009. Posteriormente se publicó la Resolución de 27 de noviembre de 2009, de la Subsecretaría, por la que se publica la concesión de subvenciones destinadas a actividades relacionadas con las víctimas de la guerra civil y del franquismo, convocadas por aquella Orden PRE/3536/2008, de 3 de diciembre. (BOE de 2 de diciembre de 2009, páginas 102787 y ss).

Como se ha dejado expuesto más arriba, no corresponde a los jueces, incluido este Instructor y también el Ilmo. Magistrado imputado, en cuanto ejercen función jurisdiccional, valorar la suficiencia de tal actuación de los demás Poderes del Estado.

Si el Juez no puede asumir funciones de suplencia respecto de aquellos otros Poderes del Estado, la falta de legitimidad de aquella se muestra más palpable cuando da lugar a lo que el propio Ilmo. Magistrado denomina (como hace en el oficio de 20 de octubre de 2008 dirigido al Comisario Jefe de la Comisaría General de Policía Judicial) "solapamientos" con las competencias atribuidas a esos otros poderes públicos. Porque si éstos son posibles, descubierta del ropaje altruista, la suplencia puede suscitar sospechas sobre la rectitud de la actividad jurisdiccional.

6.- El bien jurídico lesionado

Afirma el recurrente (alegación tercera D,) que el proceso penal por él incoado no perjudicó a nadie. Tal línea argumental olvida que el delito de prevaricación preserva un bien jurídico que no puede ser despreciado: el



normal funcionamiento de la Administración de Justicia. La colectiva titularidad de tal bien jurídico erige en ofendidos a la totalidad de los ciudadanos.

El daño que para aquella supone el dictado de resoluciones prevaricadoras no tiene que afectar directa y necesariamente a personas determinadas. Cuando eso ocurre, los delitos de prevaricación pueden llegar a adoptar modalidades típicas agravadas. Así, cuando la resolución adopta la forma de sentencia y es injusta contra reo. Pese a que la actividad desplegada por el imputado no se mostró efectiva al respecto, no cabe descartar que, aunque fuera para aparentar coherencia y dar cobertura a la finalidad perseguida, pudiera resultar sometida alguna persona como imputada por los delitos que eran aparente objeto de la causa seguida.

No solamente sería incompatible con los valores del Estado de Derecho esa hipótesis. También derivaría así indirectamente un evidente perjuicio personal para quien ya el Estado español había proclamado irreversiblemente liberado de cualquier responsabilidad penal por tales hechos.

7.- La sanción penal de la prevaricación deja indemne la independencia judicial.

No es posible compartir tampoco el temor que alcanza al recurrente (alegación tercera E) según el cual la configuración legal y jurisprudencial del delito de prevaricación judicial implica un riesgo para la independencia judicial.

No prevarica quien, discrepando de una interpretación precedente, argumenta en Derecho, sino quien se aparta de la interpretación usual argumentando conscientemente contra el Derecho. La libertad de decisión del Juez en el Estado democrático de Derecho sólo tiene una sujeción insalvable: el imperio de la ley. Por eso, como hemos dicho antes al definir la prevaricación, tan relevante es la extravagancia de la justificación de la resolución prevaricadora como el hecho de que el Juez imputado pueda haber actuado sabiendo que su decisión es contraria a Derecho. Quien así actúa malversa su independencia usándola para fines diversos de aquel para la que le fue conferida: la aplicación de la ley.

Si la función de la independencia es garantizar que el Juez pueda resolver las pretensiones que ante él se presentan utilizando la ley como único criterio de juicio, nada malogra más aquélla garantía que la actividad jurisdiccional que desconoce la ley. Situación que, repito, se hace aún más evidente cuando la actuación del Juez puede ser vista como una quiebra de los valores y principios básicos del Estado de Derecho que son fundamento de la legitimación de la ley y de la jurisdicción.

Por todo ello.

### III. PARTE DISPOSITIVA

#### DISPONGO:

Que debo desestimar y desestimo el recurso de reforma interpuesto por la Procuradora Doña Virginia Aragón, en representación de Don Federico, contra el Auto de fecha 7 de abril de 2010 dictado en la presente causa, el cual se confirma en su integridad.

Así lo acuerda manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Don Luciano Varela Castro, de lo que como Secretario, doy fe.