

CASOS GARZÓN: NECESARIO DISTINGUIR

The Garzón Cases: The Need to Distinguish

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado del Tribunal Supremo (España)

Resumen

La información masiva sobre los casos Garzón se ha caracterizado por la confusión, no siempre desinteresada, de los tres supuestos objeto de las querellas. Esto, a juicio del autor, obliga a individualizarlos cuidadosamente y a hacer lo mismo con las vicisitudes de cada una de las causas.

Abstract

Information in the mass media on the Garzón cases has been singularized by a not always disinterested confusion as to the subject matter of the three lawsuits. In the author's opinion, this makes it particularly important to carefully individualize them and underline the specifics of each one of the court proceedings.

Palabras clave

Audiencia Nacional, Juzgados Centrales de Instrucción, jurisdicción-poder difuso, crímenes del franquismo, proceso acusatorio, derecho de defensa-inviolabilidad, uso de la condición de juez para fines privados

Keywords

National Court of Spain, Central Courts of Investigation of Spain, jurisdiction-diffuse power, crimes committed by the Franco dictatorship, adversarial system, right to counsel-inviolability, use of professional position for private purposes

I. Algunas indicaciones previas

La Audiencia Nacional (AN) es un tribunal con sede en Madrid y “jurisdicción en toda España” (art. 62, Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]). Tiene tres salas que, en cada caso, reciben el nombre de la propia materia de su competencia: de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, y de lo Social.

La AN nació, por Real Decreto Ley del 4 de enero de 1977, el mismo día de la supresión del franquista Tribunal de Orden Público, el instru-

mento *judicial* de la dictadura para la represión de cualesquiera actos de oposición al régimen, desde los de carácter violento hasta los simplemente de opinión. Fue un tribunal especial, directa y abiertamente político, cuyos integrantes, magistrados de profesión, eran designados en régimen de completa discrecionalidad y por razón de su adscripción ideológica al franquismo.

La AN fue creada, esencialmente, con el fin de mantener fuera del País Vasco el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo; y se la dotó también de competencias extrapenales tratando de *normalizarla* como instancia, en el plano de la imagen. Hoy goza de la consideración de órgano de la jurisdicción ordinaria, cuyos puestos se cubren por concurso, con criterio semejantes a los del resto de los tribunales. No obstante en ella, en la vertiente penal (incluidos sus juzgados de instrucción), siguen concurriendo rasgos de patente atipicidad que, cierto que con menor intensidad, mantienen viva la polémica.¹ En especial porque su principal (y durante bastante tiempo casi exclusiva) dedicación, el enjuiciamiento de delitos propios del terrorismo de ETA, ha sido fuente de una jurisprudencia, procesal sobre todo, de marcada excepcionalidad; con frecuente traducción en prácticas judiciales infraconstitucionales, infralegales incluso, de acusado signo *emergentista*. Y con una clara tendencia a privilegiar las informaciones auto y heteroinculporias obtenidas durante la detención policial,² según estándares de apreciación notoriamente deficitarios en cuestión de garantías, que han acabado por teñir de forma significativa toda su actividad jurisdiccional, en particular también la relacionada con los delitos de narcotráfico. Claro que —no debe ocultarse— muchas veces, debido a la gravedad de los hechos y a la presión de una fuerte demanda social de contundencia en

¹ Uno de esos rasgos, realmente relevante, es el de la enorme desproporción en la relación entre el número de fiscales y el de jueces de instrucción. La *ratio* no es inferior a 1-6, lo que —según expresaba con agudeza C. Castresana, hace algunos años— se traduce en que la iniciativa en la investigación de los casos está de hecho en manos de la policía, es decir, del Ministerio del Interior, y de los fiscales, esto es, del Ministerio de Justicia; lo que se traduce en que son estos últimos quienes, en ese régimen de dependencia, dirigen la instrucción de las causas de mayor importancia objetiva que se tramitan en el país (en “Luces y sombras de la Audiencia Nacional”, en *El País*, 12 de noviembre de 2003).

² En casos de terrorismo puede durar hasta cinco días, en régimen de incomunicación; no obstante la consagración constitucional del *nemo tenetur*.

la respuesta, tales líneas jurisprudenciales han encontrado lamentablemente una acogida demasiado favorable en el Tribunal Supremo y también en el Tribunal Constitucional.

A la Sala de lo Penal de la AN corresponde conocer, entre otros y aparte de los actos de terrorismo, de la gran delincuencia económica, del tráfico de drogas a cargo de grupos organizados y de los delitos producidos fuera del territorio nacional cuando, conforme a las leyes y los tratados, su enjuiciamiento compete a los tribunales españoles. Las funciones de investigación están atribuidas a seis Juzgados Centrales de Instrucción, asimismo con sede en Madrid y competencia en toda España.

Baltasar Garzón Real ha sido desde 1988 titular del Juzgado Central de Instrucción número 5. Como tal, le ha correspondido gestionar causas de gran trascendencia pública, en materia de terrorismo de ETA y también, en algún momento, del llamado terrorismo de Estado. Y en ese contexto protagonizó la actuación que llevó en su día a la detención de Pinochet: histórica decisión que, no hay duda, marca un antes y un después en la persecución de los crímenes contra la humanidad.³ De Garzón puede decirse, además, que inauguró *un estilo* en lo relativo a las relaciones con los medios de comunicación y a su presencia en ellos. El resultado es una notoriedad sin precedentes en un juez, en el país y fuera de él. Debida, ciertamente, al fundado interés de algunas de las causas tramitadas, pero también al modo muy personal y cuidado de cultivar y *administrar* la proyección publicitaria, e incluso en algún momento política, de su papel, que ha distinguido a este magistrado singular.⁴ Todo favorecido, en su origen, por el peculiar régimen de

³ Las denuncias por los crímenes de las dictaduras militares chilena y argentina se deben al fiscal Carlos Castresana, en la época de su formulación, miembro del Secretariado de Unión Progresista de Fiscales, primero, y luego presidente de la misma. Castresana fue realmente el estudioso que abrió la vía de esa actuación de la justicia española, conforme al principio de jurisdicción universal, de lo que no había ningún precedente. De este juicio se hace eco L. Napoleoni, *Garzón. La hora de la verdad*, trad. de M. Carol, C. Méndez y E. Rodríguez, Barcelona, Principal de los libros, 2011, pp. 183 y 189.

⁴ Una y otra cosa le abrieron el camino de la política. En efecto, Garzón fue el juez instructor del caso de los llamados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL), organizados desde el Ministerio del Interior en la etapa socialista, para responder al terrorismo de ETA en su propio terreno, y activos entre 1983 y 1987. Pues bien, en 1993, cuando Garzón los investigaba, Felipe González, presidente del gobierno (ciertamente bajo sospecha), en un momento muy crítico

competencias del Juzgado Central de Instrucción, que propicia la anómala concentración de poder *judicial* en el titular. De un poder en el que, precisamente, esa forma acumulada de producirse induce un inevitable, peligroso, *salto* —aquí pérdida— *de calidad*, capaz de hacer del juez, como ha sucedido en este caso, un pequeño (o no tan pequeño) *Leviatán*.⁵ En efecto, pues en la materia —se sabe bien— el exceso, ya sólo por razones objetivas, comporta un riesgo de deterioro de la propia naturaleza jurisdiccional de la actividad —que, no por casualidad, en el Estado constitucional, tiene en la atomización, en su carácter difuso, en la discreción de su ejercicio, uno de los rasgos caracterizadores y una garantía frente al abuso a que inevitablemente está expuesta. Y no es la única peculiaridad cuestionable que incorporan, como figura orgánica, los Juzgados Centrales de Instrucción, pues al aludido sobredimensionamiento de las atribuciones de sus titulares por ellos provocado, se une la postulación implícita de un cuestionable *modelo* de juez: el del *superinstructor* televisivo o cinematográfico *en lucha*⁶ con-

para su partido, tuvo la habilidad de invitar a Garzón a compartir lista con él, como número dos por Madrid, en las elecciones de ese año. Garzón aceptó, se ha dicho y es lo más plausible, con expectativas de obtener una cartera ministerial. Pero lo cierto es que González le confinó en un puesto secundario, y esto hizo que en mayo de 1994 renunciase al cargo y al escaño; desencantado —dijo— de la política. Según lo dispuesto en la LOPJ, merced a una reforma introducida años antes por los propios socialistas, Garzón pudo volver a su juzgado de procedencia, donde retomó el *Caso GAL* con particular ahínco, y llegó a promover ante el Tribunal Supremo la imputación de Felipe González (que no prosperó). Al fin, hubo condenas para un ex ministro de Interior y un secretario de Estado para la Seguridad, entre otros.

⁵ C. Castresana ha hablado de un “poder extrajurídico, a veces directamente político” (en *op. cit.*). Por su parte, en el plano teórico y en una perspectiva de principios, L. Ferrajoli ha explicado que el correcto ejercicio de la jurisdicción demanda la ajustada relación entre los dos vectores, saber-poder, que la constituyen. Se trata de una relación cuyo equilibrio debe darse, por regla, dentro de cada proceso, en el juego de las garantías procesales, en su doble dimensión jurídica y epistémica. La anómala acumulación de procesos, más si de especial relevancia económica, política o de otra índole, en un solo órgano, sobre todo cuando es unipersonal, genera inevitablemente un plus de poder, que es *extraprocesal* y personal, pues va más allá del concretamente localizado en cada causa. Por eso, carece de la necesaria contrapartida de garantía y está peligrosamente abierto al abuso. (Cfr. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2012, pp. 45 ss. y *Principia iuris. 2. Teoría de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, p.209-210.)

⁶ El de estar *en lucha* contra la delincuencia, la de carácter organizado, sobre todo, es un recusable tópico para consumo de masas, acriticamente incorporado, ya con la mayor naturalidad, a la subcultura y al lenguaje de algunos de estos jueces, con el inevitable reflejo en la opinión. Precisamente, el diario *El País* —recuérdese, en una época muy crítico con Garzón— le llamó

tra la delincuencia. Anómalo estereotipo regularmente presente en las actitudes e incluso en los discursos de algunos jueces centrales, en los de Garzón en particular; cuando, como debiera saberse, el juez, en el ejercicio de la jurisdicción, no puede perseguir ningún interés (ni siquiera político-criminal) predeterminado que no sea el de la imparcial *comprobación* de lo sucedido en el (en cada) caso concreto.

II. Peculiaridades del marco procesal

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, con múltiples reformas, data de 1882, consagra el carácter público de la acción penal (art. 101). Luego, en el artículo 105, la atribuye, con carácter obligatorio, a los funcionarios del Ministerio Fiscal⁷. Pero el propio artículo 101, tratándose de delitos públicos, reconoce a “todos los ciudadanos españoles” ese derecho; y el artículo 270 precisa que deben ejercitarlo mediante querrela; es decir, no sólo con el simple traslado al juez de la *notitia criminis*, sino asumiendo activamente la posición de parte activa en la causa.

La Constitución de 1978, en su artículo 125, acogió el instituto de la acción popular como medio de participar en la administración de justicia. Esta institución ha tenido singular protagonismo en las últimas décadas, sobre todo en la persecución de delitos imputados a sujetos públicos, en casos en los que el Ministerio Fiscal (jerarquizado y dependiente del gobierno en última instancia) se ha caracterizado por una ostensible, crónica pasividad. Ahora bien, es cierto asimismo que la acción popular, que ha cumplido esa relevante función de benéfica suplencia de la inactividad del actor oficial, ha sido también frecuente

juez campeador. Donde “campeador” equivale a guerrero y es el calificativo con el que se distinguió a un legendario caudillo medieval, Rodrigo Díaz de Vivar, también conocido por *El Cid*, esforzado combatiente contra *los moros*. (Cfr. “Vacaciones supremas”, artículo editorial de *El País*, 1 agosto 1995.) Precisamente, a raíz de la condena del magistrado por una de las causas de las que aquí se trata, la prensa internacional hizo pública su disposición a “seguir luchando...”, según declaraciones de aquél a un medio centroamericano.

⁷ De “ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes”, habla el precepto. Conviene aclarar que este ha sido siempre unánimemente interpretado en el sentido de que ese juicio *de procedencia* debe versar sobre la subsunción de la conducta en un precepto penal, y es, por tanto, legalmente ajeno a criterios de oportunidad.

objeto de una utilización oportunista. Y, en concreto, aun promovida en la persecución de delitos públicos, se ha constituido a veces en el recurso instrumental de grupos de oscura filiación y de sujetos particulares, y de los propios partidos, en el contexto de estrategias no siempre claras, o quizá sí.

Ello ha contribuido a crear un clima, podría decirse transversal, de opinión política (tampoco desinteresada), de franca hostilidad hacia el instituto; y a que se hayan prodigado tomas de posición favorables a la drástica reducción de su ámbito, también en los medios de la cátedra y del foro. Con todo, lo cierto es que de no haber sido por la acción popular, aun cuando movida por manos no santas, delitos gravísimos, producidos en medios públicos, en años recientes, se habrían visto favorecidos por la impunidad.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo Penal, formada por quince magistrados, tiene competencia para la instrucción y el enjuiciamiento —en única instancia—⁸ de las causas por delito seguidas contra determinados cargos públicos que gozan de ese fuero privilegiado (según el art. 57, LOPJ). Entre ellos se encuentran los magistrados de la Audiencia Nacional. Estas causas contra aforados deberán promoverse mediante querrela, del Ministerio Fiscal o de particulares. El régimen interno de asignación de las competencias a concretos magistrados dentro de la Sala Segunda, para proceder en estos y otros casos, se rige por las normas aprobadas con carácter general por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

El modo legal, tradicional, de proceder es el siguiente. La decisión de admitir o no la querrela compete a un sala, constituida por turno (en la actualidad por cinco magistrados). Cuando ésta admite a trámite la querrela, la instrucción corresponde a otro magistrado, designado también por turno de entre los restantes de la propia Sala Segunda. En fin, el juicio (como he dicho, en única instancia) y la decisión sobre el fondo estaban atribuidos a la propia sala de admisión, que también habría

⁸ El art. 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, luego de disponer en el apartado 1 que toda persona condenada por un delito tiene derecho a que su condena o sentencia sea revisada por un tribunal superior, en el apartado 2 recoge como excepción, entre otros, el caso de los que la persona afectada sea juzgada en primera instancia por el más alto tribunal.

conocido de los incidentes eventualmente promovidos contra las resoluciones del instructor. Pero aquí hablo en pasado, debido a que en este punto, y con ocasión del enjuiciamiento de la primera causa de las seguidas contra Garzón (la conocida como *de los crímenes del franquismo*), se ha producido un bien fundado cambio de criterio en la formación de la sala de enjuiciamiento, al que me referiré.

III. Algunas incidencias relevantes del trámite en las causas seguidas contra Garzón

La causa conocida como *de los crímenes del franquismo* se inició por la acumulación de tres iniciativas, respectivamente, del llamado Sindicato de Funcionarios Manos Limpias,⁹ de Falange Española¹⁰ y de la Asociación Civil Libertad e Identidad,¹¹ cada una de las cuales, ejercitando la acción popular, formuló querrela contra Garzón como autor de un delito de prevaricación por el modo como, en 2008, decidió hacerse cargo de la denuncia de los crímenes del franquismo y asumir su persecución, y por las resoluciones dictadas al efecto.

⁹ Tomó el nombre del movimiento promovido por el juez Di Pietro. Se autodefine como sindicato, en particular de funcionarios, que busca la defensa de los intereses de sus afiliados; y, en general, de la transparencia y dignidad de los poderes públicos; la denuncia de las corrupciones políticas y las que lesiones el interés público general; y la defensa del orden constitucional frente a movimientos separatistas. Aunque rechaza la calificación de ultraderechista que regularmente se le asocia, existe un amplio consenso en los más diversos medios para definirlo de ese modo, tanto por sus fines como por su semántica, por la calidad de sus iniciativas, y por el perfil de su figura más representativa; a lo que se une que en algún momento habría compartido sede con el llamado Frente Nacional del Trabajo. Es conocido sobre todo por sus querellas, promovidas en el ejercicio de la acción popular.

¹⁰ Grupo heredero del histórico partido fascista, cuya acusación fue finalmente excluida por el instructor, por motivos procesales.

¹¹ Sus propósitos fundacionales declarados son “formar la persona y redescubrir la nación”. Justifica su iniciativa contra Garzón, por la ilegalidad de sus actuaciones y porque, a diferencia de lo sucedido en este caso, algunos años antes se había negado a abrir una causa, entre otros, contra Santiago Carrillo (líder histórico del Partido Comunista de España), como supuesto responsable de la masacre conocida como de Paracuellos, que afectó a varios miles de presos en el Madrid republicano, por entender, entre otras razones, que los delitos habrían prescrito, no siendo ya perseguibles.

Una sala, compuesta¹² del modo que he anticipado, resolvió admitir a trámite las querellas, al entender que existía materia de delito en el proceder del magistrado; y a continuación, según lo legalmente previsto, entró en funciones el instructor¹³ de turno en ese momento. Éste llevó a cabo la investigación y, haciéndose eco de las acusaciones, dispuso la apertura del juicio.

La sala —que, luego de haber admitido las querellas, conoció de distintos recursos de la defensa contra resoluciones del instructor, confirmándolas—, operando según el criterio tradicional antes expuesto, manifestó su disposición a asumir también el enjuiciamiento.¹⁴ Tal modo de proceder —legal, pero ya poco defendible, en vista de la mejor jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y del Tribunal Constitucional español en materia de “imparcialidad objetiva”— fue respondido por la defensa con la recusación de todos los integrantes de aquélla. Del incidente —por falta de “imparcialidad objetiva”— conoció la sala prevista en el artículo 61 de la LOPJ,¹⁵ que, como cabía esperar, estimó la recusación. De este modo, el tribunal encargado de juzgar debería ser *otro*, ninguno de cuyos componentes hubiera intervenido con anterioridad en la misma causa. Es el que, compuesto ahora por siete magistrados, juzgó finalmente a Garzón por este caso, absolviéndole.¹⁶

¹² Entre otros, por el magistrado Adolfo Prego, enseguida denunciado por sus actitudes ultraconservadoras y la afinidad ideológica a las formaciones promotoras de la querella.

¹³ Luciano Varela Castro, cuya instrucción fue insistentemente denunciada como inquisitiva y persecutoria en extremo, por y en los medios de opinión favorables a Garzón, *El País*, especialmente, en ocasiones en términos insultantes.

¹⁴ Este criterio, legal histórico, de una misma sala conociendo de la admisión de la querella, supervisando la instrucción y asumiendo también el enjuiciamiento, tenía apoyo en decisiones del Tribunal Constitucional y del propio Tribunal Supremo, en las que se resolvió que no son actos de instrucción y no comprometen la debida imparcialidad para juzgar: la admisión a trámite de la denuncia o querella; la decisión de recursos contra las resoluciones del instructor que se limite a verificar la regularidad de lo acordado por este.

¹⁵ Conforme al art. 61.1 LOPJ “Una sala formada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá [...] 2º De los incidentes de recusación del presidente del Tribunal Supremo, o de los presidentes de sala, o de más de dos magistrados de una sala”. Las recusaciones de uno o de dos magistrados de una sala se resuelven, pues, por el pleno de la misma.

¹⁶ La absolución se produjo por mayoría de seis magistrados (uno de ellos el autor de este artículo); con un voto discrepante del magistrado Maza.

La causa conocida como *de las escuchas del caso Gürtel*, se inició en virtud de la querrela (por un posible delito continuado de prevaricación judicial y otro de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales cometido por funcionario), presentada el 9 de diciembre de 2009 por un abogado; a esta primera iniciativa se sumaron posteriormente otras dos del mismo género. En todos los supuestos se trató de reacciones contra la interceptación por Garzón de las comunicaciones presenciales de imputados del conocido como *caso Gürtel*, durante las entrevistas mantenidas con los profesionales del derecho encargados de su defensa, cuando se hallaban en prisión preventiva.

La sala correspondiente resolvió admitir a trámite la querrela; y fue designado el instructor, que oyó en declaración al magistrado, decidió imputarle y, luego de algunas diligencias de investigación, a instancia de las acusaciones populares, abrió el juicio oral. La misma sala de admisión, que había resuelto algunos recursos de la defensa contra decisiones del instructor, según el criterio tradicional aludido (y discrepando por tanto del expresado por la Sala del artículo 61 LOPJ a que antes hice referencia), manifestó su propósito de juzgar al acusado.¹⁷ También ahora la defensa promovió un incidente de recusación, resuelto del mismo modo que en el supuesto anterior, lo que llevó a la formación de un tribunal distinto para el enjuiciamiento, formado por siete magistrados que no habían tenido intervención en momentos anteriores de la misma causa.¹⁸

El 12 de junio de 2009, los abogados Antonio Panea Yeste y José Luis Mazón Costa (ajenos a los otros casos), igualmente en el ejercicio de la acción popular, formularon querrela contra Baltasar Garzón por

¹⁷ Con excepción del autor de este artículo, que, por considerarse contaminado en su “imparcialidad objetiva”, al haber conocido del trámite de admisión de la querrela y de algunos recursos contra decisiones del instructor, formalizó su abstención.

¹⁸ Entre ellos los dos instructores de las causas *de los crímenes del franquismo y de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York*. Al respecto, la Sala del artículo 61 LOPJ, resolviendo sobre la recusación de uno de ellos por este motivo, concluyó que del hecho de haber desarrollado la investigación de una causa contra un imputado no se deriva ningún efecto *contaminante* que impida juzgarle con imparcialidad *en otra causa*. Es más, en la práctica de los tribunales ocurre con alguna frecuencia que el magistrado que ha intervenido en el juicio del que se siguió condena contra un imputado, vuelva a juzgarle por otro hecho en una causa distinta.

los posibles delitos de prevaricación, estafa y cohecho. Todo porque el magistrado, cuando disfrutaba de una licencia por estudios en Nueva York, realizó personalmente gestiones ante los dos más importantes banqueros españoles y los responsables de tres de las más relevantes empresas del país, para obtener fondos con que financiar actividades académicas que él iba a dirigir en un centro académico de aquella ciudad.

Admitida la querrela, el magistrado instructor desarrolló la correspondiente investigación, consistente, sobre todo, en recabar datos del propio imputado, de los patrocinadores y de la universidad neoyorquina, y en la realización de alguna pericia contable.

Concluida la indagación, descartando los delitos de prevaricación y de estafa, dispuso la continuación del procedimiento para abrir el juicio por posible cohecho.¹⁹ En ese momento el fiscal objetó que, por el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos hasta el inicio de la persecución, ese delito habría prescrito. El instructor se manifestó conforme, cerrando el caso. Lo hizo con una resolución en la que dejaba sintética pero expresiva constancia de los indicios delictivos apreciados, de que a su entender satisfacían las exigencias del tipo penal, y del porqué legal de la prescripción.

IV. Los hechos de las distintas causas

Reiteraré que las causas promovidas contra Garzón han sido tres: la conocida como *de los crímenes del franquismo*, la *de las escuchas del caso Gürtel*, y la *de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York*. En lo que sigue expondré de forma sucinta los hechos, tal y como resultan fijados en las resoluciones judiciales que han puesto fin a cada uno de los procesos.

¹⁹ El conocido como *cohecho impropio*, según el art. 426 del Código Penal, en la redacción aplicable en el momento de los hechos, es el cometido por la autoridad o funcionario que admittiere dádiva o regalo ofrecido en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente.

a) Causa de los crímenes del franquismo

La sentencia, conforme he anticipado, fue absolutoria. En ella se reprochó a Garzón haber actuado en la persecución de los crímenes del franquismo contradiciendo el derecho aplicable: al acudir a la legalidad internacional en materia de derechos humanos, por un cauce no previsto en el ordenamiento constitucional español y desconociendo la vigencia de la Ley de Amnistía 46/1997, de 15 de octubre; y por haberlo hecho, en cualquier caso, con manifiesta falta de competencia objetiva. Ahora bien —según el tribunal—, se trató de una intervención en respuesta a legítimas demandas de víctimas de acciones criminales del franquismo, que hoy serían calificables de delitos contra la humanidad; dándose la circunstancia de que aquéllas se encuentran en una situación de objetiva desigualdad en relación con otras víctimas de hechos similares producidos en el tiempo de la guerra civil, en el territorio de los vencidos, que sí fueron perseguidos por los vencedores. Por todo, fue la conclusión, en la conducta del juez habría faltado el elemento de injusticia que, más allá de la mera ilegalidad, requiere el tipo penal.

El artículo 9.3 de la Constitución española —razonaba también el tribunal— “garantiza [...] la irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables”.²⁰ Ello hace que las acciones criminales de referencia (delitos de asesinato, ampliamente prescritos) no pudieran ser perseguidas en el momento de la querrela como crímenes contra la humanidad, al ser este un tipo penal introducido en el Código español en 2003.²¹ Por otra parte, la Ley de Amnistía, promulgada al inicio de la transición por consenso de todas las fuerzas políticas, y cuya modi-

²⁰ Precisamente, como subrayaron los promotores de una de las querellas de esta causa, el mismo Garzón había resuelto en 1998 no admitir una querrela contra el líder comunista Santiago Carrillo y otros, por la masacre, conocida como de Paracuellos, cometida sobre varios miles de presos durante el sitio de Madrid, en plena guerra civil. El argumento, literal, de Garzón fue que “los preceptos jurídicos alegados son inaplicables en el tiempo y en el espacio, en el fondo y en la forma a los [hechos] que se relatan en el escrito [de querrela], y su cita quebranta absolutamente las normas más elementales de retroactividad (art. 9.3 de la Constitución española) y tipicidad (art. 1 del Código Penal)”. Es decir, la ausencia de un cauce jurídico idóneo para la persecución penal en el ordenamiento español vigente.

²¹ Razona el tribunal, según lo resuelto en el conocido como *Caso Scilingo* (sentencia 798/2007, de 1 de octubre), que en el ordenamiento español las normas internacionales carecen de eficacia directa, de modo que su incorporación al mismo sólo puede producirse por el pro-

ficación fue expresamente rechazada el pasado 19 de julio de 2011 por el Congreso de los Diputados, mantiene su vigencia.²² Además, la competencia nunca habría correspondido a los Juzgados Centrales de la Audiencia Nacional, que para la investigación de esa clase de delitos solo la tienen atribuida cuando los mismos se hubieran cometido fuera de España (art. 23, LOPJ). Por eso, y para sortear tal obstáculo —consciente por tanto de la propia falta de competencia objetiva—, Garzón²³ desarrolló una doble estrategia *procesal*. Por un lado, condujo formalmente su actuación como persecución de un delito contra los altos organismos de la nación en la época del golpe militar.²⁴ Para ello simuló ignorar el hecho *notorio* de que todos los posibles responsables habían fallecido; y, con el fin de mantener abierta la causa, ordenó a la policía investigar la (im)posible existencia de algún superviviente. Luego, por conexidad, y mientras tanto, se atribuyó también la competencia para perseguir los crímenes del franquismo, acudiendo a la ficción de calificarlos como *desapariciones forzadas*, es decir, delitos de carácter permanente, que *estarían ejecutándose* cuando los restos de las víctimas no hubieran aparecido todavía.²⁵ Prescindiendo también del hecho, asimismo notorio, de tratarse de asesinatos ciertos, cometidos hace bastante más de setenta años; crímenes, pues, en absoluto asimilables a las

cedimiento constitucionalmente previsto; y que el derecho internacional consuetudinario no es apto para crear tipos penales completos.

²² Conviene recordar que la demanda de una “amnistía general [...] extendida a todas las responsabilidades derivadas de la guerra civil, en ambos bandos contendientes” formó parte del programa del Partido Comunista de España desde finales de 1959. De lo más expresivas son las palabras de Marcelino Camacho (líder histórico de Comisiones Obreras) y Santiago Carrillo (secretario general del Partido Comunista de España), ambos diputados comunistas, en las sesiones del Congreso de los Diputados del 27 de julio y 14 de octubre de 1977, defendiendo en nombre de su formación la amnistía *para todos y para todos los delitos de intencionalidad política*, sin restricciones, como necesario punto de partida de la nueva era democrática que se abría en el país.

²³ Luego de haber tenido las denuncias paralizadas durante dos años, hasta que el movimiento de familiares de víctimas y la contestación de la ley conocida como “de la memoria histórica” hizo de sus reivindicaciones un tema mediático, de máxima actualidad; momento en el que Garzón recobró el impulso.

²⁴ La Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales son hoy los competentes para la persecución del equivalente a esta clase de delitos (art. 65, 1º a) LOPJ).

²⁵ Un *giro lingüístico* —que responde a la pretensión de que los delitos de referencia seguirían cometéndose aun después de muertos los posibles autores— bien calificado de “surrealista” por A Gil, en *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, con prólogo de K. Ambos, Barcelona, Atelier, 2009, p. 162.

“desapariciones” perpetradas en el marco de las dictaduras del Cono Sur de América Latina. De este modo, el magistrado pudo llevar a cabo algunas diligencias, de alcance poco más que simbólico, bajo la cobertura de un proceso penal objetivamente destinado a no producir ningún resultado que no fuera el meramente publicitario, logrado, eso sí, con manifiesta eficacia.

Con posterioridad a la sentencia absolutoria en la causa *de los crímenes del franquismo*, con fecha 28 de marzo de 2012, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha dictado una resolución que versa sobre la competencia y el modo de operar en los casos de aquella naturaleza, en particular, en la recuperación de restos de posibles víctimas de aquellas acciones. El punto de partida es que, al no ser ya perseguibles penalmente, cuando hubiera claridad sobre la fecha de las muertes, no será pertinente la apertura de una causa penal y, en consecuencia, tampoco la intervención del juez de instrucción; que sí estará justificada, en cambio, en los supuestos de duda acerca de ese dato. Ello supone que, a tenor de este criterio, los procesos penales abiertos por hechos de la guerra civil tendrán que archivarse.

En la misma resolución se subraya el obvio derecho de los familiares a la recuperación de los cadáveres de las víctimas y a la formalización de las correspondientes situaciones, bien por vía administrativa, para lo que existen previsiones específicas (Ley 52/2007), y también por vía civil.

b) Causa de las escuchas del caso Gürtel

La investigación del conocido como *caso Gürtel* había correspondido a Baltasar Garzón, como titular del Juzgado Central de Instrucción número 5. La causa tenía por objeto hechos que podrían constituir delitos de blanqueo de capitales, defraudación fiscal, falsedades, cohecho, asociación ilícita y tráfico de influencias; plausiblemente cometidos, en una pluralidad de escenarios territoriales, por sujetos integrados en una amplia trama, con implicación de distintos exponentes del Partido Popular y el resultado de una importantísima apropiación de fondos públicos.

La policía trasladó al instructor su sospecha de que algunos de esos imputados, situados en el vértice de la trama, no obstante hallarse en situación de prisión preventiva, podrían estar realizando acciones dirigidas a reciclar u ocultar las ganancias obtenidas en sus ilícitas actividades ya objeto de persecución penal.

En vista de ello, el juez dictó una resolución, de 19 de febrero de 2009, que afectaba a tres de los implicados. En ella decía, literalmente, que dada “la complejidad de la investigación [...] con objeto de determinar con exactitud todos los extremos [de las actividades de aquellos] y especialmente para determinar el grado de imputación que pudieran tener otras personas dentro del grupo organizado investigado” era “necesario ordenar la intervención de [sus] comunicaciones orales y escritas”. Continuaba:

Igualmente y dado que en el procedimiento empleado para la práctica de sus actividades pueden haber intervenido letrados y que los mismos aprovechando su condición pudiesen actuar como “enlace” de los tres mencionados con personas del exterior, deviene necesaria también la intervención [de las comunicaciones] que aquéllos puedan mantener con los mismos, dado que el canal entre otros miembros de la organización y los tres miembros ahora en prisión podrían ser los letrados que estarían aprovechando su condición en claro interés de la propia organización y con subordinación a ella.

En fin, disponía la interceptación de las comunicaciones personales de los imputados en prisión con los abogados que ya les prestaban asistencia. Inicialmente, alguno de éstos se hallaba también imputado; pero la medida se extendía, indiscriminadamente, con o sin sospecha, a cuantos profesionales pudieran intervenir en el futuro con ese carácter. El magistrado advertía, curiosamente, que todo debería hacerse “previniendo el derecho de defensa”(1).

Como fundamento legal de la decisión, Garzón citaba el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Éste dispone que las comunicaciones de los presos con su abogado “no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo”. Prescripción que el Tribunal Constitucional (desde

su sentencia 183/1994) ha interpretado regularmente en el sentido de que ambas exigencias son acumulativas y no alternativas. Pero es que, además, las injerencias que contempla sólo están previstas para mantener el régimen interno de los establecimientos penitenciarios. Lo que resulta del propio precepto legal, ajeno al código procesal penal,²⁶ y también del que lo reglamenta²⁷ que, incluso, obliga a informar *ex ante* a los posibles afectados de que sus comunicaciones podrían ser intervenidas. Un requisito claramente sugestivo de que la previsión de esta clase de medidas no tiene nada que ver con la investigación criminal.

La policía, el 13 de marzo de 2009, presentó al juez un informe con el resultado de las escuchas, solicitando su prórroga. El fiscal —advirtiendo que “una parte importante de las transcripciones se refer[ían] en exclusiva a estrategias de defensa”— se manifestó favorable al mantenimiento de aquéllas, pero “con expresa exclusión de las comunicaciones mantenidas con los letrados que representen a cada uno de los imputados y, en todo caso, con rigurosa salvaguarda del derecho de defensa”. Garzón, sin atender esa petición, dictó de inmediato una nueva resolución prorrogando las escuchas en los mismos términos en que se estaban produciendo.

De este modo, resultaron interceptadas las conversaciones de los imputados en prisión con algunos abogados, al parecer, sospechos, y con otros cuatro abogados fuera de toda sospecha, designados por aquéllos para su defensa y formalmente admitidos como tales en la causa. Ésta es la razón por la que tres de ellos ejercitaron la acción penal contra el juez.

Cerrada la fase de investigación, los afectados (no el ministerio fiscal)²⁸ formalizaron las correspondientes acusaciones por delito con-

²⁶ Éste, en materia de escuchas, sólo prevé la interceptación de las comunicaciones telefónicas de los imputados.

²⁷ Arts. 43,1 y 46,5º del Reglamento Penitenciario.

²⁸ El Ministerio Fiscal se ha opuesto a las querellas y a las acusaciones en las tres causas. Esto supone un evidente aval del acusador público a la injerencia del instructor Garzón en la relación de defensa imputado-abogado. Puede sorprender, pero no tanto si se piensa en que —hablo a partir de una experiencia personal de 40 años de ejercicio de la jurisdicción— no conozco un solo caso en el que el fiscal español haya impugnado una sentencia condenatoria, por violación de las garantías fundamentales del imputado; a pesar de que existe una estadística significativa de casos en los que la dictada fue anulada en segunda instancia o en casación por un mo-

tinuado de prevaricación judicial y delito cometido por funcionario público, de uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales. Finalmente, se celebró el juicio oral y hubo sentencia, de fecha 9 de febrero de 2012.

Ésta es condenatoria: *a)* porque el juez conocía que su decisión afectaba de manera esencial al derecho fundamental de defensa de los imputados; y fue consciente de que su decisión no podía fundarse en ninguna interpretación razonable de la norma constitucional y de la ley procesal penal; *b)* porque, además, actuó de ese modo gravísimamente antijurídico sin que existieran datos de ninguna clase de que los letrados estuvieran aprovechando el derecho de defensa para cometer nuevos delitos.²⁹

El tribunal recordaba que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido, de manera excepcional, la grabación de comunicaciones de un imputado con su letrado, pero exigiendo: previsión legal suficiente y clara (que aquí no concurre); indicios de delito contra el abogado afectado (aquí nunca precisados en unos casos y por completo inexistentes en los restantes); y adopción de garantías para evitar abusos de la medida (algo imposible en estos casos por la propia calidad invasiva de las injerencias).

c) Causa de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York

El Consejo General del Poder Judicial había concedido a Garzón “licencia por razón de estudios relacionados con la función judicial, a disfrutar del día 1 de marzo al 1 de diciembre de 2005, al objeto de desarrollar actividades de docencia e investigación en la New York

tivo del género. De hecho, toda esa jurisprudencia de la AN que he calificado de *emergentista* y muy problemática desde el punto de vista de la disciplina constitucional del proceso, ha contado siempre con el aval del Ministerio Público.

²⁹ En los hechos probados de la sentencia condenatoria se lee que en la resolución de Garzón disponiendo las interceptaciones “no se contenía ninguna mención concreta de la identidad de los letrados sospechosos, lo que habría permitido excluir a los demás, ni tampoco precisión alguna acerca de los indicios que existieran contra los que no hubieran sido hasta entonces imputados”.

University School of Law, así como en el The Center on Law and Security, y en el Centro Rey Juan Carlos I de España, sobre temas relacionados con el terrorismo internacional y nacional”. La licencia fue luego prorrogada hasta el 30 de junio de 2006. Y durante todo ese tiempo Garzón mantuvo en su integridad las retribuciones propias del cargo judicial.

Nombrado titular de la cátedra Rey Juan Carlos I de España en la Universidad de Nueva York; y pactó con sus autoridades académicas un régimen retributivo consistente en el pago de gastos de viaje (por un importe total de 22 152 dólares) y de los ocasionados por la escolarización de su hija en la Escuela Internacional de Naciones Unidas (por importe de 21 650 dólares); cantidades efectivamente satisfechas.

También fue designado profesor distinguido por el Centro de Derecho y Seguridad de la misma Universidad de Nueva York, que en total le hizo trece pagos por importe de algo menos de 6 000 dólares cada uno. Garzón ocultó estas percepciones al Consejo General del Poder Judicial; y también las propias del cargo judicial a la Universidad de Nueva York, a pesar de haber pactado con ella un rígido compromiso de incompatibilidad en materia salarial, que excluía la posibilidad de cualquier otra percepción que no fuera la del propio centro.

Pero no es tal el núcleo de la imputación. Éste se cifra en el hecho de que Garzón, que había concebido la idea de organizar, en el aludido marco académico, eventos, de los que él sería director, con personalidades relevantes del mundo político, empresarial y jurídico, quiso lograr fondos para su financiamiento, y también para el abono de los salarios de una persona de su confianza, que le auxiliase en la gestión de tales actividades. Con ese fin entró personalmente en contacto con los directivos de los dos principales bancos del país —Banco Santander Central Hispano (BSCH),³⁰ Banco Bilbao Vizcaya Argentaria

³⁰ En este caso se da la circunstancia —a la que los querellantes atribuían particular relieve— de que Garzón, luego de la estancia neoyorquina, el 27 de noviembre de 2006, ya en el juzgado, no admitió a trámite una querrela contra Emilio Botín, presidente del BSCH; al que, en la solicitud de apoyo económico para los cursos, había tratado de “Querido Emilio”. El reproche es que tendría que haberse abstenido en la causa seguida, en realidad, contra Botín y contra veintidós personas más. Lo cierto es que la sala de apelación confirmó luego la resolución de Garzón.

(BBVA)—³¹ y de las empresas Telefónica, Compañía Española de Petróleos S.A. (CEPSA), y Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA); llegando a solicitar un total de 2 595 375 dólares, de los que obtuvo 1 237 000 dólares. A juicio de los querellantes y del instructor, para conseguir estos fondos habría contado de manera relevante la condición profesional de Garzón.³² Y esto es lo que le haría imputable como posible autor de un delito continuado de cohecho impropio. A juicio del instructor, no se daban en cambio las condiciones para atribuir a Garzón delitos de prevaricación y tampoco de cohecho propio.³³ Finalmente, ya se ha dicho, concluyó descartando la existencia de estos delitos y resolviendo que el de cohecho impropio habría prescrito, en vista del tiempo transcurrido entre el momento de los hechos y el inicio de su persecución, que es lo que dio lugar al archivo de la causa (mediante resolución de 13 de febrero de 2012).

V. Los casos en la opinión pública

Hay un dato incuestionable, y ciertamente dramático, de la realidad española de un largo periodo, del que hay que partir. Es que los crímenes del franquismo no han tenido respuesta penal y, además, los cadáveres de muchas de las víctimas de la represión, sobre todo de las producidas durante el tiempo de la contienda civil, permanecen en las fosas a las que fueron arrojados por sus verdugos. Con frecuencia, en emplazamientos más o menos conocidos, sobre los que, en una infini-

³¹ En el caso del BBVA, Garzón había instruido en el 2000 una causa contra la cúpula de la entidad, al descubrirse que, a través de una filial, tenía abiertas cuentas secretas en el paraíso fiscal de la isla Jersey. Esa actuación judicial provocó el cese de la dirección del banco; y determinó, en 2001, la entrada en la misma de los directivos de los que, años más tarde, Garzón solicitó y obtuvo el financiamiento de los cursos.

³² El instructor subraya que, aun actuando en el aludido papel académico, hizo valer siempre su condición de magistrado. Incluso Karen Greenberg, directora del Centre of Law and Security de la universidad neoyorquina, utilizó un sobre en cuyo exterior figuraba impreso “Baltasar Garzón Real. Magistrado-Juez Juzgado Central 5. Audiencia Nacional. Madrid”, para dirigirse a la dirección de ENDESA solicitándole el pago de la parte atrasada de la subvención prometida, mediante una carta remitida de ese modo desde la propia ciudad de Nueva York.

³³ El cohecho propio se comete cuando la dádiva tenga por objeto la realización de un acto u omisión que constituya delito, o la omisión de un acto obligado, en ambos casos en el ejercicio del cargo (arts. 419 y 421 del Código Penal, en la redacción anterior a la reforma de 2010).

dad de supuestos, no ha podido intervenir, ni siquiera con el fin de llegar a la identificación de los restos y para darles una sepultura digna.³⁴ En la época de las acciones criminales, obviamente, por el miedo más que justificado de las familias afectadas, comprensiblemente transmitido a la generación posterior, crecida también en ese clima, que, por ello, tuvo que mantenerse inactiva al respecto. Así, debió llegar una nueva generación, la de los nietos, que, en contexto democrático, ha reaccionado con un celo ejemplar y una fuerza extraordinaria en la justísima reivindicación de la memoria de sus muertos. Al principio bajo la forma de iniciativas dispersas y poco más que personales; más tarde con cierto grado de articulación a escala nacional, y siempre con poco más que los propios recursos, a los que se han unido algunas ayudas oficiales, siempre insuficientes. Todo, fundamentalmente con el fin de documentar las masacres y dignificar la situación de las víctimas, que, en un primer momento, lo fueron de fusilamientos producidos en el marco de acciones de depuración del adversario político; y, tras la victoria de los sublevados, en la aplicación de penas de muerte masivamente impuestas en *procesos* sumarísimos a cargo de la *justicia* militar del franquismo.

Pues bien, en el contexto del aludido movimiento de familiares de víctimas, dotado ya, como he dicho, de cierta articulación, en 2006, se produjeron distintas denuncias de acciones del género de las aludidas, en las que los denunciantes comunicaban al juzgado haberlas sufrido en sus familiares, haciendo saber que desconocían las circunstancias del fallecimiento y el lugar de enterramiento, a la vez que invocaban su derecho a saber y solicitaban la tutela judicial para el descubrimiento de la verdad y la práctica de las actuaciones necesarias para la localización e identificación de aquellos.

Las denuncias, al fin convergentes en el Juzgado Central de Instrucción número 5, recibieron del magistrado titular el tratamiento procesal que se ha dicho, que, en sí mismo, como también resulta de lo expues-

³⁴ Muy tardíamente, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, conocida como “de la memoria histórica”, ha establecido el deber de las administraciones públicas de colaborar con los descendientes directos de las víctimas que lo soliciten en las actividades de localización e identificación de las personas desaparecidas violentamente durante la guerra civil o la represión política posterior, cuyo paradero se ignore.

to, estaba destinado a no llevar, dentro de la jurisdicción penal, a ninguna parte. Pero, aunque sólo sea en el plano simbólico, y sin prejuzgar, pues no hace al caso, la posible *ultraintención* del magistrado, lo cierto es que esas actuaciones representaron la primera reacción oficial a unas demandas sobre cuya justicia no es preciso insistir. Por eso la extraordinaria valoración, en realidad sobrevaloración de las mismas, con abstracción de lo más que cuestionable de su fundamento legal y del hecho de estar condenadas a la ineffectividad.

Así las cosas, la apertura de la causa contra Garzón que dio lugar a este caso, en virtud de una decisión jurídicamente cuestionable, según resulta de la propia sentencia, tuvo en la opinión pública el eco más obvio: Garzón perseguido por investigar los crímenes del franquismo. Si además, la iniciativa de la persecución partía de exponentes de la extrema derecha española, la conclusión de que el eco hallado en el *Tribunal Supremo español* respondía a idéntica coloración ideológica de sus magistrados, se movía en el mismo plano de la *obviedad*. Pero es que si, más todavía, con patente coincidencia temporal, sobre ese mismo tribunal *llovían* nuevas querellas contra Garzón, la hipótesis conspiratoria (ampliamente difundida en sus *informaciones* por un medio tan relevante como *El País*) como algo plausible, estaba servida para el hombre de la calle. Más, tratándose de un magistrado con alguna acción tan emblemática en su *curriculum* como la detención de Pinochet y la persecución de los crímenes de otras dictaduras militares.

Lo cierto es que esa hipótesis prendió con tan explicable facilidad como incontenible tendencia a la simplificación, en amplísimos sectores de la ciudadanía nacional e internacional, especialmente de izquierda. Es algo que, lo creo sinceramente, no merece el menor reproche: por la extraordinaria plasticidad de la versión tan eficazmente difundida; abonada, además, por la constancia de la secular experiencia de la impunidad de crímenes como los del franquismo. Y favorecida, en fin, por la dificultad de difundir en tales ambientes una información cabal del perfil real de las actuaciones de Garzón en el *caso de los crímenes del franquismo*; y una noticia cumplida de la naturaleza de los otros hechos atribuidos al mismo y objeto de persecución.

Tal estado de opinión masiva ha contado, se ha nutrido más bien, con las aportaciones de alguna *intelligentsia* jurídica de izquierda, producidas en una clave casi exclusivamente política. Digo esto porque, si bien es cierto que —según puede leerse en la propia sentencia absolutoria de la *causa de los crímenes del franquismo*— la persecución de los mismos³⁵ sería, al menos en hipótesis teórica,³⁶ defendible con apoyo en cierta lectura de la normativa internacional en materia de derechos humanos y de derecho humanitario; lo que no tiene el menor sustento en ésta es la *inferencia* de que las otras dos causas carecían de cualquier fundamento que no fuera acabar con el magistrado a cualquier precio, dentro de una y la misma estrategia. Así lo ha entendido la mayor parte de la comunidad jurídica, la académica en particular, y lo acredita el dato de la patente ausencia de trabajos de un mínimo calado teórico en favor de legitimidad de las actuaciones de Garzón en el caso de las escuchas³⁷ y en el de los fondos para los cursos de Nueva York, que no han contado con otro apoyo que el brindado por algún escrito periodístico de muy escaso fuste.

No entraré a discutir la hipótesis de la conspiración universal, que, como toda hipótesis de este género, es en sí misma un insulto a la inteligencia. Tampoco la del “corporativismo transversal” con fundamento en el brote epidémico de una celotipia profesional, que, contagiándolos, habría llevado a los magistrados de la Sala Segunda en bloque a hacer causa común con el franquismo redivivo, en el marco de aquella conjura, por la misma razón de falta de rigor y por su inconsistencia. Me basta señalar que la defensa de ambas *tesis* ha tenido que recurrir a la omisión deliberada de cualquier análisis de los datos de hecho que forman los antecedentes de la *causa de las escuchas del*

³⁵ No tanto la acometida por Garzón, pues ya se ha visto que para *hacerse* competente por algún tiempo —aparte de entrar en contradicción con su propio criterio de considerar no perseguible ya la masacre de Paracuellos, por razón de prescripción y de ausencia de marco legal— debió acudir a la ficción consistente en prescindir del hecho notorio del fallecimiento de todos los responsables de los delitos contra los altos organismos de la nación, cometidos en 1936; y servirse de un tipo penal de aplicación más que dudosa.

³⁶ Hipótesis ciertamente más que cuestionable, como se ha hecho ver antes y pone de relieve con amplio aparato argumental A. Gil en *op. cit.*, pp. 100 ss.

³⁷ Al respecto, es de señalar el durísimo comunicado de condena de las escuchas a abogados en el ejercicio del derecho de defensa, hecho público en 19 de enero de 2012 por el Consejo General de la Abogacía española.

*caso Gürtel*³⁸ y de la causa de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York. Olvidando, como lúcidamente señala Ridaó, que “cada causa es cada causa, y lo que cada causa reclama son argumentos y no la creación de un clima de opinión válido para todas”, en lo que el mismo autor ha calificado expresivamente como una operación de “escamoteo”.³⁹ Paso necesario para formar con la existencia de las tres el *totum revolutum* que se ha manifestado como la más eficaz cortina de humo, que, a partir de la causa de los crímenes del franquismo, se ha difundido sobre las otras, cubriéndolas con un “velo de ignorancia” que no tiene nada que ver con el benéfico hipotizado por Rawls como fundamento del contrato social originario.

Lamentable y paradójicamente, el mejor ejemplo de este modo de operar lo ha brindado un penalista de prestigio, Zaffaroni, al sustituir lo que tendría que haber sido el análisis matizado y bien informado de cada uno de los supuestos en presencia, por una suerte de exabrupto caótico, difundido (para que todo cuadre) en el que ahora es el espacio natural de tantos desahogos apresurados presididos por la falta de rigor: *facebook*. Allí (el 11 de febrero de 2012) ha podido leerse:

El problema y el pésimo ejemplo que dio el Supremo español es institucional y nos atañe a todos los jueces del mundo que actuamos en el marco de Estados de derecho democráticos. Si según el Supremo la medida de Garzón era incorrecta, debió revocarla. Si el Supremo considera que la ley de amnistía prevalece y no deben abrirse las fosas, debió revocar las decisiones de Garzón. Pero lo que el Supremo no debió hacer jamás —y allí finca la aberración— es imponerle una pena, porque eso es una violación flagrante a la independencia interna de los jueces. Ningún Supremo puede ejercer una dictadura sobre los jueces de otras instancias,

³⁸ En el caso de las escuchas no ha faltado ni siquiera el recurso al patético cuestionamiento del sentido de las garantías procesales, propio de cierta subcultura policial, expresado en el reproche de que, en este supuesto, la criminalización del magistrado y la anulación de las inyecciones aprovecharían a los imputados del *caso Gürtel*. Naturalmente, las garantías, como su restablecimiento mediante la expulsión de la causa de los datos incriminatorios obtenidos en su vulneración, beneficia en primer término al imputado concreto. Pero ¿será necesario recordar aquí que, como básico instrumento constitucional de tutela de derechos fundamentales, operan, siempre y en cualquier caso, en beneficio de todos? Lamentablemente, parece que sí, que, en efecto, hay que recordarlo. Incluso a juristas.

³⁹ J. M. Ridaó, “Los porqués de una sentencia”, en *El País*, 23 de febrero de 2012.

que son tan jueces como ellos. Esto es corporativismo, modelo judicial bonapartista, importa considerar a los otros jueces como sus empleados de menor jerarquía, sus amanuenses, a los que debe disciplinar cuando interpretan el derecho en forma que no les gusta. Éste es el pésimo ejemplo para todos los jueces del mundo y para todas las personas que defienden el Estado democrático de derecho.

Como cualquier jurista (incluso el lector no jurista) mínimamente informado puede advertir, Zaffaroni lo confunde todo: las tres causas abiertas contra Garzón y lo jurisdiccional con lo disciplinario. Desciende que el Tribunal Supremo español, como instancia, no tiene ninguna superioridad jerárquica sobre los demás jueces ni capacidad de ejercer sobre ellos la potestad disciplinaria. También ignora que carecía de competencia para revocar las medidas procesales adoptadas por Garzón, que, en cambio (tampoco lo sabe), sí habían sido anuladas tiempo antes por el pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, resolviendo un recurso de apelación. Prescinde, en fin, de que Garzón no resultó condenado en la causa *de los crímenes del franquismo* (en la que ha sido absuelto), sino en la causa *de las escuchas del caso Gürtel*; y que lo fue, no por *abrir fosas*,⁴⁰ como arbitrariamente supone, sino por desmantelar el derecho constitucional de defensa de varios imputados, situándose con ello al margen de la ley y la Constitución.

Por eso —y aun sin estar de acuerdo con algunas de las cosas que se han hecho en estas causas— tengo que decir que aquí “el pésimo ejemplo” lo ha dado Zaffaroni, al poner su incuestionable autoridad jurídica al servicio de un infundio, que ha circulado profusamente con su aval en todos los medios jurídicos de Latinoamérica; en lo que le incumbe, pues, una muy grave responsabilidad moral.

⁴⁰ Además —en contra de lo insistentemente publicitado— no las iba a abrir en ningún caso. No, obviamente, en la causa (la de las escuchas) en que se produjo la condena, como por error supone Zaffaroni, sino ni siquiera en la *de los crímenes del franquismo*, que, procesalmente hablando, como tal macrocausa no iba a ninguna parte.

VI. La necesidad de distinguir

Riccardo Guastini, un filósofo del derecho analítico particularmente riguroso, tituló, hace algunos años, una de sus obras con el expresivo gerundio del verbo distinguir.⁴¹ Sin duda, para denotar que tal es una de las más relevantes funciones de la teoría del derecho, de la que se sigue la inobjetable necesidad de un esfuerzo al que están convocados, mejor, obligados, todos los juristas.

Pues bien, como se desprende de algunas de las afirmaciones y datos que preceden, es claro que este esfuerzo ha faltado en demasiadas ocasiones, en el abordaje de los *casos Garzón*. En efecto, pues con la mayor frecuencia, en el tratamiento de los mismos, se ha transitado de la política al derecho, cual si se tratase del mismo espacio para, ya dentro de este segundo campo, promover no la claridad, sino la espesa nebulosa a la que me he referido. Digo esto, no porque piense que las cuestiones jurídicas y las decisiones judiciales sean inasequibles a la crítica política, en modo alguno, sino porque, parafraseando a Guastini, es necesario *distinguir*, ya que cada campo tiene sus propias connotaciones y cada opción de campo está sujeta a sus propias reglas de método, que deben respetarse si no se quiere incurrir en *atterrizajes* de tanto riesgo y tan penosas consecuencias como el de Zaffaroni, al que me he referido.

Desoyendo la sensata demanda de Ridaó antes transcrita: “cada causa es cada causa y lo que cada causa reclama son argumentos”;⁴² éstos, no siempre merecedores de tal nombre, prodigados bastante más en clave político-demagógica que jurídica y generalmente a propósito de la *causa de los crímenes del franquismo*, se lanzaron en bloque, indiscriminadamente, sobre las otras dos causas. Para ello, los detractores pasaron, por sistema, como quien pisa fuego, por encima de los hechos que las motivaron. Incluso distorsionándolos, en ocasiones de forma mendaz, sobre todo en la causa *de las escuchas del caso Gürtel*.⁴³

⁴¹ R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. de J. Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa, 1999.

⁴² Cfr. nota 39.

⁴³ Permítaseme remitir en este punto a mi artículo “No se debe opinar —y menos aún ‘informar’— con las tripas. Imprescindible ejercicio de contextualización”, en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 71, julio 2011, pp. 56 ss.

Por eso, a mi juicio, la pertinencia de algunas valoraciones de síntesis, atentas a los datos de los que se ha dejado constancia.

A propósito de la causa *de los crímenes del franquismo*, ya he dicho de la existencia de una justísima demanda social de reparación, desatendida con manifiesta injusticia. Precisamente, la constatación de la realidad y la justicia de esta demanda y de la existencia de una corriente de pensamiento jurídico favorable a la perseguibilidad actual de esos crímenes, al amparo del derecho internacional —aunque en el caso de España sea más que discutible y, desde luego, ya hoy impracticable— es lo que llevó a dictar una sentencia absolutoria. A pesar de lo atrevido del *montaje* de los presupuestos de la (supuesta) competencia del Juez Central de Instrucción número 5 para proceder, que si no fue considerado apto por el tribunal para fundar una condena por prevaricación, sí autoriza a hablar de un verdadero abuso de proceso,⁴⁴ aunque éste se haya dado *in bonam partem*. Lo ha puesto muy gráficamente de relieve un escritor nada sospechoso de veleidades franquistas, como Ridao, cuando explica que la actuación de Garzón consistió en “abrir un proceso contra varias decenas de generales muertos, reclamando su competencia en virtud de un código derogado e inventando un tipo penal”.⁴⁵

Ya lo he anticipado y no me importa reiterarlo: a mi entender, la verdadera calidad del aventurado modo de actuar de Garzón debería haber sido puesta de manifiesto en una resolución de inadmisión de la querrela o de sobreseimiento, en la que, suficientemente identificado y caracterizado el abuso del proceso, se hubiera dejado constancia de la ilegalidad y la ligereza de la actuación, mas también de su irrelevancia criminal.

Pero, habida cuenta de que la cuestión de los límites entre la ilegalidad y la *injusticia* que el Código Penal español requiere para la pre-

⁴⁴ En el sentido de “desviación” del instrumento procesal respecto del fin propio” legalmente asignado. En este caso, de la competencia objetiva, como instrumento habilitante para perseguir determinados delitos, no concurrente en el titular del Juzgado Central de Instrucción número 5, y, por eso, la necesidad del subterfugio *ad hoc*. Cfr. M. Taruffo, “Etica giudiziaria e abuso del processo”, en G. Visintini y S. Marotta (eds.), *Etica e deontologia giudiziaria*, Nápoles, Vivarium, 2003, p. 272. También, del mismo autor, “L’abuso del processo: profili generali”, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 2012, pp. 117 ss.

⁴⁵ J. M. Ridao, “Enfrentamiento por partes”, en *El País*, 29 de marzo de 2010.

varicación tiene indudables márgenes de apreciación, el criterio de la sala de admisión y del instructor (que, desde luego, no comparto) no estaban exentos de toda plausibilidad en el plano jurídico, en vista de lo aparatoso del artificio puesto en juego por el magistrado. Con todo —insistiré—, nada más lejos de mi ánimo que el propósito de cuestionar la pertinencia de la crítica política, máxime, dada la legitimidad y la altísima sensibilidad de los intereses en presencia. Aunque no puedo dejar de lamentar, cuando los críticos fueron juristas, la persistencia en la interesada confusión de planos que —con la incondicionada *canonización* del imputado⁴⁶ (*válida* para todas las causas en trámite)— llevó a la sistemática demonización de la totalidad de los componentes de la Sala Segunda (incluso, más genéricamente, del Tribunal Supremo en pleno), con o sin intervención en el caso, y del instructor en particular,⁴⁷ recurriendo con frecuencia al insulto. Y esto, al margen del juicio que en cada caso pudiera merecer el modo de operar⁴⁸ de los magistrados directamente implicados, que, a tenor de los puntos de partida de los críticos, no tendría por qué ser benevolente. Pero sí ajustado a las reglas de la argumentación racional, con harta frecuencia inobservadas. Podrá oponerse, como se ha opuesto (y no discutiré las razones, aquí no es el tema), la absoluta ilegitimidad política de la actuación

⁴⁶ Sobre este punto resulta de particular interés C. Taibo, “Garzón, ¿un héroe antifascista?”, en *El Diario Vasco*, 23 de febrero de 2012.

⁴⁷ Por cierto, entre otros muchos reproches, se le hizo el de haber impuesto a la parte querellante correcciones en el escrito de acusación, con objeto de *mejorarlo* técnicamente, en perjuicio del imputado. Pero sucede que tal intervención produjo, justamente, el resultado opuesto; hasta el punto de que una de las cuestiones previas de la defensa consistió en la petición de sobreseimiento por la inexistencia de verdadera acusación, dada la deficiente construcción del supuesto de hecho inculparable. Y es público que tres componentes de la sala de enjuiciamiento estuvieron a favor de estimarla, sin necesidad de entrar en el juicio.

⁴⁸ En este punto, las críticas propiamente jurídicas se han concretado, en esencia: en la constatación del celo, tachado de extremadamente inquisitivo, de los instructores; en que el instructor de la causa de *los crímenes de franquismo* y el de la *de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York* integraron la sala de siete magistrados que, de forma unánime, pronunció la sentencia condenatoria por las escuchas; en la insistencia en juzgar de los magistrados de las salas de admisión, en los casos que llegaron a juicio, persistiendo en mantener el viejo criterio en materia de “independencia objetiva”, menos garantista; en que la anticipación del juicio por la causa de *las escuchas* al de la causa de *los crímenes del franquismo*, cuya tramitación se había iniciado antes, respondió a una opción deliberada. De la primera objeción, diré que la instrucción de la única causa que ha terminado en condena, la de *las escuchas*, fue, a mi juicio, ejemplar. Suscribo, en cambio, el segundo y el tercer reparo, pero entiendo que las circunstancias en que se fundan, como también la del último formulado, carecen de relevancia práctica.

contra Garzón en este caso (y ya de paso, en todos los casos: una suerte de inmunidad, por razón de carisma). Pero ni siquiera este argumento, de haber gozado de fundamento, justificaría las descalificaciones y los improperios vertidos, precisamente, por quienes se hacían portavoces oficiosos de la Constitución y de la democracia, olvidando que las dos tienen también sus reglas del juego para el debate público. Y que respetarlas, incluso cuando se trata de denunciar a quienes en hipótesis las hubieran infringido, es la sola manera de trabajar por la vigencia de ambas y de su cuadro de valores de respaldo.

La causa *de las escuchas del caso Gürtel* tiene un objeto de muy distinto perfil. En ella, lisa y llanamente, el magistrado en funciones de instrucción, sin apoyo legal y sin soporte de indicios de delito, encaminándose, pues, por una vía de puro hecho, decidió eliminar el derecho de defensa de algunos imputados. Privándoles, con ello, de una garantía constitucional básica,⁴⁹ prevista, precisamente, para evitar eventuales desviaciones de poder del propio instructor, que, así, condujo su actuación, literalmente, al margen de la ley.

Para calibrar tal actuación en su verdadero alcance, conviene traer a primer plano una consideración de fondo. Es que el proceso acusatorio constitucionalmente entendido, se sostiene, por decirlo coloquialmente, sobre *tres patas*: el juez imparcial; la existencia de un *acusador*, que formulará con claridad la *acusación* para que el imputado la conozca, y la colocación de éste en situación de ejercer en plenitud su derecho de *defensa*. Derecho que acota para él *un ámbito propio*, que le corresponde en exclusiva y por eso es infranqueable para el Estado, incluso para el Estado-juez.

Los tres son elementos *estructurales*, es decir, *sine qua non*. Lo que significa que en ausencia o de darse la esencial degradación de alguno de ellos el resultado sería, no sólo la pérdida de *un cierto nivel de garantía* (que es lo que suelen generar las nulidades estándar), sino *la quiebra masiva del proceso como tal*, según la Constitución lo concibe. Así, si un hipotético juez de instrucción privase arbitrariamente de libertad a un imputado, cometería una gravísima acción, vulnera-

⁴⁹ L. Ferrajoli la incluye, por eso, expresivamente, entre las que denota como “*primarias o epistemológicas*” (en *Derecho y razón*, cit. p. 606).

dora de un derecho fundamental de éste, e incurriría en delito. Si ese u otro hipotético juez dispusiera una interceptación telefónica sin el necesario fundamento de indicios de delito grave, de esas que a veces se anulan,⁵⁰ habrá afectación del derecho al secreto y a la intimidad. Nada menos, y también *nada más*: pues el derecho de defensa, *no eliminado* como tal, tras la expulsión de la causa de los datos probatorios mal obtenidos, podría cumplir su papel. Y el proceso seguiría sobre aquellas *tres patas*. Pero, ¿qué ocurrirá si el instructor *escruta* en la sombra, como espectador privilegiado y subrepticio, el diseño de la estrategia de defensa por el imputado con su abogado para desmantelarla? ¿Qué pasará si ese asunto constitucional y *exclusivamente de dos* se convierte en una suerte de *ménage a trois*, porque aquel cuya intervención genera y justifica el derecho —*recuérdese: del presunto inocente*— a defenderse se injiere ocultamente en esa relación confidencial por esencia? Tal es la pregunta suscitada por esa causa. Interrogante que, por cierto, tiene una respuesta clásica, tan plástica en la expresión, como autorizada. Es la de Francesco Carrara, cuando escribió: “El derecho de defensa lleva necesariamente a la *libre comunicación del acusado* con su defensor [...] Restringir esta facultad, es coartar la defensa; prescribir que un carcelero presencie los coloquios, es una medida injusta, y ponerlo en acecho para que los escuche, es una inicua vileza”.⁵¹

Cierto que, como se ha sugerido en algún caso, la asistencia letrada a un inculcado podría ser mera cobertura de una forma de contribución activa o de implicación del profesional correspondiente en la conducta criminal del primero. Pero, de existir datos de alguna consistencia al respecto, que *tendrían que concretarse* en una resolución y estar razonablemente acreditados: ¿sería jurídicamente viable recurrir a la me-

⁵⁰ Una de las líneas seguidas en la defensa de Garzón, en el caso de las escuchas, consistió en banalizar su significación, con el argumento de que las del caso serían asimilables a las que en ocasiones se anulan, sin más consecuencias, por algún déficit de constitucionalidad. Pero quienes discurren de ese modo, faltan ostensiblemente a la verdad; pues tal parangón no existe, y la mejor prueba es que no ha podido aportarse ningún supuesto similar, ni siquiera en la dilatada práctica del propio Garzón. Porque lo cierto es que no existen precedentes de un instructor actuando de semejante manera, es decir, de ese modo que hace *saltar* el proceso, por la objetiva eliminación del derecho de defensa, con la consiguiente banalización de los derechos al *nemo tenetur* y a la presunción de inocencia.

⁵¹ F. Carrara, *Programa de derecho criminal*, vol. II, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Parte general, Bogotá, Temis, 1957, § 991, p. 467.

didada aquí adoptada por el instructor Garzón? ¿No habrá un abanico de otras posibles (el apartamiento y la incriminación del letrado sospecho, entre ellas) que, sin afectar de manera nuclear al derecho de defensa, pudieran impedir eficazmente su instrumentalización? Porque, recuérdese: la medida consistió en eliminar el derecho de defensa de los imputados en la instrucción, y fue adoptada sin fundamento legal y sin concreción de indicios de delito, en resoluciones *pro forma*, vacías de contenido (y prorrogada a pesar de la advertencia en contra del fiscal). Y el magistrado mantuvo la legitimidad de tal modo de operar, en sucesivas declaraciones en la causa seguida contra él. Incluida la de la última palabra en la vista, cuando defendió —*urbi et orbi*, pues la misma estaba siendo televisada— el derecho incondicionado del investigador judicial a injerirse, en uso de una discrecionalidad no legalmente vinculada, en la relación de defensa: una auténtica *voladura* del estatuto del imputado.

La legislación excepcional, tan justamente denostada, florecida en algunos de nuestros países bajo el influjo perverso de la barbarie terrorista, ha dado pasos de riesgo para los derechos fundamentales del imputado. Pasos ciertamente graves, tales, en el caso de España, como la ampliación del tiempo de detención policial y la privación del derecho a un defensor de confianza durante la incomunicación. Pero, en la limitación del derecho de defensa del imputado, ni uno más. Porque algunas formas de injerencia propias del régimen penitenciario, en ocasiones confusamente invocadas, no tienen nada que ver con la investigación criminal; en la que, además, TEDH *dixit*: deberán regir previsiones *legales* claras. Consecuentemente, por lo delicado de la materia, no bastan simples decisiones adoptadas sobre la marcha a partir de tortuosas analogías *contra reo*.

Situándonos discursivamente —por hipótesis— en la posición de los más críticos, la *causa de los crímenes del franquismo* podría haber respondido a una estrategia del franquismo residual universalmente profesado por los magistrados de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, dirigida a poner fuera de juego a Garzón. Supongámoslo, a pesar de su insensatez y de que la sentencia absolutoria pone en quiebra el socorrido *argumento*. La pregunta, ahora, es si de ello tendría que seguirse (y en tal caso por qué) alguna disminución de la gravedad de la conducta

tan brutalmente antijurídica que acaba de analizarse. Es un interrogante no sólo no respondido, sino sistemáticamente eludido, que conserva todo su vigor polémico.

Debo referirme, por fin, a la causa *de los fondos de los cursos de la Universidad de Nueva York*. Una primera posición al respecto es la representada por la ya aludida contestación por vía de la hipótesis conspiratoria. Por su banalidad y carencia del mínimo rigor intelectual, me abstendré de dedicarle más espacio. Otra actitud, muy extendida, frente al caso ha consistido en, simplemente, ignorar los datos en que se funda o atribuirlos a una manipulación. Pero lo cierto es que ahí están, con todo su soporte documental. Y ya lo estaban, con potencial indiciario bastante y no pocas sombras hábiles para suscitar sospechas razonables de delito, cuando fueron presentados como fundamento de la querrela; sombras (ahora jurídico-penalmente indiferentes, por efecto de la prescripción) que no sabría decir si han sido despejadas.⁵²

Siendo así, y dado que, como ya es público, el magistrado instructor de esta causa contra Garzón se halló ante una poco comprensible inicial falta de información y de transparencia sobre el flujo de los fondos de las empresas y su posterior aplicación por la Universidad de Nueva York, la investigación judicial estuvo más que justificada.

Finalmente, concluida ésta y visto que los indicios de posible delito subsistentes sólo apuntaban al ya aludido de cohecho impropio, que, por razón de la pena prevista, habría prescrito,⁵³ el instructor dispuso el sobreseimiento de la causa. Se le ha reprochado no haberlo hecho antes, pero lo cierto es que concurría una pluralidad de imputaciones y que nadie —ni siquiera la defensa— había considerado esa hipótesis. También se ha objetado que la resolución de cierre de la causa fue abusivamente inculminatoria. Mas, dado que la misma tenía por fundamento la prescripción del delito, no carece de pertinencia técnica la previa presentación sintética de los elementos que autorizaron a operar con el correspondiente tipo penal.

⁵² De este asunto se ha ocupado con cierto detalle L. Napoleoni, en *op. cit.*, pp. 210 ss.

⁵³ La hipótesis de la prescripción sólo fue planteada por el fiscal cuando el instructor le dio traslado de la causa para que formulase acusación o bien solicitara la apertura del juicio oral; una vez que este último, en resolución de 26 de enero de 2012, había resuelto continuar la tramitación de la causa únicamente por el posible delito de cohecho impropio.

Pero como resulta que también sobre los hechos de esta causa se ha lanzado la sombra de la *conspiración* y se ha insistido en banalizarlos, postulando con ello, implícitamente al menos, su licitud, no está de más poner de relieve su objetiva gravedad, desde luego, en el plano deontológico. Porque es claro que Garzón hizo un uso instrumental, obviamente a sabiendas, de su *caché* judicial,⁵⁴ para obtener resultados que, aunque sea en última instancia, le beneficiaban, como se ha visto, en términos de un inobjetable contenido económico y en el plano de las *public relations* de alto *standing* (que también *cotizan* en el mercado). Ya que sin la financiación millonaria obtenida de un connotado sector de las finanzas y del empresariado español, por su mediación personal-profesional (una dimensión, esta segunda, siempre activada), aquellos sus “diálogos trasatlánticos” con una cierta *jet* política —de una política, en casos bien significativos, ostensiblemente ajena a los derechos humanos—⁵⁵ con sus correspondientes efectos, no hubieran podido producirse.

⁵⁴ Se ha contraargumentado al respecto que hay magistrados que imparten conferencias en cursos patrocinados, y que las asociaciones judiciales es frecuente que cuenten con ayudas económicas de fuentes privadas, para la realización de sus actividades. En cuanto a lo primero, en presencia de indicios de irregularidad, que habría que precisar mínimamente ya en la denuncia, tendría que verse en concreto de qué clase de patrocinios se trata y el modo cómo se hubieran obtenido. Para, naturalmente, proceder, en vía disciplinaria o penal, si hubiera razón legal para ello. Pero el recurso a *la nebulosa*, con efectos, además, indiscriminadamente difamatorios, no es válido tampoco en este supuesto. Sobre lo segundo, mi juicio es claro: las asociaciones judiciales deberían renunciar a esa clase de financiamiento, desde luego, por una razón de estética, pero no sólo. Ahora bien, en cualquier caso, diré que no me consta ninguna actuación personal de un juez, en procura de apoyos económicos, equiparable, ni de lejos, por su características, alcance y grado de implicación, a la de Garzón que aquí ha sido objeto de examen.

⁵⁵ El juez perseguidor de Pinochet *sentó a su mesa* al patrocinador del golpe contra Allende, Henry Kissinger, del que Christopher Hitchens, (en *Juicio a Kissinger*, 2ª ed., trad. de J. Zulaika, Anagrama, 2012, p. 11) ha catalogado “las infracciones que podrían o deberían constituir la base de una acusación penal: por crímenes de guerra, por crímenes contra la humanidad y por delitos contra el derecho consuetudinario o internacional, entre ellos el de conspiración para cometer asesinato, secuestro y tortura”. También a Felipe González, al que, se supone que actuando con razones para ello, Garzón trató de imputar como responsable de actos de terrorismo de estado; y que recientemente ha manifestado en una entrevista sus dudas sobre lo correcto de la decisión de no haber acabado con la cúpula de ETA volando el lugar donde se la sabía reunida, decisión —dijo— adoptada por él durante uno de sus mandatos. Y al colombiano Álvaro Uribe, que siendo gobernador de Antioquia creó los grupos paramilitares *Convivir*; se distinguió luego como patrocinador activo del paramilitarismo; y de cuyo *curriculum* presidencial forman parte, entre otras muchas cosas, las escuchas telefónicas a magistrados de la Corte Suprema y el procesamiento de un centenar de sus parlamentarios de apoyo. Entre los participantes españoles en

Creo que, a la vista de lo hasta aquí razonado, hay una conclusión que se impone. Es que ni el lanzamiento de una indiscriminada sombra de franquismo sobre todo un tribunal, ni la denuncia de una genérica manía persecutoria que hubiese contagiado a la totalidad de sus componentes, ni tampoco el súbito ataque de una supuesta celotipia profesional igualmente *epidémica*, ya aludidos, pueden borrar la evidencia del abuso de proceso en uno de los casos; la drástica abolición del derecho de defensa, y consecuentemente, del proceso acusatorio, en otro; y, en fin, con o sin delito, la vidriosa y deontológicamente incalificable búsqueda de fondos en medios financieros y empresariales (con beneficio material, siquiera indirecto) por parte *del juez*, en el tercero de los supuestos.

En fechas recientes, Garzón ha hablado apologeticamente de sí mismo como “el juez [...] que se atrevió...”⁵⁶ Y en efecto, hacía falta atrevimiento para, colocándose *legibus solutus*: escribir *ad hoc* las normas de la propia competencia; abatir las garantías fundamentales del imputado, y sustraerse a alguno de los imperativos de la ética judicial, universalmente aceptados.

Por eso mi insistencia en la necesidad de *distinguir*. Esto es, en hacer lo que el diccionario define como “conocer la diferencia que hay entre unas cosas y otras”.

Recepción: 02/05/2012

Aceptación: 04/05/2012

Correspondencia:

Perfecto Andrés Ibáñez
Jueces para la Democracia
Núñez Morgado, 3 piso, 4º B
C.P. 28036 Madrid, España

esos encuentros se contaron también José Bono, Rosa Díez y Antonio Navalón (el oscuro comisionista y famoso “conseguidor”, según L. Napoleoni, “personaje importante en la vida de Garzón” en *op. cit.*, p. 135)).

⁵⁶ *El País*, 15 de abril de 2012.