

Causa Especial 3/20048/2009

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Cao Barredo

Sala Segunda del Tribunal Supremo

**AL EXCMO. MAGISTRADO INSTRUCTOR**

D<sup>a</sup> VIRGINIA ARAGON SEGURA, Procuradora de los Tribunales, col. nº 1.040, actuando en nombre y representación de D. BALTASAR GARZON REAL, tal y como tiene acreditado en la causa, ante el Excmo. Magistrado Instructor comparece y para como mejor proceda en Derecho, DICE:

Que por medio del presente escrito, y al amparo de lo previsto en los artículos 240 y concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículos 222, 776.2 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formula **RECURSO DE APELACION** por **NULIDAD DE ACTUACIONES** contra el Auto dictado el 20 de Abril de 2010 y contra la Providencia fechada el día 21 de Abril, por las cuales el Excmo. Instructor requiere a las partes acusatorias que presenten nuevos Escritos de Acusación al advertir defectos en los escritos que estas partes han presentado en plazo.

La Nulidad de Actuaciones planteada se funda en las siguientes

## CONSIDERACIONES

### Primera.- Antecedentes.

1. Por Auto de 7 de Abril de 2010, el Excmo. Instructor acordó la continuación de la presente causa por los trámites del Procedimiento Abreviado, al amparo del art. 779 L.E.Cr., dando traslado de las actuaciones a las partes acusadoras para la formalización de sus eventuales Escritos de Acusación.

2. El 19 de Abril de 2010 la FALANGE ESPAÑOLA de las JONS presentó su Escrito de Acusación contra mi representado.

Al día siguiente, 20 de Abril, el Excmo. Instructor dictó Auto en el cual, advirtiendo defectos insubsanables en el Escrito presentado por la FALANGE, acuerda requerir a esta parte para que formulase un nuevo Escrito de Acusación subsanando "el defecto que se deja indicado".

Esta intervención del Excmo. Instructor no se encuentra amparada en ningún precepto de la normativa procesal vigente, y es manifiestamente ajena a las normas esenciales del procedimiento.

3. El día 20 de Abril de 2010, la representación del 'Colectivo Manos Limpias' presentó su Escrito de Acusación contra mi representado.

Al día siguiente, 21 de Abril, el Excmo. Instructor dictó Providencia en la cual, advirtiendo igualmente defectos en el contenido de dicho Escrito de Acusación, requería a dicha parte a que los subsanara. En este caso,

la intervención del Instructor llegaba al extremo de indicarle a esta acusación qué páginas concretas de su escrito debía excluir, indicándole incluso que, en relación con la supuesta concurrencia del elemento subjetivo del tipo, debería limitarse a "la mera afirmación de que el acusado actuaba a sabiendas".

Esta intervención del Excmo. Instructor no se encuentra amparada en ningún precepto de la normativa procesal vigente, y es manifiestamente ajena a las normas esenciales del procedimiento.

4. Aparte de los anteriores escritos defectuosos, no se ha formulado contra mi mandante ningún otro Escrito de Acusación.

#### **Segunda.- Alcance de la intervención del Excmo. Instructor.**

El Excmo. Instructor dicta las anteriores resoluciones interviniendo en el contenido material de los Escritos de Acusación, lo cual quiebra las normas esenciales del procedimiento (art. 238.3 L.O.P.J.) Aunque en la Providencia de 21 de Abril concreta que los defectos detectados serían puramente 'formales', se puede apreciar que no es así en absoluto; no se trata de que los escritos adolecieran de la falta de algún presupuesto formal, como el encabezamiento, firma o fecha. Muy por el contrario, el Excmo. Instructor advierte vicios en el *contenido material* de ambos escritos de acusación, en sus razonamientos de cargo, en el *discurso material de fondo* por el cual las partes personadas modelan, articulan y formalizan nada menos que una acusación contra el reo.

Por ello, la intervención del Excmo. Instructor no sólo es material sino que es *parcial*, por vulnerar de forma clara y decisiva la imprescindible neutralidad e imparcialidad que debe presidir la labor de un instructor. Dar oportunidades atípicas y extraprocesales a una de las partes no es algo neutral o que no afecte al resto de los intervinientes; perjudica al resto. Y si el perjudicado es el reo, la conducta del Juez no sólo afecta al derecho a un Juez imparcial, sino que lesiona al derecho a la defensa. Y si el perjuicio consiste en facilitar la incorporación a los autos de unos escritos de acusación que sustituyan a unos iniciales que el propio Juez considera presentados con defectos materiales de argumentación, entonces la conducta sobrepasa los límites en los que se ha mover un proceso justo con todas las garantías, vulnerando el principio acusatorio [en la medida en que con esta actuación el Instructor decide incorporar *su jurisdicción* nada menos que al contenido de una acusación o a la forma en la que se han de redactar unas calificaciones provisionales] y, en fin, lesionando la misma presunción de inocencia.

Dicha intervención es tanto más grave, en el caso que nos ocupa, en la medida en que la acusación contra mi mandante está limitada, como es sabido, a estas dos acusaciones populares que han presentado los escritos cuya mejora urge el Excmo. Instructor, por lo que la actuación parcial de éste a favor de las acusaciones causa un perjuicio irreparable a esta defensa y vulnera de forma mucho más decisiva todos los principios en que se asienta el proceso penal.

**Tercera.- Derecho a un Juez imparcial. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías.**

**A.** Como decimos, el principio de imparcialidad judicial se quiebra cuando el Excmo. Instructor interviene en la actuación material de las partes, requiriéndoles expresamente a que sustituyan unos Escritos de Acusación defectuosos por unos nuevos a los que el mismo Instructor pueda reconocer plena eficacia procesal. Esta intervención alcanza directamente al contenido ínsito de los escritos, que somete a una labor de 'reelaboración' argumental, que llega al extremo de requerir a una de las acusaciones ['Manos Limpias'] que "excluya" de su Escrito de Acusación páginas y rúbricas enteras, o que limite el contenido argumentativo del escrito en concretos particulares --como la descripción del elemento subjetivo del delito-- solicitando por todo ello el Excmo. Instructor la presentación de un escrito alternativo, ante la invalidez del anterior.

Esta labor de expurgación, por la cual se le indica a unas acusaciones lo que tienen que decir o no decir en un Escrito de Acusación --labor más próxima, realmente, a una asesoría o consejo jurídico-- es insólita en la labor de un Juez de Instrucción, y ha de tenerse por radicalmente nula. Señala la Jurisprudencia:

"La obligación del juzgador de no ser 'juez y parte', ni 'juez de la propia causa' supone, de un lado, que **el juez no pueda asumir procesalmente funciones de parte** y, de otro, que no pueda realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hechos que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica o favor o en su contra" [STC 38/2003].

En el caso presente, el Excmo. Instructor ha asumido funciones de parte, al prestar su colaboración respecto a la redacción que ha de dársele a unos Escritos de Acusación, presentados de forma tan defectuosa que han de ser sustituidos, por no valer para su pretendido fin. Y en un proceso que ha de mantener un escrupuloso respeto por la igualdad de armas, toda ayuda o inclinación a favor de una de las partes supone un perjuicio o desbalance para la otra:

"El juez tiene la responsabilidad de velar por la distribución equilibrada del espacio escénico del juicio y en general, del proceso. Se trata de un espacio que no es elástico, de manera que **lo que alguno de los tres roles implicados en él** (en el esquema: el judicial y el de cada una de las dos posiciones parciales) **ocupe de más, será de menos, es decir, lo será en perjuicio del otro o de los otros...** porque, (como) escribió Meyer, "**quien** [como él] **sostiene la balanza no puede moverse de su puesto sin que ésta se incline para un lado**". Entiendo que el imperativo de la imparcialidad veda al juez penal toda posibilidad de subrogarse en el cometido de la acusación" [**Perfecto Andrés Ibáñez, 'Imparcialidad judicial e independencia judicial'**].

En efecto, en un procedimiento tan sensible al derecho de la defensa y a la igualdad de armas como el proceso penal, cuando el Excmo. Instructor otorga a las partes acusadoras una oportunidad *más* para formular unos escritos de acusación medianamente presentables --ya que los que se han formalizado no lo son-- con ello se otorga una oportunidad *menos* al reo. Es evidente.

Por todo ello, en nuestro actual ordenamiento, no sólo es atípica la conducta del Juez de Instrucción que se dirige a alguna de las partes personadas para requerirles o aconsejarles en relación con el contenido de algún escrito que deban presentar; más allá de ello, va expresamente en

contra del espíritu de la Norma procesal, que se cuida de garantizar la igualdad de armas en el proceso y la imparcialidad del Juez Instructor.

**B.** El Auto recurrido menciona como antecedente de Jurisprudencia el Auto de 19 de Julio de 1997 [Causa Especial 880/1991], aunque aquella resolución no hace sino confirmar la nulidad radical de la decisión adoptada en este caso. Porque en el Auto traído a colación [**'Caso Filesa'**], el Excmo. Instructor excluyó del Juicio a una de las acusaciones populares por haber formulado un Escrito de Acusación defectuoso, en el ámbito de sus funciones. Pero ciertamente en aquella ocasión no se trató de rectificar a la parte responsable del escrito inane, ni se le concedió un plazo extraordinario para que presentase otro, o subsanara *contra reo* el defecto, o redactara el escrito de forma más hábil o sensata. Eso es lo que no se puede hacer, **en palabras del propio Auto mencionado como antecedente:**

"(Con) la facultad del Instructor para controlar, cuando la apertura del juicio oral, la consistencia o solidez de la acusación que se formula... (no se trata) de limitar derechos de unos y de otros... ni se ejercitaba una oficiosa defensa de los acusados **ni menos aún se suplantaban o rectificaban acusaciones inconsistentes o erróneas**".

En efecto, el Auto de Apertura Oral de aquel mismo asunto [Causa Especial 880/1991], de 20 de Diciembre de 1996, había sido muy claro al respecto:

"Es evidente que la Ley no ha querido en principio que ante cualquier acusación se proceda de forma automática a la apertura del juicio oral" (pero) **"eso no significa que el Instructor trate de rectificar las acusaciones formuladas ni de suplantar la función de**

**los acusadores**, menos aún de cercenar derechos de otras partes o facultades del órgano judicial finalmente decisorio”.

Pues bien, esa labor expresamente vedada al Instructor por el Auto mencionado es la que realizan las resoluciones hoy recurridas.

El Juez de Instrucción no debe tener ni manifestar *ningún interés particular* en el contenido concreto o argumental de los escritos presentados, ni favorecer en modo alguno su eficacia o valor procesal, sino que debe limitarse a velar por el respeto de las normas procesales. Y si no lo hace, su actuación es nula de Pleno Derecho.

C. El Auto menciona como único (hipotético) fundamento de su decisión el hipotético derecho a la “tutela judicial efectiva” de las acusaciones populares. Ante ello ha de decirse lo siguiente:

1. En primer lugar, que el derecho a la tutela judicial no cubre el ejercicio de la acción popular, como es sabido, de forma que los ciudadanos no perjudicados no ejercen este derecho fundamental cuando ejercitan la acción penal, tal y como ha recordado numerosa doctrina constitucional:

**“Para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 CE, en su dimensión procesal, y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso, es necesario que la defensa del interés común sirva, además, para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación popular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo... y que en aquellos supuestos en que no se acredite la existencia de dicho interés, la acción popular ejercitada sólo**

podría acogerse a la protección del art. 24.1 CE en su dimensión material, cuya protección únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en error patente" [STC 148/1994, STC 50/1998].

2. En segundo lugar, aún en la hipótesis que se reconociera a la FALANGE y a 'Manos Limpias' el ejercicio de un derecho fundamental a acusar a mi mandante -que no tienen--, lo que está fuera de toda duda es que el derecho fundamental a la tutela judicial no alcanza, ni siquiera en sus formulaciones más arriesgadas, el derecho a que el Juez corrija el contenido expositivo de los escritos, o 'reoriente' la estrategia material de actuaciones defectuosas o mal enfocadas, algo que corresponde a la responsabilidad misma de una dirección letrada. Porque repetimos que no se trata de corregir un problema formal subsanable e intrascendente; lo que el Excmo. Instructor pretende es que se presenten unos Escritos de Acusación *con otro contenido distinto*, con otros argumentos de cargo que sean, a su juicio, más oportunos, menos dispersos, más concretos... en definitiva, **más eficaces** para sostener su postura. Y si tal derecho no le alcanza a la defensa, cuánto menos se le podrá reconocer a una acusación popular.

3. Pero, en tercer lugar, el apoyo de un pretendido derecho a la tutela judicial de una acusación no puede servir nunca de amparo para una actuación procesal que perjudica al reo y lesiona su derecho fundamental a la defensa. Sin la intervención del Excmo. Instructor, mi mandante tendría que responder frente a dos Escritos de Acusación defectuosos; hasta tal punto son tenidos por inválidos que ambas acusaciones han sido requeridas, para salvar el trámite, a presentarlos de nuevo. La intervención del Excmo. Instructor cambia el escenario procesal en perjuicio del reo de forma grave e injustificada. El debido contrapeso de ambos derechos debe resolverse a favor del derecho a la defensa y por la nulidad de esta iniciativa.

#### Cuarta.- Alcance de la nulidad.

Entendemos que los Escritos de Acusación presentados contra mi mandante son completamente ineficaces y carentes de valor alguno.

En relación con el Escrito de Acusación de la FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS, ésta centra su imputación, como era de esperar, en que D. Baltasar Garzón realice *"una declaración sobre la ilegitimidad del Alzamiento Nacional y su condición de delito"*. Toda vez que para esta acusación aquel Alzamiento habría sido un acto legítimo, la declaración de mi mandante es prevaricadora. A partir de aquí, e imbuido por lo que la FALANGE denomina *"prejuicio condenatorio del régimen del General Franco"*, reprochará a mi mandante haber hecho un *"análisis muy personal y sesgado"* de la historia, una *"personal teoría"* sobre unos hechos delictivos que, según esta particular perspectiva, no habrían sucedido. La FALANGE imputa a mi representado, en varias ocasiones, actuar indebidamente como *"redentor del bando vencido"*, y concluye reprochándole expresamente la lesión al **"derecho al honor de aquellas familias cuyos nombres difundió y a los que atribuyó, muy a la ligera, nada menos que la comisión de delitos contra la humanidad y genocidio"**. El Auto recurrido reconoce la completa inutilidad de este escrito para ser tenido como una acusación válida, toda vez que *"el citado escrito podría entenderse más como una exposición para el debate ideológico... que el presupuesto para la estricta determinación del objeto del proceso"*.

En relación con el Escrito de Acusación de 'Manos Limpias', bastaría con recordar que el Excmo. Instructor les ha requerido a que anulen y excluyan del tenor de su acusación nada menos que **dos tercios** de su contenido [cincuenta de sus setenta y cuatro páginas] lo que da idea

de la relevancia de los defectos encontrados. Aunque la Providencia no lo detalla, el vicio procesal más relevante de esta acusación es que se ha limitado en su Escrito de Acusación a reproducir *literalmente*, en una buena parte, el contenido del Auto dictado por este Excmo. Instructor el 3 de Febrero de 2010, con lo que convierte de forma indebida el tenor de dicha resolución en contenido acusatorio.

Esta pretensión de utilizar resoluciones judiciales del Excmo. Instructor, transcribiéndolas literalmente [incluso, en su caso, con los mismos errores tipográficos] para formalizar una acusación es una pretensión indebida, nula de Pleno Derecho, y a la que no se le puede dar valor alguno, como entendió el propio Excmo. Instructor al requerir a 'Manos Limpias' la presentación de un nuevo Escrito de Acusación en la que se eliminaran aquellas referencias plagiadas.

Por todo ello, esta representación no se limitará a solicitar la nulidad de las resoluciones recurridas, así como de los nuevos Escritos de Acusación que eventualmente se formulen con las correcciones ordenadas por el Instructor; también instaremos que se tengan por no presentados los Escritos de Acusación iniciales, por adolecer de vicios de fondo de tal gravedad que movió al Instructor a solicitar a ambas acusaciones la presentación de unos nuevos escritos con rectificación de contenido. Así, en fin, la decisión del Instructor es nula pero el presupuesto de tal decisión [la inanidad de los escritos de acusación presentados] es incuestionable; también estos escritos han de ser por tanto anulados, sin dar segundas oportunidades ni prórrogas a estas acusaciones de fortuna.

La única decisión que le cabía al Excmo. Instructor, a la vista de los escritos presentados, era la de denegar la apertura del Juicio Oral, por no haber acusación válida.

Por todo lo cual

**SOLICITO DEL EXCMO. INSTRUCTOR** que teniendo por presentado este escrito, tenga por presentado **RECURSO DE APELACION** por **NULIDAD DE ACTUACIONES** contra el Auto de 20 de Abril y Providencia de 21 de Abril de 2010 y, por los motivos expuestos, se sirva remitir las actuaciones ante la EXCMA. SALA ANTE LA CUAL SE SOLICITA que acuerde: **a)** la total nulidad de ambas resoluciones y de cuantas resoluciones o escritos traigan causa en las mismas; **b)** en particular, la nulidad de los Escritos de Acusación que eventualmente presenten la FALANGE ESPAÑOLA DE LAS JONS y el 'Colectivo Manos Limpias' con las correcciones interesadas por el Excmo. Instructor, en el caso de que éstas se presenten; y **c)** tenga por no presentados el Escrito de Acusación formulado por la FALANGE el día 19 de Abril y por el 'Colectivo Manos Limpias' el día 20 de Abril.

En Madrid, a veintidos de Abril de dos mil diez.

Ldo. Gonzalo Martínez-Fresneda Proc. Virginia Aragón Segura

Col. nº 11.487

Col. nº 1040