

# 5 aquí y ahora

## Una trayectoria errática. Lecciones del caso Garzón

Gerardo Pisarello y Jaume Asens

La condena de Baltasar Garzón por parte del Tribunal Supremo marca el cierre de una historia compleja. Una historia que ha generado encendidas polémicas dentro de las izquierdas y de los movimientos sociales y que permite constatar al menos dos cosas. Por un lado, la existencia de un poder judicial férreamente marcado por la herencia franquista y reticente a aceptar cualquier actuación significativa contra sus crímenes o contra los de algunas grandes tramas económicas y financieras crecidas a su sombra. Por otro, revela las dificultades que se plantean cuando quien intenta remover dichas inercias es un magistrado de trayectoria errática, caracterizada por algunos indudables gestos de valentía, pero también por numerosas actuaciones que han venido marcadas por la ligereza jurídica, cuando no por la lisa y llana arbitrariedad.

Los ataques judiciales a Garzón fueron fulminantes. En menos de un mes, recibió tres resoluciones por prevaricación, esto es, por dictar a sabiendas resoluciones injustas. El embiste se centró en el delito más comprometido que se puede atribuir a un juez, puesto que supone una quiebra grave en el ejercicio de la función jurisdiccional del principio de subordinación a la ley y al orden constitucional. Con ello, naturalmente, se pretendía derribar a un juez que, si bien se había atrevido a tocar intereses centrales de la derecha política, lo había hecho con cierta imprudencia, dejando abierto flancos fáciles de atacar. Pero el mensaje abarcaba al conjunto del poder judicial, y sugería que los jueces dispuestos a confrontarse con los poderosos debían pensárselo dos veces antes de actuar.

Las acusaciones de prevaricación contra Garzón versaban sobre tres asuntos: la investigación de las desapariciones del franquismo; la solicitud y percepción de dinero del entonces BSCH, BBVA, Cepsa, Endesa y Telefónica para financiar su estancia en la Universidad de Nueva York entre 2005 y 2006; y la autorización de escuchas de las conversaciones que mantuvieron en prisión los imputados en el caso Gürtel con sus abogados defensores. Sin duda, la investigación de las desapariciones del franquismo fue el disparador de las

querellas posteriores. En el caso de los cursos de Nueva York, resultaba obvio que no existía materia criminal y que los hechos estaban prescritos, aunque las buenas relaciones de Garzón con Botín y otros empresarios existían. Sin embargo, el caso decisivo fue la trama Gürtel, en la que los abogados de los acusados consiguieron que su querrela se abriera caso en el Supremo.

## **La trama Gürtel: garantismo, corrupción y grandes delitos económicos**

Que la caída de Garzón se produjera en relación con un caso de corrupción financiera e inmobiliaria como el de la trama Gürtel es significativo. Asumir la investigación del caso suponía una cierta audacia, ya que se afectaba a una estructura de poder vinculada al núcleo del capitalismo financiarizado generado en la península e implicaba de manera directa al Partido Popular. Desde un primer momento, Garzón señaló que los dirigentes de la trama disponían de un conglomerado de sociedades de inversión en paraísos fiscales cuyo objetivo era la búsqueda de rentabilidad en operaciones inmobiliarias. Estas sociedades especulativas habían sido creadas por testaferros a través de despachos de asesoramiento jurídico y fiscal. La detención de los cabecillas retrasó varias operaciones en marcha, entre ellas la relativa al blanqueo de fondos de una cuenta en Suiza de más de 20 millones de euros. A la vista de que los imputados iban a continuar el blanqueo de fondos a través de terceros que les visitasen en prisión, Garzón ordenó la grabación de todas sus conversaciones, incluidas las mantenidas con sus abogados.

La acusación de prevaricación dirigida contra el ex juez se basó, precisamente, en la autorización de estas escuchas. La sola admisión de la querrela, presentada por los propios abogados de los acusados, supuso una victoria para estos, puesto que habían conseguido someter a un proceso penal por prevaricación al juez que se había atrevido a investigarlos. Como en los otros procesos, el fiscal se opuso ya que la querrela era, en su opinión, *“una maniobra procesalmente fraudulenta para hurtar a los tribunales competentes para ello la decisión sobre la licitud de unas pruebas obrantes en otros procedimientos”*. A pesar de ello, el TS siguió adelante y fue más allá, al declarar que Garzón no había incurrido en un simple error de interpretación normativa sino que había actuado intencionalmente de manera injusta, cometiendo el delito más grave que se puede atribuir a un juez. Para justificar una sanción tan severa, el TS defendió una concepción robusta del derecho de defensa, y señaló que escuchas de abogados como las autorizadas por Garzón eran propias de *“regímenes totalitarios”*. Esta aproximación garantista, en realidad, comportaba un cierto alejamiento de las posiciones mantenidas por el tribunal en otros ámbitos como el de la lucha anti-terrorista. Allí se habían autorizado intervenciones laxas, rayanas en la arbitrariedad, aunque amparadas, es verdad, por una legislación de excepción especialmente draconiana. No obstante, muchos

colectivos de abogados que habían padecido actuaciones arbitrarias en esta materia –algunas ordenadas por el propio Garzón– celebraron el cambio. En su opinión, la sentencia Gürtel venía a poner coto definitivo a las interferencias arbitrarias en las comunicaciones entre los imputados y sus abogados.

Esta lectura de los hechos no ha sido pacífica. Algunos defensores de Garzón, comenzando por el ex fiscal Carlos Jiménez Villarejo, señalaron que la actitud del Supremo no era más que un acto de hipocresía, una exhibición sobreactuada de garantismo que sólo se activaba cuando se tocaba a los poderosos y que ahora había servido para librarse de un juez que se había atrevido a tocar sus intereses. Jiménez Villarejo recordó el lastre franquista del poder judicial, calificó al tribunal de “*casta conservadora al servicio de la venganza institucional*” y recordó que algunos de sus integrantes no debieron formar parte del proceso ya que habían exhibido una enemistad explícita con Garzón. En verdad, resulta difícil creer en la sinceridad de este repentino afán garantista de unos magistrados que en otras ocasiones no han dudado en defender la inmensa injerencia del Estado en los derechos ciudadanos y un sistema penal de estructura cada vez más inquistorial y perfectamente acomodado a la “lucha contra el enemigo”.

Estas acusaciones plantean debates de fondo, no siempre sencillos de resolver. Uno de los más áridos es si ciertas garantías procesales como la confidencialidad de las comunicaciones entre abogados e imputados deben operar del mismo modo frente a los “débiles” que frente a los “fuertes”. Quienes responden afirmativamente entienden que cualquier imputado, sea rico o pobre, se encuentra en una situación de debilidad frente al poder punitivo del Estado y merece que se preserve su derecho de defensa y la presunción de su inocencia. Para los críticos, este punto de vista obviaría el hecho de que los más fuertes suelen utilizar de manera torticera el derecho de defensa para bloquear los procesos que se abren contra ellos e impedir así que se los persiga. El garantismo, así entendido, correría el riesgo de convertirse en coartada para el ejercicio abusivo de un derecho e imposibilitaría avanzar en el esclarecimiento de delitos de cuello blanco o de alta corrupción. La solución de este dilema no es sencilla. Por un lado, es innegable que los acusados de graves delitos económicos pueden utilizar a sus abogados para ocultar pruebas o para colaborar en la comisión de otros delitos. Para conjurar estas maniobras, no obstante, y antes de recurrir a las escuchas, habría que pensar en alternativas lo menos lesivas posible con el derecho de defensa: desde el levantamiento del secreto bancario a la prohibición de paraísos fiscales, pasando por el apartamiento del abogado sospechoso de ser instrumentalizado<sup>1/</sup>.

<sup>1/</sup> La aplicación de estos criterios al caso Gürtel no es en todo caso fácil. Jiménez Villarejo, por ejemplo, recuerda que estaba acreditado que, antes de acordarse las intervenciones telefónicas ya había tres abogados y un asesor fiscal imputados, que “*los letrados participan, con indicios sólidos, en los delitos que han cometido y siguen cometiendo los imputados en prisión*” y que, por tanto, “*no se ha cometido ninguna arbitrariedad*”.

“La impulsiva y desnortada forma de actuar de Garzón ha respondido más bien a una especie de ‘populismo justiciero’ en el que los aciertos y las aberraciones se han alternado de manera caprichosa”

Menos discutible, en todo caso, parece la crítica a la condena por prevaricación. Al tratarse, como se señalaba antes, del delito más grave que se puede atribuir a un juez, la prueba de su comisión debería resultar especialmente exigente. De entrada, debería resultar meridianamente claro que la interpretación de la ley en la que descansa la resolución no puede ser justificada en base a ninguna de las reglas de interpretación comúnmente aceptadas en el mundo del derecho. La interpretación del derecho que llevó a Garzón a ordenar las escuchas en el caso Gürtel es discutible y se podría objetar la calidad de su motivación. Pero lo que a todas luces

resulta desproporcionado es tratarla como una decisión a “*sabiendas injusta*” en la que el magistrado “*sólo por su propia subjetividad*”, hubiera prescindido “*de todos los métodos de interpretación admisibles en derecho*”.

El Estado español, en realidad, ha sido reprimido en numerosas ocasiones por las lagunas que ofrece su legislación en materia de escuchas. Esas lagunas ofrecen un margen de maniobra tan alto a los jueces que ninguno ha sido acusado de prevaricador por ordenarlas. De hecho, las escuchas realizadas en Gürtel habían sido pedidas por la Policía, avaladas por la Fiscalía y prorrogadas por el juez que continuó la instrucción, Antonio Pedreira, sin que recayera sobre este una acusación semejante<sup>2</sup>.

En realidad, existen fundadas razones para ver en la decisión del TS un ataque ilegítimo al margen de interpretación que el ordenamiento otorga a los jueces. Utilizar el delito de prevaricación para castigar la disidencia o convertirlo en remedio contra los errores en la aplicación de la ley constituye un duro golpe a la independencia judicial que apuntala una cultura jurisdiccional jerarquizada y autoritaria. Si este precedente se asentase, de hecho, el resultado sería el paulatino moldeado de jueces conformistas o sumisos al poder y el amedrentamiento de los más garantistas. La consigna sería clara: evitar la persecución de los desmanes de los más poderosos, tanto del pasado como del presente, y reducir la propia función al castigo de los más vulnerables.

## **Los crímenes del franquismo: el mito de la transición y el menosprecio de las víctimas**

Tras la condena de Gürtel, el TS absolvió a Garzón tanto en el caso de las cuentas de Nueva York como en el de memoria histórica. En esta última, de hecho, el tribunal sostiene que Garzón investigó delitos prescritos y amnistia-

<sup>2</sup>/ La propia Fiscalía aportó en el juicio contra Garzón ejemplos de dos escuchas que afectaron también a los letrados y que nadie consideró propias de “*regímenes totalitarios*”: la impulsada para intentar localizar el cuerpo de la joven Marta del Castillo y la del ya fallecido Pablo Vioque, condenado por narcotráfico.

dos, pero lo absuelve al considerar que, en este caso, su interpretación del derecho, aunque “*errónea*”, era “*plausible*”, entre otras razones, porque había sido utilizada por otros operadores jurídicos.

Con una composición relativamente más garantista que en Gürtel, el TS reconocería que “*la búsqueda de la verdad es una pretensión tan legítima como necesaria*”. Pero acto seguido agregaría que “*no forma parte del proceso penal*” ni “*corresponde al juez de instrucción*”, sino “*al Estado a través de otros organismos y (...) especialmente a los historiadores*”. Esta expulsión de la historia del relato jurídico no impediría al Supremo, en todo caso, ofrecer su propia versión de los hechos pasados y presentes.

Así, por ejemplo, el tribunal reconoce la existencia de una objetiva desigualdad entre las víctimas de la violencia, unas reconocidas y resarcidas y las otras no. Pero lo hace sin renunciar al lenguaje de los “bandos”, omitiendo hechos constitutivos de delitos considerados probados y exhibiendo una equidistancia que preludia el rechazo a la propia calificación de crímenes contra la humanidad. De hecho, según el tribunal, Garzón se habría equivocado al utilizar este concepto, ya que con la legislación vigente no se los podía declarar tales. Esta argumentación, como bien se ha apuntado, apela a una concepción sumamente restrictiva del principio de legalidad, que olvida varias cosas. En primer lugar, que el propio artículo 7 de la Constitución republicana de 1931 comprometía al Estado español con unas normas de derecho internacional que estipulaban el respeto por “*los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de Humanidad y de las exigencias de la conciencia pública*”. En segundo término, que más allá de esta referencia, constituye una conquista civilizatoria del derecho internacional de los derechos humanos entender que ciertos delitos, por su gravedad y dimensiones cualitativas y cuantitativas, son siempre perseguibles, con independencia de su codificación, porque ofenden al conjunto de la humanidad. Finalmente, que los pactos internacionales de 1966, vigentes en el Estado español en el momento de aprobarse la Ley de Amnistía de 1977, proclaman que la irretroactividad de la ley penal no es aplicable a este tipo de delitos siempre que los hechos “*en el momento de cometerse fueran delictivos según los principios generales del derecho, reconocidos por la comunidad internacional*”.

Un razonamiento de este tipo, sin embargo, era improbable en un tribunal cuya lectura de la Ley de Amnistía prescinde totalmente del contexto de “ruido de sables” bajo el que fue aprobada. Así, el TS niega rotundamente que la Ley de Amnistía pudiera ser “*una ley aprobada por los vencedores (...) para encubrir sus propios crímenes*”. Por el contrario, sostiene que su promulgación fue el resultado de un “*consenso total*” de las Cortes Constituyentes, lo que demostraría que “*la Transición fue la voluntad del pueblo español articulada*” en torno a dicho a ley, y que “*ningún juez o tribunal (...) puede cuestionar la legitimidad de tal proceso*”.

Más allá de la calidad jurídica de los argumentos utilizados en la sentencia, lo cierto es que su dictado supone un nuevo desprecio a las víctimas de la dictadura y un duro golpe a la legalidad vigente basado, entre otros elementos, en una errónea contraposición entre el derecho interno y un derecho internacional que, al cabo, ha sido ratificado por el propio Estado. Ciertamente, tampoco puede negarse que muchos de los puntos señalados por la sentencia aprovechan puntos débiles de la propia argumentación de Garzón. De hecho, no faltan magistrados, incluso dentro de la Audiencia Nacional, que consideran que había vías judiciales más idóneas para investigar los crímenes franquistas. En todo caso, los tres procesos, analizados en su conjunto, han puesto en evidencia que la justicia aún está en manos de una casta conservadora que reacciona de forma corporativa ante los que se atreven a tocar los puntos sensibles del entramado del poder más tradicional. El uso espurio del derecho penal contra Garzón ha hecho recordar a muchos que la mayoría de magistrados del TS juraron al acceder a la carrera judicial el *“acatamiento a los Principios Fundamentales del Movimiento y demás leyes fundamentales del Reino”*. Hoy, incluso, alguno de ellos declara su simpatía y comprensión hacia el golpe militar. Ello redundaría en la creciente percepción de que la Transición todavía no ha concluido hasta el punto de que algunos, acaso de manera exagerada, han calificado la actual situación como el *“peor golpe sucedido en democracia desde el 23-F”*.

## **¿Qué Garzón?: los múltiples rostros de un juez controvertido**

La valentía de Garzón para avanzar en causas difíciles y la fiera reacción de la derecha política y judicial explican los numerosos actos de solidaridad con el ex juez protagonizado por sindicatos, intelectuales y organizaciones de derechos humanos, tanto en el Estado como fuera de él. El problema, sin embargo, es que estas movilizaciones, al centrarse en la defensa del ex juez, han generado diferentes inconvenientes difíciles de dirigir para algunos sectores críticos. Por ejemplo, el hecho de haber opacado por momento el papel de las víctimas o de haber minimizado el de decenas de asociaciones y colectivos que, de manera anónima, llevaban años luchando contra la impunidad de los crímenes de lesa humanidad. Pero lo más grave, quizás, es que han contribuido a difundir una imagen elegíaca del juez que oscurece un currículum en el que abundan no pocas sombras. Garzón, en efecto, es el juez que ha impulsado valientes causas contra Gürtel, los responsables del GAL, el franquismo, o las dictaduras de Chile y Argentina. Pero también es el juez que, movido por su megalomanía y su hiperactivismo, ha labrado un *modus operandi* caracterizado por la ligereza y por actuaciones procesales claramente vulneradoras de derechos humanos fundamentales.

Algunas de las actuaciones más cuestionables de Garzón, aunque no las únicas, son las vinculadas a la lucha contra supuestos “terroristas” anarquistas,

islamistas o independentistas. Sintomáticamente, estas actuaciones suelen ser ignoradas o consideradas una cuestión menor por buena parte del progresismo español y de algunos colectivos de lucha contra la impunidad de otros países (sobre todo de América Latina). Sin embargo, constituyen un elemento insoslayable en la construcción del “mito” Garzón. No es un secreto, por ejemplo, el empleo abusivo por parte del juez de extensos secretos sumariales y períodos de incomunicación para personas acusadas de terrorismo, una práctica fuertemente cuestionada por los organismos internacionales. Tampoco es desconocida su impasibilidad frente a las denuncias por torturas de detenidos puestos a su disposición. Esta desidia, de hecho, llevó al Tribunal de Estrasburgo, en el 2004, a condenar por primera vez al Estado por la violación de derechos humanos que la falta de actuación de Garzón había causado a la trentena de independentistas catalanes detenidos a propósito de una operación policial en vísperas de los Juegos Olímpicos de 1992.

En estos y otros casos, junto al *Jekyll* impulsor de los procesos contra los GAL, a favor de la justicia universal o contra la trama Gürtel, convive el *Hyde* que, con el mismo desenfado, estrecha lazos con grandes empresarios, no tiene reparo en procesar a decenas de personas manejando pruebas de tan dudosa legalidad como las autoinculpaciones arrancadas a la fuerza en Guantánamo, o emprende procesos inquisitoriales contra supuestos “extremistas”, a partir de apriorismos, analogías y teorías conspirativas o extravagantes. Una de ellas fue la que le llevó a acusar a Batasuna de “*genocidio*” y “*limpieza étnica*” sobre la población no nacionalista, valiéndose de estrambóticas estadísticas poblacionales y asimilando su proyecto político al del Partido Nacional Socialista Alemán durante la República de Weimar. Fue precisamente en el contexto de la lucha contra el llamado “*entorno de ETA*” cuando Garzón acabó de consolidar su perfil de juez poco riguroso y garantista, contribuyendo como pocos a la erosión de la presunción de inocencia o a la utilización desquiciada, en fase de instrucción, de medidas cautelares como la prisión preventiva, las entradas y registros de despachos profesionales, la interceptación de las comunicaciones, la clausura de entidades y medios de comunicación, o los embargos sobre sus patrimonios. El propio calvario atravesado por los periodistas y responsables de *Egunkaria* o Ekin no podría entenderse sin una serie de prejuicios judiciales que el propio Garzón ha contribuido a cultivar en sumarios como el 18/98 y que hoy, por otras razones, se vuelven en su contra.

Muchas de estas actuaciones granjearon a Garzón el reconocimiento de la derecha y del sector más españolista de la izquierda. El Gobierno Aznar, de hecho, llegó a otorgarle el máximo galardón al Mérito Policial, con pensión incluida. Sin embargo, este hiperactivismo no encontró el mismo eco favorable entre algunos de sus compañeros de carrera, que ya entonces comenzaron a ver con suspicacia la ligereza con que despechaba sus investigaciones y el poco control que ejercía sobre la labor policial. Por ese entonces, el magistra-

do de la Audiencia de Madrid, Joaquín Navarro, llegó a declarar que “*Garzón es un juez que se inventa casi todo*” y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) le expedientó por ello. Pero donde encontró un importante escollo a sus tesis fue en la propia Audiencia Nacional, que reiteradamente desautorizó la desproporcionada aplicación por parte de Garzón de la prisión provisional y el uso extensivo del concepto de terrorismo. Tal situación duró hasta que el CGPJ, con mayoría conservadora, decidió separar a todos los magistrados de la Sección Quinta de sus funciones jurisdiccionales. Por otro lado, en un clima de maxiprocesos y creciente arraigo de la cultura judicial de la emergencia, el TS allanó el camino de técnicas inquisitoriales de investigación preconizadas por el juez.

Estos antecedentes contribuyen a explicar por qué una parte no desdeñable de jueces, muchos de ellos perteneciente a organizaciones nada cercanas a los planteamientos de la derecha, como Jueces para la Democracia, han visto con buenos ojos la actuación del TS contra Garzón o, al menos, han mantenido un conspicuo silencio. Incluso explica que no falten quienes apoyan las intervención judicial en materia de memoria histórica o contra la trama Gürtel, pero consideran una catástrofe que estos casos hayan caído en manos de un juez cuya falta de diligencia y de solidez jurídica puede poner en peligro la viabilidad de los procesos.

Lo cierto, en todo caso, es que lejos de probar la independencia de un juez que “va contra todos”, la impulsiva y desnortada forma de actuar de Garzón ha respondido más bien a una especie de “populismo justiciero” en el que los aciertos y las aberraciones se han alternado de manera caprichosa. Así, por cada actuación dirigida a quebrar el cerco de impunidad de poderosos de distinta laya, es posible señalar otras que han conducido a la detención y al encarcelamiento de centenares de personas luego declaradas inocentes, a cierres cautelares de periódicos luego declarados ilegales, así como severas restricciones a la libertad ideológica y de expresión.

Otorgar a todos estos elementos su peso justo en el actual debate social no es sencillo, sobre todo porque las batallas no siempre se presentan en condiciones que se han podido escoger. Colocar en primer plano las críticas a Garzón y subestimar la estrategia de una derecha judicial, política, económica y mediática poderosa, sería seguramente un error que, a la larga, acabaría por debilitar los diferentes movimientos contra la impunidad del franquismo y contra la corrupción surgidos en los últimos años. Sin embargo, aceptar sin más la versión elegíaca del juez que han pretendido proyectar parte de estos movimientos también sería una manera de esterilizarlos de cara a un discurso de los derechos humanos que, si quiere ser coherente y eficaz, ha de ser capaz de erradicar los dobles raseros y de llamar las cosas por su nombre.

**Gerardo Pisarello y Jaume Asens** son juristas y miembros del Observatorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Barcelona.