

Incidente de recusación N° A61/18/2009
Tribunal Supremo. Sala Especial. Art. 61 L.O.P.J.
Secretario: Ilmo. Sr. D. Julián Pedro González Velasco
Ponente Excmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero
R° de queja: 5/20150/2009
Audiencia Nacional, Sala Penal (Pleno)
Expte. 34/2008 sobre competencia

A LA SALA ESPECIAL DEL ARTICULO 61 L. O. P. J.
DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, y **Da. MARÍA JOSÉ MILLAN VALERO**, Procuradora de los Tribunales y de Don Ángel Sanz Encinas, de la Asociación Memoria Histórica do 36 do Pontearreas, Asociación Cultural Memoria Histórica de Ferrol, de Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Arucas, Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera (Córdoba), Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca", Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga, Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar el 18 de Julio, Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló, Héroes de la República y la Libertad, Izquierda Republicana de Castilla y León, Salamanca Memoria y Justicia,

según consta en los autos, ante la Sala comparecemos y como mejor proceda en derecho, **DECIMOS**:

En fecha 17 de mayo de 2010 se nos ha notificado el Auto del anterior día 23 de abril, que rechaza *a limine* la respetuosa solicitud de recusación formulada en cuanto a los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz y D. Andrés Martínez Arrieta (en lo sucesivo "el Auto"). Al amparo de las normas citadas en el Fundamento de Derecho I, se interpone recurso de súplica según el siguiente orden:

	<u>Página</u>
La Sala IV del Tribunal Supremo, la Ley 46/1977, de amnistía, y el PIDCP	2
Antecedentes del recurso de súplica	3
Fundamentos de Derecho	8
I. Cabe recurso de súplica frente al Auto de 23 de abril de 2010	8
II Vulneración de los artículos 6 y 13 del CEDH y 24.2 de la CE	8
III La causa de recusación 10ª del art. 219 de la LOPJ no es extemporánea	9
IV Concorre la causa de recusación 11ª del artículo 219 de la LOPJ	10
V <i>Nemo iudex in causa propria</i>	13
SUPLICO	15
Documentos anexos	16

La Sala IV, la Ley 46/1977, de amnistía, y el PIDCP

En primer lugar se explicita la mayor consideración, personal e institucional, al Excmo. Sr. Ponente y Presidente de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en su aplicación de la ley 46/1977, de amnistía, respeta la primacía de “*las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad*” que dicha ley dispone (artículo 5º), y, en particular, la del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (PIDCP):

*“la finalidad esencial de esta Ley es la de dejar sin efecto las sanciones impuestas conforme a la legalidad vigente en la fecha en que lo fueron, pero que han perdido su ilegalidad por aplicación de disposiciones legales posteriores (...) al promulgarse la Ley de Amnistía (...) España había ratificado y estaban en vigor, el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales**, los dos concertados en Nueva York, y ratificados por España en 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis, nota)”* (S. de 18 de mayo de 1979 (RJ 1979\2182);

o

*“normas y convenios «vigentes en la actualidad», (...) a la entrada en vigor de la Ley de amnistía, es decir el 17 octubre 1977, día de su publicación en el B. O. Estado; que son (...) y el **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales**, ratificado por España el 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis), publicado el 30 del mismo mes e incorporado por tanto desde ese día al derecho interno: art. 1.5 del C. Hiv.”* (S. de 7 abril 1979 (RJ 1979\1649).

La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), reitera en cuanto al PIDCP:

*FJ 5º “Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo [RTC 2000\91], F. 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre [RTC 1981\38], F. 4; y 78/1982, de 20 de diciembre [RTC 1982\78], F. 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos **en el Pacto** constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\260 AUTO], F. 2).”*

Como es sabido, el PIDCP (artículo 15.2) no admite la excepción de intencionalidad política en los delitos de lesa humanidad y genocidio. Por consiguiente, en su literalidad la Ley 46/1977 los excluye de su objeto y sus beneficios.

El presente recurso responde a intereses colectivos contemplados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Streletz y otros ministros de la República Democrática de Alemania:

*“Es fácil imaginar un asunto ... en el que (...) **altos magistrados** (...) **hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad.** ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»? (subrayado nuestro).*

“64. El Tribunal considera que es legítimo para un Estado de derecho llevar a cabo la persecución penal contra personas culpables de crímenes bajo un régimen anterior. De igual modo, no se podría reprochar a las jurisdicciones de tal Estado, sucesoras de las que existían anteriormente, que apliquen e interpreten las disposiciones legales existentes en la época en que se cometieron los hechos a la luz de los principios que rigen en un Estado de derecho. (...).

85. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34 -36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente – párrafo 45 más arriba). (...).” (caso K.H.W. c. Alemania, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (TEDH 2001\230), citado en las págs. 15-16 de nuestro escrito de 4-03-2010).

En el caso de especie, relativo a actos de naturaleza genocida y de lesa humanidad cometidos por el Movimiento Nacional, algunos *“altos magistrados que han participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial de impunidad”* se pueden sentir interpelados cuando las víctimas piden adaptarse a los cambios de situación en los términos que ampara el TEDH. La prueba de ello obra en el Auto de 3 de febrero de 2010 del Excmo. Sr. D. Luciano Varela -que prestó juramento al Caudillo y los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional (en el futuro el “juramento”), que al desestimar la petición de 10 de diciembre de 2010, de sobreseimiento, considera:

*“No es razonable pensar que nos encontráramos ante una especie de conspiración de silencio [ante los crímenes de genocidio y lesa humanidad del Movimiento Nacional] de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del Ministerio Fiscal” (página 51) - **(doc. anexo No 1)**.*

Este Excmo. Sr. Magistrado el 11 de mayo de 2010 ha acordado abrir juicio oral contra el primer Juez que desde el 17 de julio de 1936 acepta tener competencia para investigar los crímenes denunciados por mis representados (**doc. anexo No 2**).

ANTECEDENTES DEL RECURSO

1. La respetuosa recusación ha sido interpuesta en relación con precisas, documentadas y coordinadas acciones del Excmo. Sr. Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo, dirigidas a privar a las denuncias de los recurrentes de acceso a un tribunal de justicia y mantener la prohibición de investigar actos de naturaleza genocida y de crímenes de lesa humanidad cometidos en España.

2. Estas denuncias han sido acogidas en el Auto de 16 de octubre de 2010 en que el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción No 5 (JCI5) declara la competencia de la Audiencia Nacional¹. El contenido del Auto, su soporte y material probatorio, es el *thema decidendi* común a dos procedimientos, el recurso de queja No 20150/2009 y la acción penal dirigida contra el Ilmo. Magistrado D. Baltasar Garzón por parte de partidarios del Movimiento Nacional.

3. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, con tres votos particulares en contra, por el irregular si no fraudulento cauce del art. 23 de la LECrim., sin que ningún órgano judicial hubiera planteado cuestión de competencia, ha declarado en Auto de 2 de diciembre de 2008² que carece el JCI5 de competencia para conocer de las denuncias de mis representados, y ha anulado el Auto de 18-10-2008. No dijo qué órgano era el competente y así se paralizó la investigación de los delitos.

4. Nuestros representados razonan, por el contrario, que la competencia radica en la Audiencia Nacional, y ésta es la cuestión material planteada después del 10 de noviembre de 2008 en el Recurso de queja³ **5/20150/2009** ante la Sala Penal del Tribunal Supremo donde se ha formulado la recusación de los Excmos. Sres. Ruiz Saavedra y Martínez Arrieta.

5. Tres asociaciones defensoras del Movimiento Nacional, entre ellas Falange Española, han interpuesto querrela contra el Ilmo. Sr. Juez titular del Juzgado Central de Instrucción No 5 por considerar que el Auto que declara la competencia de la Audiencia Nacional es constitutiva del delito de prevaricación (**docs. anexos Nos 9 y 10**).

6. Los Excmos. Sres. Ruiz Saavedra Ruiz y Martínez Arrieta integran la Sala que ha admitido a trámite dos de las querellas interpuestas a causa del meritado Auto de 18-10-2008.

7. El Ilmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz ha aprobado todas las resoluciones dirigidas a que el Excmo. Sr. Varela, instructor de las querellas, “ordene” (sic) a la Sala Penal del Tribunal Supremo abrir el juicio oral y que el Excmo. Sr. Ruiz Saavedra enjuicie la comisión de un delito de prevaricación en el meritado Auto de 18 de octubre de 2008:

*“DISPONGO: Que procede ordenar y **ordeno** la apertura de juicio oral en la presente causa contra el Ilmo. Sr. D Baltasar Garzón Real por los hechos objeto de acusación en cuanto constitutivos del delito de prevaricación definido en el artículo 446.3º del Código Penal.*

*Que se designa como órgano competente para el enjuiciamiento a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, **que admitió a trámite las querellas origen de esta causa**” (énfasis y subrayado nuestro) (ver los **docs. anexos 1 y 2**).*

8. En el escrito de recusación de 19 de septiembre de 2009 se aportan elementos de prueba de que la integración del Excmo. Sr. Ruiz Saavedra en la Sala que debe conocer y resolver el recurso de queja 5/20150/2009 vulnera el derecho al juez imparcial. Aquel y el Excmo. Sr. Martínez Arrieta han efectuado valoraciones y adoptado resoluciones,

¹ Publicado en http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081016.pdf

² Publicado en http://www.elclarin.cl/fpa/pdf/spain_20081202.pdf

³ Publicado en http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081210.pdf

unas definitivas y otras provisionales, en las que anticipan tener un juicio contrario a la competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5, hasta lo consideran delito merecedor de expulsión de la magistratura de su titular. Que ello puede influir de manera sustantiva y prejuzgar la solución del Expediente **5/20150/2009** lo demuestra

8.1 las resoluciones del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz en la Causa Especial 20048/2009

- que anticiparon que el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juez Central de Instrucción No 5, acordado a instancias de mis representados, podía ser constitutivo de delito de prevaricación (anexo nº 19 a nuestro escrito de recusación de 18-06-2009, y anexo nº 1 a nuestro escrito de 29 de junio de 2009). Hasta tal extremo que, con posterioridad, D. Juan Saavedra ha aprobado todas las resoluciones del Excmo. Sr. Varela hasta dictar el Auto de apertura de juicio oral (**docs. anexos 1 y 2**);

- las Providencias de 8 y 9 de junio de 2009, que inadmitieron *a limine* la solicitud de personación y recusación, donde mis representados identifican los documentos probatorios que han aportado y en los que se fundamentan las meritadas resoluciones del Juez Instructor;

8.2 en el presente procedimiento de recusación hemos aportado

- las Providencias de 2 de julio, 23 y 26 de junio de 2009 donde, en una objetiva falta de imparcialidad, ambos magistrados no han dado curso a la respetuosa propuesta de recusación formulada el 18 de junio de 2009;

- las resoluciones en que ambos denegaban comunicar a las partes la composición de la Sala que el 22 de abril de 2009 había acordado el nombramiento del Excmo. Sr. Martínez Arrieta como Ponente y el traslado al Mº Fiscal del recurso de queja 5/20150/2009, lo que ha impedido a las partes ejercitar oportunamente el derecho a un tribunal imparcial en caso de concurrir alguna causa de abstención-recusación.

9. En nuestro citado escrito de 3 de marzo de 2010 se aportaron, asimismo, las resoluciones adoptadas por D. Juan Saavedra Ruíz con posterioridad a su recusación, muy en especial a partir de 6 de octubre de 2009 en que se formó la correspondiente pieza separada. Continuó dirigiendo el procedimiento y adoptando resoluciones, inclusive después de elevado el incidente de recusación a la Sala del art. 61 de la LOPJ el 29 de octubre de 2009. De este modo dilató la resolución de la cuestión de competencia ante un Tribunal imparcial.

10. A través de los medios de comunicación los recurrentes han tenido conocimiento de Providencia de 26 de marzo de 2010 (doc. anexo no 3). En ella el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra acuerda no resolver por el cauce procesal legalmente establecido la referida cuestión de competencia, a saber: dentro del procedimiento a este fin establecido, el órgano judicial superior común (art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “(...). *El*

juez o Tribunal superior fijará, en todo caso, y sin ulterior recurso, su propia competencia, oídas las partes y el Ministerio Fiscal por plazo común de diez días (...)" (subrayado nuestro).

A nuestros representados el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra les ha negado primero este derecho, y después ha criminalizado la cuestión de competencia entre órganos del mismo orden jurisdiccional mediante su transformación en una "cuestión de jurisdicción" –hecho en sí mismo asombroso- y lo ha avocado no a la correspondiente Sala de Conflictos de Jurisdicción –hecho imposible, obviamente- sino a... la Causa especial No 3/220048/2009 seguida contra el Magistrado-Juez Central N° 5 que acusan de prevaricación partidarios del Movimiento Nacional por declarar la competencia de la Audiencia Nacional. Dice la Providencia de D. Juan Saavedra de 26 de marzo de 2010:

"Dada cuenta y visto el contenido de la anterior diligencia, habiéndose dictado en la Causa Especial n° 3/20048/2009, en fecha 23 de Marzo pasado, auto desestimatorio del recurso de apelación del sobreseimiento solicitado, observándose que el objeto de las cuestiones de competencia señaladas está directamente relacionado con los hechos que se instruyen en la Causa Especial n° 3/20048/2009, partiendo de la consideración de que la jurisdicción es un presupuesto previo de la competencia del órgano jurisdiccional (para dirimir una cuestión de competencia entre órganos es preciso que antes exista jurisdicción sobre el objeto de la causa), y teniéndose asimismo en cuenta que uno de los extremos que prima facie debe dilucidarse en la indicada Causa Especial es si efectivamente uno de los órganos jurisdiccionales (el Juzgado Central de Instrucción) tenía jurisdicción o no, surge una cuestión prejudicial penal entre causas penales de manera que la decisión de una (la Causa Especial 20048/2009) condiciona directamente el contenido de las otras (las Cuestiones de Competencia acumuladas). Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial procede suspender el curso del procedimiento de las Cuestiones de Competencia acumuladas, hasta que la Causa Especial 3/20048/2009 sea resuelta. (...)Llévese testimonio de esta resolución a la Causa Especial 3/20048/2009 a los efectos oportunos y con el fin de que resuelta ésta sea comunicada a la presente causa la correspondiente resolución recaída en la misma." (Doc. anexo no 3, subrayado nuestro).

Inmediatamente después, en el Auto de 7 de abril de 2010 el Excmo. Sr. Magistrado Instructor de la Causa Especial D. Luciano Varela ha acordado:

*"DISPONGO: Que ha lugar a proceder contra D: Baltasar Garzón Real por el hecho que dejamos indicado en el último fundamento jurídico en cuanto constitutivo de **delito de prevaricación**, siguiendo el procedimiento por los trámites previstos en los artículos 780 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal." (Doc. anexo no. 4).*

El recurso de reforma de 10 de abril de 2010 se acompaña como **doc. anexo No 5**.

De este modo los dos Excmos. Sres. Magistrados que han prestado el juramento han vinculado la resolución de la cuestión de competencia a la imputación de delito que

terceros partidarios del Movimiento Nacional -no son parte en las Diligencias Previas 399/2006 del JCI5º- hacen al Juez Central de Instrucción No 5.

Emerge, de este modo, una configuración procesal que reduce a indefensión a los recurrentes, pues no han podido resolver el conflicto de competencia por el cauce legalmente establecido,

1) ya sea a favor del JCI N° 5, como razonan, lo que habría dejado sin base a la querrela contra el Juez titular del JCI N° 5; y

2) ya sea en otros sentido, y también sería obligado el sobreseimiento pues sería en tal resolución donde quedaría establecida la competencia, sin responsabilidad penal para el Juez que la había declarado en el Auto de 16 de octubre de 2008.

11. Ni el Excmo. Sr. D. Juan Saavedra ni el Excmo. Instructor D. Luciano Varela aún no han proveído la petición de los recurrentes de 19 de abril de 2010 de ser tenidos por parte en la referida Causa Especial 3/20048/2009, pues han formulado las denuncias que han dado origen a las Diligencias Previas No 399/2006 donde se ha dictado el Auto de 16 de octubre de 2010; aportado pruebas e informaciones acerca de más de 115.000 españoles detenidos que se encuentran en desconocido paradero; pedido la exhumación de la fosa común donde se cree que se encuentra uno de ellos, el poeta Federico García Lorca; solicitado información de los nombres de españoles represaliados y desaparecidos que pudieran obrar en los archivos y registros de los ayuntamientos, comunidades autónomas, diputaciones provinciales, universidades, etc., etc., lo que consta acreditado en dicha Causa Especial.

En lo que se refiere a la exhumación de la fosa común de Federico García Lorca, el Auto de 18 de noviembre de 2008 del JCI nº 5 se inhibió a favor del Juzgado de Instrucción de Granada, al tiempo que mantuvo su competencia respecto de los restantes delitos conexos identificados en los Autos de 16 y 17 de octubre y 18 de noviembre de 2008, pronunciados en base al documental probatorio aportado en las denuncias de mis representados.

En definitiva, las acciones de mis representados son el presupuesto necesario, *sine qua non*, de las resoluciones por las que se ha incriminado en la Causa Especial al Ilmo. Sr. Juez Central de Instrucción No 5 en el Auto de 7 de abril de 2010 (**doc. anexo No 4**).

Por ello la suspensión y condena del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JCI5 afecta a mis representados, cuyas responsabilidades civiles dimanantes del delito podrían serles exigidas por partidarios del Movimiento Nacional, después de haber sufrido su persecución cuando era el Partido Unico.

12. El 19 de abril de 2010 la Falange Española ha interesado la apertura de Juicio Oral contra el Magistrado D. Baltasar Garzón, y el 20 de Abril las otras dos asociaciones querellantes partidarias del Movimiento Nacional.

13. Pronunciada que haya sido la condena del Magistrado-Juez del JCI5º,

A) se habrá cerrado la posibilidad de que nuestros representados tengan acceso a un órgano judicial para investigar los actos de genocidio y lesa humanidad, so pena de expulsión del Juez correspondiente;

B) se habrá abierto la vía para que aquellos terceros partidarios del Movimiento Nacional puedan perseguir a mis representados por su responsabilidad de denunciar y aportar las pruebas de los hechos en base a las cuales el Juez Instructor D. Baltasar Garzón dictó el Auto en que declaró la competencia y por ello ha sido condenado.

La indefensión y denegación de justicia de mis representados es absoluta, y la confirma el Auto aquí recurrido.

15. Tras abrirse el 11 de mayo de 2010 el juicio oral contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, el siguiente 17 de mayo me ha sido notificado el Auto datado el 23 de abril anterior de la Sala del artículo 61, formado mayoritariamente por Excmos. Magistrados recusados, que inadmite, *a limine litis*, la recusación de los Excmos. Sres. Ruiz Saavedra y Martínez Arrieta. De este Auto se pide la nulidad en el presente recurso de súplica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Cabe recurso de súplica frente al Auto de 23 de abril de 2010

Se interpone en conformidad con lo dispuesto en los arts. 223 LOPJ; 236 LECrim y 107 LECiv, en relación con el art. 24.1 de la Constitución española (CE), tal como son aplicados por el Tribunal Supremo (Sala del art. 61 LOPJ) en el Auto núm. 8/1999 de 28 febrero (RJ 2001\5275, FD 1º), y por el Tribunal Constitucional (Auto núm. 192/2007 (Pleno), de 21 marzo -RTC 2007\192, FJ 3, que cita los Autos en igual sentido 64/1984, de 2 de febrero -RTC 1984, 64, y 136/2002, de 22 de julio -RTC 2002, 136), puesto que concurre el requisito: la propuesta de recusación ha sido inamitida *a limine litis*.

II

Vulneración de los artículos 6 y 13 del CEDH y 24.2 de la CE

La STC núm. 136/1999 (Pleno), de 20 julio (RTC 1999\136) reitera en su FJ 5 que

“Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar «por incumplimiento de los requisitos formales [...], por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en

cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente» (fundamento jurídico 3º).”(subrayado nuestro).

En el presente caso el Auto recurrido constata en sus antecedentes 1º a 5º que los requisitos formales están reunidos, y que la causa no es descartable *prima facie* (FFDD 1 a 3). Sin embargo ha inadmitido el incidente en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje de los hechos y de la pretensión (FD 4).

El recurso de suplica debiera, pues, prosperar por este motivo. La inadmisión *a limine* incurre en incongruencia y arbitrariedad, dicho sea con mucho respeto, es causa de indefensión efectiva material y vulnera los artículos 6 y 13 del CEDH y 24.2 de la CE.

III

La causa de recusación 10ª del art. 219 LOPJ no es extemporánea

Inadmite el Auto, por extemporánea (FD 5º), la recusación formulada en virtud del art. 223.1.1º LOPJ por el Procurador Sr. Bordallo. Estamos, con el debido respeto, ante un error, pues la norma aplicable en este caso es la especial del numeral 3 del art. 223 de la LOPJ, que dispone:

Art. 223. 1. La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.

Concretamente, se inadmitirán las recusaciones:

1º. Cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél.

2º. Cuando se propusieren, pendiente ya un proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga.

2. La recusación se propondrá por escrito que deberá 2. expresar concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde, acompañando un principio de prueba sobre los mismos. Este escrito estará firmado por el abogado y por procurador si intervinieran en el pleito, y por el recusante, o por alguien a su ruego, si no supiera firmar. En todo caso, el procurador deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate. Si no intervinieren procurador y abogado, el recusante habrá de ratificar la recusación ante el secretario del tribunal de que se trate.

*3. Formulada la recusación, se dará traslado a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta o si, **en aquel momento**, conocen alguna otra causa de recusación. La parte que no proponga recusación en dicho plazo,*

no podrá hacerlo con posterioridad, salvo que acredite cumplidamente que, en aquel momento, no conocía la nueva causa de recusación” (subrayado nuestro).

En este sentido literal es aplicado el art.223.3 por el Tribunal Constitucional. Por ej., en el Auto del Pleno de 12 de marzo de 2008 (RTC 2008\81), en ocasión de la recusación de dos Magistrados del mismo:

*“Conforme a lo dispuesto en el art. 223. 3 LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635), en relación con el art. 80 LOTIC (RCL 1979, 2383), se resolvió, igualmente, dar traslado del escrito de recusación a las partes personadas en el proceso, excepto al promotor de las recusaciones, para que en el plazo común de tres días manifestaran si se adherían o se oponían a la causa de recusación propuesta o si, **en ese momento**, conocían alguna otra causa de recusación” (antecedentes 4, 5, subrayado nuestro).*

Por consiguiente no es aplicable el plazo del art. 223.1 a la recusación de Da. Carmen Negrín Fetter, la recusación ha sido formulada dentro del plazo de tres días que le confiere el punto 3 del mismo artículo.

En todo caso, esta respetuosa propuesta ha sido también formulada antes de transcurrir el plazo de diez días del art. 223.1, contado a partir del momento en que ha tenido en sus manos todos los elementos necesarios para presentarla, en especial un ejemplar del Boletín Informativo del Ministerio de Justicia de junio de 1944, *Iustitia* (doc. anexo No 6 a la propuesta de recusación de 27 noviembre de 2009). Sin el mismo no hubiera podido fundamentar la recusación, cuyo centro de gravedad es el testimonio, en su página 50, del Excmo. Sr. Dívar –abuelo del actual Presidente del Tribunal Supremo- y del Ministro de Justicia, sobre la enorme trascendencia del juramento de lealtad al Caudillo para los jueces. Este ejemplar no se encuentra en la Biblioteca Nacional ni en ninguna otra biblioteca pública accesible en Madrid, de las que ha sido expurgado.

Concorre, pues en la especie también la causa 10ª de recusación del art. 219: “Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”.

IV

Concorre la causa de recusación del artículo 219.11ª LOPJ

Es motivo de recusación haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

La competencia que declara el Auto de 18 de octubre de 2008 del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del JC15 es el *thema decidendi* tanto en la Causa Especial contra aquel como en el recurso de queja 20150/2009. Hasta tal extremo que el Excmo. Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz ha ordenado que la cuestión de la competencia sea resuelta en esta causa penal (ver la Providencia de 26 de marzo de 2010, **doc. anexo no 3**).

Los Excmos. Sres. D. Juan Saavedra Ruiz y el Sr. Martínez Arrieta han admitido a trámite sendas querellas contra el referido Ilmo. Magistrado-Juez por considerar que el hecho de declarar la competencia es constitutivo de delito de prevaricación. Así se afirma literalmente en aquellas, y lo han aceptado las resoluciones que se acompañan.

El Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz

- ha controlado toda la instrucción de esa causa penal, adoptando la resoluciones *sine qua non* podía “ordenar” la apertura del juicio oral el Excmo. Instructor D. Luciano Varela;
- la “orden” de éste es que Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz presida la Sala que debe condenar en Sentencia el hecho de declarar la competencia (**doc. anexo No 2**, parte dispositiva).

Por consiguiente, consta en el incidente la prueba de que los Excmos. Sr. Ruiz Saavedra y Martínez Arrieta han tomado resoluciones determinantes para constituir en causa de delito la cuestión de competencia de la que toma causa el **Rº de queja: 5/20150/2009**.

Concurre, pues, la causa establecida en el art. 219.11ª de la LOPJ.

Doctrina del TEDH

El recurrido Auto invoca SSTEDH pronunciadas entre 1984 y 2004 (de 10 de febrero de 2004 (Depiets c. Francia); 22 abril 1994 (Saraiva de Carvalho c. Portugal); 24 de agosto de 1993 (Nortier c. Países Bajos); 24 de mayo de 1984 (Hauschildt c. Dinamarca)), y las SSTC de 16 de enero de 2004, 10 de octubre de 2005 y 12 de marzo de 2007).

Estudiados estos casos debemos decir, con el debido respeto, que esta doctrina no es la que sostiene el TEDH en cuanto al proceso penal en España, donde aplica la doctrina del caso Castillo Algar y de la Sentencia de 22 de julio de 2008 (Caso Gómez de Liaño, p. 20 y ss.), de sentido opuesto al Auto aquí recurrido: los Magistrados que forman la Sala que ha admitido a trámite y conocido los recursos interpuestos en la fase de instrucción se hallan “contaminados”, no pueden formar parte de la Sala que se pronunciará sobre las materias objeto del proceso.

La doctrina del STEDH de 22 de julio de 2008 es la que rige actualmente en España, que resumimos:

“62. En cuanto a la imparcialidad objetiva, hay que preguntarse, cuando un tribunal completo está en cuestión si, con independencia de la actitud personal de uno de sus miembros, ciertos hechos verificables autorizan a dudar de la imparcialidad de éste. En este caso, incluso las apariencias pueden revestir gran importancia. Resulta que, para pronunciarse sobre la existencia, en un caso concreto, de una razón legítima para temer una falta de imparcialidad de una jurisdicción, (...) el punto de vista del interesado es tomado en consideración pero no juega un rol decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores de éste pueden considerarse objetivamente justificados ([Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia \[TEDH 2007, 71\]](#) [GC], núms.. 21279/2002 y 36448/2002, ap. 77, CEDH 2007-...).

63. El Tribunal señala que en consecuencia la preocupación de una falta de imparcialidad reside en el hecho de que G., B. y M.-P., los tres jueces que componían el tribunal que condenó al demandante, entre ellos el Presidente y el

*ponente, formaban igualmente parte de la Sala del Tribunal que confirmó en apelación su procesamiento (apartado 18 supra) y decidió enviarle a juicio (apartado 21 supra) [esto ocurre en los Autos dictados por el Excmo. Sr. Saavedra Ruiz, ver Autos de 23 de marzo de 2010, 15 de junio de 2009, **docs. anexos Nos 6, 7 y 8**]. Los Jueces B. y M.-P. formaban igualmente parte de la Sala que previamente había declarado admisible la denuncia presentada contra el demandante y rechazado el recurso de este último contra dicha admisión (apartados 14 y 15 supra). (...)*

*67 Respecto a la decisión de 3 noviembre 1998, el Tribunal señala que ésta fue dictada por la Sala del Tribunal Supremo compuesta por los Jueces G., B. y M.-P., que posteriormente formaron parte de la jurisdicción de juicio [es lo que ha ordenado el Auto de apertura de juicio oral, de 11-05-2010 en cuanto al Excmo. Sr. Saavedra Ruiz, pues preside la Sala que conoce de todas las apelaciones contra las decisiones del Excmo. Instructor Sr. Varela, incluso contra el Auto de apertura del juicio oral, y el Instructor ya le ha ordenado que juzgue el fondo del asunto, ver **docs. anexos 1 y 2** y los Autos de 23 de marzo de 2010, 15 de junio de 2009, **docs. anexos Nos 6 a 8**]. En su decisión, la Sala confirmó en apelación el auto de procesamiento dictado contra el demandante, precisando que su tarea debía limitarse a verificar si la corrección formal del derecho aplicable no había sido manifiestamente incorrecta. Para ello, la Sala procedió a examinar las tres decisiones dictadas por el demandante objeto del procesamiento por prevaricación. (...).*

*68 El Tribunal señala que la Sala hizo hincapié en el carácter provisional del auto de procesamiento, precisando que no prejuzgaría el fondo del asunto. Sin embargo, los términos empleados podían fácilmente hacer temer que existían indicios suficientes para permitir concluir que se había cometido un delito. (..) Esta motivación permite pensar que los miembros de la Sala tenían ya una opinión sobre la existencia de indicios concernientes a los elementos del delito, incluidas las cuestiones relativas a la culpabilidad del demandante [esto ocurre en los Autos dictados por el Excmo. Sr. Saavedra Ruiz, ver Autos de 23 de marzo de 2010, 15 de junio de 2009, **docs. anexos Nos 6 a 8**].*

*69 El Tribunal señala igualmente que la decisión de 3 febrero 1999, dictada por la Sala del Tribunal Supremo con la misma composición, rechazó la demanda de sobreseimiento y decidió el envío a juicio [esto ocurre en los Autos dictados por el Excmo. Sr. Saavedra Ruiz, ver Auto de 23 de marzo de 2010 que desestima la petición de sobreseimiento formulada el 10 de febrero de 2010 **docs. anexos Nos 6 y 7**]. Ratificó la confirmación en apelación del auto de procesamiento y envió al demandante a juicio.*

70 Ahora bien, los Jueces G. (en calidad de Presidente), B. y M.-P. (este último en calidad de magistrado ponente) formaron posteriormente parte de la Sala del Tribunal Supremo que, el 15 de octubre de 1999, reconoció al demandante culpable de prevaricación y le condenó a penas de multa e inhabilitación por quince años para el ejercicio de funciones judiciales. El Tribunal considera que este hecho permite distinguir el caso presente de otros asuntos en los que estaba en causa la imparcialidad de un solo juez en el seno de una jurisdicción

(ver [Garrido Guerrero \[TEDH 2000, 115 \]](#) , previamente citada, y [Ferragut Pallach, citada](#)).

71 El Tribunal considera en consecuencia que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del tribunal podía suscitar serias dudas en la medida en que todos sus miembros habían intervenido en numerosos actos de instrucción, particularmente, en la apelación contra el auto de procesamiento pronunciado contra el demandante. Considera que los temores del demandante al respecto podían estar objetivamente justificados ([Castillo Algar contra España \[TEDH 1998, 51 \]](#) , Sentencia de 28 octubre 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VIII, ap. 50, y [Perote Pellón contra España \[TEDH 2002, 31 \]](#) , núm. 45238/1999, ap. 51, 25 julio 2002).

72 En consecuencia, el Tribunal concluye que ha habido violación del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . ”

En el presente caso no ofrece duda que las expresiones utilizadas en las resoluciones adoptadas por los Excmos. Sres. D. Juan Saavedra Ruiz y D. Andrés Martínez Arrieta son absolutamente claras en su incompatibilidad con la doctrina del TEDH sobre el art. 7 el CEDH (art. 15 del PIDCP), según la cual los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra son imprescriptibles e inamnistiables, y no concurre vulneración del principio de legalidad en los términos como han sido contemplados en el Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI5. Si fueran mínimamente compatibles hubieran debido manifestarlo de alguna manera en las resoluciones que han adoptado en el proceso penal seguido contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón. No lo han hecho, sino que han avanzado que los actos que este trató de investigar estaban prescritos, amnistiados y amparados por el principio de legalidad penal (tal como este último lo entienden, en sentido opuesto a la doctrina del TEDH que hemos citado). Lo que confirma, *a contrario*, que la circunstancia específica de los dos Excmos. Sres. Magistrados no es la que el TEDH ha estudiado en el caso Garrido Guerrero c. España.

Por consiguiente, los recurrentes solicitan que la Sala respete y aplique la doctrina actual del TEDH en relación con el proceso penal en que se basa la presente recusación, a saber: los crímenes de genocidio, lesa humanidad y de guerra siendo imprescriptibles e inamnistiables, la decisión sobre la recurribilidad-anulabilidad del Auto de 2-12-2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional debe ser deliberada y resuelta, en el referido Recurso de Queja, por Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo que no hayan previamente manifestado el parecer de que son prescriptibles, amnistiables los actos para cuya investigación declaró competente el Auto de 10 de octubre de 2010 a la Audiencia Nacional. Auto que es el origen, causa y objeto tanto del Recurso de queja como del proceso penal al Ilmo. Sr. Magistrado que lo ha dictado.

V

Nemo iudex in causa propria

1. El presente recurso se fundamenta en el artículo 47 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza el derecho a un proceso justo. En dicho artículo, afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

*“contrariamente al artículo 6 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], la Carta no limita este derecho a las impugnaciones sobre ‘derechos y obligaciones de carácter civil’ o acusaciones en materia penal’, y tampoco reenvía a decisiones relativas a dichas impugnaciones”*⁴.

Esta norma es aplicable a las causas de recusación del presente incidente en virtud de los razonamientos que hemos expuesto, en particular la formulada el 27 de noviembre de 2009 por Da Carmen Negrín Fetter.

2. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 162/1999) y la del Tribunal Supremo afirman la posibilidad de una interpretación no restrictiva de las causas de recusación remontándose al principio de imparcialidad y, a partir de éste, deducir otras causas de abstención y recusación no contempladas expresamente en el listado legal. Así el Tribunal Supremo en Pleno ha reconocido expresamente que:

“los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados o convenios internacionales suscritos por España, en materia de derechos y libertades públicas, pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación” [Auto de 1º de Octubre de 1997, Sala del art. 61 LOPJ, RJ 1998\928].

Esta doctrina ha sido aplicada por la Sala Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995\2130) y, en particular, en la Sentencia de 22 noviembre de 2001 (RJ 2002\6027). Es aplicable a las causas de recusación del presente incidente en virtud de los razonamientos que hemos expuesto.

3. Los artículos 24.2 de la CE y 6.1 del CEDH reconocen el derecho a un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio. Es obligación del juzgador no ser « **juez y parte** » ni « **juez de la propia causa** », lo que se traduce en que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte

Esta obligación no ha sido respetada en la especie, los propios Excmos. Magistrados recusados han in admitido a trámite el incidente, tanto éste como el No 61/04/2010 (por error dice 2020) a cuya resolución reenvía el Auto (pág. 14 *in fine*) –el que, a su vez, ha sido asimismo recurrido en súplica en tiempo y forma. .

Por consiguiente, el Auto no ha respetado la garantía que el artículo 6 del CEDH otorga a los recurrentes, les ha privado del derecho a determinar, de manera imparcial, si la composición del Tribunal ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima en cuanto a la imparcialidad; no ha aplicado la doctrina que el TEDH, en particular la reafirmada en la Sentencia (Gran Sala) de 15 de octubre de 2009 (caso Micallef C. Malte, p. 99): *“los procedimientos nacionales destinados a garantizar la imparcialidad (...), expresan la preocupación del legislador nacional de suprimir toda duda razonable en cuanto a la imparcialidad del juez o de la jurisdicción concernida y constituyen una tentativa de asegurar la imparcialidad eliminando la causa de preocupación en la*

⁴ **AFFAIRE MICALLEF c. MALTE** (Requête n° 17056/06) ARRÊT STRASBOURG, 15 octobre 2009, p. 32.

materia (...) garantizar la ausencia de verdadera toma de partido... de parcialidad...y reforzar así la confianza que los tribunales de una sociedad democrática se deben de inspirar al público”.

En su virtud,

A LA SALA SUPPLICO: Que teniendo por presentado este escrito con los diez documentos anexos y sus copias, se sirva admitirlo; tener por interpuesto respetuoso recurso de súplica frente al Auto de 23 de abril de 2010; por instado que declare su nulidad, retrotraiga las actuaciones y proceda a dar curso a la respetuosa propuesta de recusación formulada el 27 de noviembre de 2009 por Da Carmen Negrín Fetter en cuanto a la mayoría de los miembros actuales de la Sala del artículo 61 LOPJ, con carácter previo a la resolución relativa a la recusación formulada el 21 de septiembre de 2009 en cuanto a los Excmos. Sres. Saavedra Ruiz y Martínez Arrieta y, en el momento procesal oportuno, acuerde la aceptación de ésta y demás pedimentos formulados en el escrito de recusación.

Madrid, 22 de mayo de 2010

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'J. E. Garcés', with a long horizontal flourish extending to the right.

Ldo. Joan E. Garcés
Colegiado No. 18.774
Madrid

Ldo. Fernando Magán Pineño
Colegiado 317
Colegio de Abogados Talavera

DOCUMENTOS ANEXOS

Numero

- 1 Auto de 3-12-2009 del Instructor D. Luciano Varela: desestima petición de sobreseimiento formulada el 10-12-2009 por D. Baltasar Garzón de las querellas interpuestas por partidarios del Movimiento Nacional
- 2 Auto de 11-05-2010 del Instructor D. Luciano Varela: “ordena” a la Sala Penal abrir juicio oral a D. Baltasar Garzón y designa los Magistrados que deben formar la Sala
- 3 Providencia de 26 de marzo de 2010 del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra que acuerda resolver la cuestión de competencia dentro del proceso penal instado por partidarios del Movimiento Nacional
- 4 Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor D. Luciano Varela acordando proceder contra D. Baltasar Garzón por delito de prevaricación
- 5 Recurso de reforma de 10 de abril de 2010 contra el Auto de 7 de abril anterior
- 6 Auto de 23 de marzo de 2010. D. Juan Saavedra desestima el recurso de apelación de D. Baltasar Garzón de 10 de febrero de 2010
- 7 Recurso de apelación de D. Baltasar Garzón de 10 de febrero de 2010
- 8 Auto de 15 de junio de 2009. D. Juan Saavedra desestima el recurso de súplica de D. Baltasar Garzón de 30 de mayo de 2009
- 9 Querrela contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón interpuesta por una asociación de partidarios de la impunidad de los actos de genocidio y lesa humanidad del Movimiento Nacional, de 26 de enero de 2009
- 10 Acusación penal de Falange Española y de las JONS contra el Ilmo. Sr. D. Baltasar Garzón, de 19 de abril de 2010