

Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional
Expediente 34/2008
Jº Central de Instrucción Nº 5
Sumario 53/2008

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según acredito con una primera escritura de Poder con cláusula especial para el caso que acompañó, otorgada a mi favor (**doc. 1**), comparezco ante la Sala y, como mejor proceda en Derecho, DIGO

Que por medio del presente escrito formulo querella criminal por hechos que se pueden considerar tipificados en el artículo 446.3º del Código penal, cumpliendo los requisitos del artículo 277 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

ALEGACIONES

PRIMERO.- Dicha querella se presenta ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo por ser la que estimamos competente (Art. 57.1.2º y 3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

SEGUNDO.- Querellante es Dña. Carmen NEGRÍN FETTER - parte acusadora en el Sumario Nº 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional.. Actúa como perjudicada ejercitando la acusación particular.

TERCERO.- Los nombres y apellidos de los querellados son los Señores Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Sr. Fiscal siguientes:

1. Excmo. Sr. Don Javier GÓMEZ BERMÚDEZ
 2. Ilmo. Sr. Don F. Alfonso GUEVARA MARCOS
 3. Ilmo. Sr. Don Fernando GARCÍA NICOLÁS
 4. Ilmo. Sr. Doña Ángela MURILLO BORDILLO
 5. Ilmo. Sr. Don Guillermo RUIZ POLANCO
 6. Ilmo. Sr. Don Ángel HURTADO ADRIÁN
 7. Ilmo. Sr. Don Palomo GONZALEZ PASTOR
 8. Ilmo. Sr. Don Julio de DIEGO LÓPEZ
 9. Ilmo. Sr. Don Juan Francisco MARTEL RIVERO
 10. Ilmo. Sr. Don Nicolás POVEDA PEÑAS
11. el Ilmo. Sr. Fiscal que a sabiendas, en la forma radicalmente irregular e injusta que luego se dirá, ha impulsado en escritos presentados el 21 de octubre y 7 de noviembre

de 2008 directamente ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la suspensión de diligencias ordenadas por el referido Juzgado Instructor (los Autos de 29 y 30 de octubre y las Providencia de 29 y 31 de octubre de 2008, **docs. anexos 2 a 5**), dirigidas a investigar los crímenes de lesa Humanidad objeto del Sumario 53/2008,

La identidad de este Señor Fiscal ha sido pedida por mi mandante el mismo día 7 de noviembre de 2008 (**doc. anexo nº 6**, Otrosí), sin que hasta la fecha le haya sido dado traslado ni del escrito por éste presentado el 7 de noviembre de 2008 ni informado sobre el nombre de quien lo firma.

Todos tienen como domicilio, a efectos de notificación, la sede de la Audiencia Nacional, Madrid.

CUARTO.-La relación circunstanciada y los demás pormenores del hecho o hechos a que alude el artículo 277 de la susodicha Ley de Enjuiciamiento Criminal se exponen en el siguiente inciso QUINTO. Consisten en haber impulsado y dictado, a sabiendas, una resolución manifiestamente injusta que suspende la investigación de graves crímenes contra la Humanidad cometidos en España desde el 17 de julio de 1936 y que permanecen absolutamente impunes.

El contexto y finalidad de la resolución injusta tomada a sabiendas causan grave perjuicio a mi representada. Se significa a este respecto que los escritos del Sr. Fiscal de 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008 tienen por finalidad real abortar la investigación de los crímenes contra la Humanidad objeto del Sumario 53/2008, y los actos de los Señores querellados están objetivamente orientados a la misma finalidad.

Como indicio de la envergadura de los crímenes investigados se significa que según la documentación que se conserva en Alcalá de Henares están identificadas del orden de trescientas mil (300.000) personas ejecutadas después que el 1 de abril de 1939 terminara la Guerra de España, y unas tres millones cuatrocientas mil (3.400.000) personas víctimas de otras represalias severas y sistemáticas (campos de exterminio, de trabajos forzados, cárcel, confiscaciones, etc.), según ha declarado el 14 de noviembre de 2008 un alto responsable de los Archivos del Reino de España (**doc. anexo nº 7**).

Los **ANTECEDENTES** para comprender la resolución injusta son los siguientes:

1. En fecha 15 de Diciembre de 2006 fueron turnadas por el Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción al Juzgado Central N° 5 denuncias por presuntos delitos de detención ilegal, basadas en hechos que se describen en las mismas. Fundamentalmente por la existencia de un plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos a través de múltiples muertes, torturas, exilio y desapariciones forzadas (detenciones ilegales) de personas a partir del 17 de julio de 1936, durante los años de la Guerra de España y después del término de ésta, producidos en diferentes puntos geográficos del territorio español y nunca investigados por ningún órgano judicial. El Juzgado incoó las Diligencias Previas 399/2006, sin que el Fiscal las recurriera ni tampoco ninguna de las sucesivas resoluciones oportunamente notificadas.

2. En Auto de fecha 16 de octubre de 2008 dicho Juzgado Central de Instrucción se declara competente para conocer de un delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno en conexión con crímenes contra la Humanidad imprescriptibles cometidos en España (**documento anexo nº 8**).

3. El Auto de fecha 17 de octubre de 2008 transformó las Diligencias Previas 399/2006 en el Sumario 53/2008, por presuntos **delitos contra Altos Organismos de la Nación y delito permanente de detención ilegal, sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la Humanidad.**

4. Ni el Auto de 16 de octubre de 2008 ni el del siguiente 17 de octubre han sido recurridos en reforma por ninguna de las partes personadas, incluido el Fiscal.

5. El Auto de 16 de octubre de 2008 afirma que

5.1 “se está investigando si existen “*otros responsables no identificados que junto con la estructura dirigente hubieran participado en la ideación y desarrollo de este plan sistemático de exterminio dilatado en el tiempo, y, de que puedan existir personas concretas vivas que pudieran haber cometido hechos, asimismo, concretos o particulares que deban ser objeto de investigación separada en cada caso y según las datos de los que se disponga, y, en la instancia que corresponda, en atención a lo que se argumenta en el Razonamiento Jurídico Decimosegundo sobre la competencia de este Juzgado y de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal)*”¹;”,

5.2 “el tema de la competencia debe ser analizado en función del contenido de los artículos 65 y 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los artículos 14, 17, 18 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículos 74, 77 y 131 del Código Penal”²;

5.3 “el delito contra los altos organismos de la Nación vaya unido en forma inseparable al producido, en conexión con él; en este caso, la muerte sistemática, la desaparición forzada (detención ilegal) de personas sin dar razón del paradero, la tortura y el exilio forzados, entre otros”³;

5.4 “Ello significa que, tanto a efectos de la prescripción como de la competencia por conexidad de delitos (artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), debe regir la doctrina del Tribunal Supremo de que debe hacerse una valoración conjunta, de modo que el delito conexo pasa a depender, a los efectos de conocer si ha prescrito o no, del delito al que va ligado en concurso real. Si esto es así, el delito contra Altos Organismos de la Nación y forma de Gobierno que estaba tipificado en el Código Penal de la época, también lo está ahora en los artículos 402 a 509 del Código Penal, y al ser conexo con la

¹ Pág. 31.

² Pág. 49

³ Pág. 50

detención ilegal sin dar razón del paradero, en el contexto de crímenes contra la humanidad y que son imprescriptibles o cuya prescripción aún no habría comenzado, al ser delitos permanentes, tampoco lo estaría y la competencia, al amparo del artículo 65.1º a) de la LOPJ, sería de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, al corresponder a ésta el enjuiciamiento y la instrucción (artículo 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos:

a) Delitos contra el Titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.

“En resumen, los hechos no están prescritos y son competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículo 65.1º a) de la LOPJ) y de este Juzgado (artículo 88 de la LOPJ)”⁴;

5.5 “Por otro lado y visto el período de las desapariciones, la fecha de alguna de ellas, que seguirían enmarcadas en el plan sistemático y selectivo diseñado, debe constatarse la supervivencia o no de presuntos responsables que no ocuparan puestos de alta responsabilidad, en atención a la influencia que pueda tener para la continuación de esta causa en otra jurisdicción, y, esto, en su caso deberá hacerse en el marco competencial correspondiente que podrá no ser el de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y este Juzgado”⁵.

6. En fecha 21 de octubre de 2008 el Sr. Fiscal de la Audiencia Nacional invocó el artículo 23 de la L. E. Criminal y presentó ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional un escrito en el que pide declarar la incompetencia del referido Juzgado Central de Instrucción alegando, entre otros motivos, que el delito contra la forma de Gobierno investigado sería competencia del Tribunal Supremo⁶ (**documento anexo N° 9**):

“2.3. En cuanto a la calificación jurídica de los hechos como un delito contra la forma de Gobierno (...) carecería de competencia el órgano judicial instructor ya que conforme a los arts. 102 de la Constitución y 57.1.2^a de la LOPJ la responsabilidad penal del Presidente y miembros del Gobierno sólo es exigible ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (...) cabe concluir que la competencia con carácter exclusivo y excluyente para la tramitación, sustanciación y resolución del procedimiento corresponde a la más alta instancia jurisdiccional de nuestra Nación: el Tribunal Supremo”.

7. Dos días después, el 23 de octubre de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha admitido a trámite el escrito del Sr. Fiscal, incoó el Expediente n° 34/2008 y se erigió en juez y parte, pues no habiendo sido planteada cuestión de competencia por ningún otro Juzgado Central de Instrucción, entiende esta parte que la propia Sala de lo

⁴ Págs. 50 y 51.

⁵ Pág. 52.

⁶ Págs. 4 a 7, punto 2.3.

Penal no es “*el órgano inmediato superior común*” al que reenvían el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 23 de la LECriminal. Este punto ha sido desarrollado en el requerimiento de inhibición al Tribunal Supremo y aportado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que obra en el **doc. anexo nº 10**, que damos aquí por reproducido en su integridad.

8. El 27 de octubre de 2008 mi representada se personó en el referido Expediente 34/2008 e informó al Pleno de la Sala de lo Penal que en la misma fecha había presentado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo un requerimiento de inhibición, y solicitó que en tanto el Tribunal Supremo lo resuelve la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional suspenda la tramitación de la cuestión de competencia así como la práctica de cualquier diligencia que en el Expediente se hubiera dispuesto (**doc. anexo Nº 10**).

9. En escrito de fecha 7 de noviembre de 2008 he solicitado a la Sala que cualquier petición relacionada con este Expediente que haya sido presentada por alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, sea notificada a las restantes partes personadas, a fin de que puedan ser oídas por la Sala y ésta haga efectivo el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución antes de adoptar una resolución respecto de la petición que hubiere sido formulada (**doc. anexo Nº 11**).

En el transcurso de la misma mañana el Ministerio Fiscal dirigió un escrito al Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal, quien de inmediato ordenó suspender todos los señalamientos de todas las Secciones que ese día se estaban desarrollando, incluso con preso, convocó a todos los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala en sesión plenaria y les instó a aprobar en el acto la petición del Fiscal, sin permitir interrumpir la sesión para comunicar la misma a las demás partes personadas y darles oportunidad de ser oídas.

10. En el transcurso de la tarde del mismo día 7 de noviembre mi representada ha leído en Internet la información que se acompaña en el **documento anexo nº 12**, que informaba:

“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha suspendido cautelarmente la apertura de fosas de la Guerra Civil y el franquismo (...) Los 15 magistrados de la Sala han celebrado un Pleno extraordinario a petición de la Fiscalía en el que han adoptado la medida solicitada por el Ministerio Público. Los magistrados han apoyado la decisión por 10 votos a cinco. (...)"

Se reitera que ninguna de las diligencias del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 habían sido recurridas en reforma por ninguna de las Partes, incluido el Ministerio Fiscal.

11.- En la misma tarde del 7 de noviembre de 2008 mi representada interpuso un Recurso de Súplica (**doc. anexo nº 6**) contra la resolución comunicada por medios de prensa, e instó declarar su nulidad de pleno derecho. En fecha de hoy esta petición aún no ha sido resuelta.

12.- El 9 de noviembre de 2008 solicitó mi representada que los referidos diez Sres. Magistrados se abstuvieran de resolver el Recurso de Súplica así como de conocer y resolver el Expediente 34/2008 (**doc. anexo nº 13**). En fecha de hoy esta petición aún no ha sido resuelta.

13. El 12 de noviembre de 2008 ha sido notificado el Auto del día 7 anterior (**documento anexo Nº 19**). No lo ha sido, hasta la fecha, el escrito del Sr. Fiscal del que toma causa.

QUINTO.- La resolución es el resultado de una serie de decisiones cuya acumulación y complementariedad confirman que ha sido tomada a sabiendas de que es injusta y con el ánimo de obstruir la administración de justicia, a saber:

1º Los Sres. Magistrados querellados aún hoy todavía no han dado traslado a mi mandante –ni a las restantes partes personadas- de la petición formulada el 7 de noviembre de 2008 por el Sr. Fiscal;

2º ello a pesar de que otros cinco Magistrados les advirtieran durante la deliberación del 7 de noviembre del deber de ponerla en conocimiento de todas las partes antes de resolver sobre la misma;

3º a pesar, asimismo, de que en la mañana del 7 de noviembre de 2008 mi mandante presentó en el Registro de la Sección 1^a de la Sala de lo Penal la solicitud de que cualquier petición de alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, fuera notificada a las restantes a fin de ser oídas y hacer efectivo el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución (**doc. anexo Nº 11**).

Hasta un lego en derecho sabe que tal comportamiento es inaceptable en un Tribunal de Justicia digno de ese nombre. Los labriegos que forman parte del Tribunal de las Aguas de Valencia hace más de mil años que cada jueves pronuncian sus resoluciones solamente después de haber dado la palabra y oír a todas las partes.

“El delito de prevaricación requiere, ante todo, que la sentencia o resolución judicial pueda ser considerada ‘como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes’» (SS. T.C. (Pleno) de 18 diciembre, RTC 2003\229, FJ 17; de 15 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7176, FJ 3º)).

4º Los Sres. Magistrados han aceptado la dicha petición del Sr. Fiscal a pesar de haber sido presentada directamente al Pleno de la Sala al margen del procedimiento, y de que otros cinco Señores Magistrados les advirtieran durante la deliberación que

“los dos Autos y la Providencia de fechas 29 y 30 de octubre emitidos por el Juez central Instructor, que el Fiscal cita en su escrito, solo pueden ser impugnados mediante los recursos de reforma y de apelación del artículo 216 Lecrim., incluso cuando se pretenda denunciar su nulidad de pleno derecho (Art. 240 LOPJ), y el escrito presentado por el Ministerio Fiscal (...) no es un recurso.”

Como recuerdan las SS. del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7176, FJ 3º) y la del Pleno de 18 diciembre (RTC 2003\229, FJ 17):

“la prevaricación consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”.

5º Los querellados han aceptado, también, la petición del Sr. Fiscal de dirigir una orden al Juez Central de Instrucción a pesar de que otros cinco Magistrados de la misma Sala les advirtieran durante la deliberación que

“el artículo 12.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone: ‘No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan’”.

Como recuerdan las SS. del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1999 (RJ 1999, 7176, FJ 3º) y la del Pleno de 18 diciembre (RTC 2003\229, FJ 17):

“han de interpretarse las adjetivaciones utilizadas por la jurisprudencia respecto de la antijuridicidad de la resolución como «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «que puede ser apreciada por un lego», adjetivaciones que «suelen reemplazar a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho» (subrayado nuestro).

6º La motivación del Auto de 7 de noviembre de 2008 tergiversa los hechos de la causa y constituye un apartamiento grave de la ley. En efecto,

1. ni el escrito del Fiscal ni el Auto identifican, siquiera de manera indicaria, cuál podría ser “*el perjuicio irreparable*” ni quiénes serían las “*victimas*” de la práctica de las diligencias de investigación en curso.
2. los distinguidos y experimentados Sres. Magistrados no desconocen que para determinar la competencia objetiva (subrayado nuestro):

“debe atenderse a las pretensiones deducidas por las partes en sus escritos de calificación, pues así lo ha entendido esta Sala (STS de 24 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2436] y STS núm. 1931/2000, de 7 de diciembre [RJ 2000, 10147]), que también ha afirmado que son los delitos que se imputan a los

acusados los que han de tenerse en cuenta para determinar la competencia objetiva (STS núm. 2220/2001, de 26 de noviembre)” (S. núm. 976/2002 de 24 mayo, RJ 2002\7413 (Ponente Sr. Colmenero M. de Luarca, FJ 1º);

como tampoco desconocen que:

“Las normas que determinan la competencia para el enjuiciamiento de los hechos imputados parten de la previa delimitación del objeto del proceso. Desde el mismo podemos determinar la competencia para el enjuiciamiento. El objeto del proceso no es algo estático a lo largo del proceso, su configuración ha ido evolucionando desde la incoación del procedimiento. Así, un hecho con apariencia delictiva va perfilándose a lo largo de su andadura procesal, desde la incoación hasta las conclusiones definitivas en el juicio oral. Por exigencias del principio acusatorio se hace necesario que la acusación delimite en el escrito de calificaciones provisionales el hecho imputado del que se dará traslado a la defensa conformando el objeto del proceso de la causa abierta en fase de juicio oral. Por ello esas calificaciones determinan el objeto del proceso al inicio del enjuiciamiento y determina el órgano competente para el enjuiciamiento. Esta construcción supone, como dijimos en la STS de 24 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2436), que la competencia para el enjuiciamiento viene determinada por las pretensiones deducidas por las partes en los escritos de calificación.

“Evidentemente, el escrito de la acusación contiene un hecho en apariencia delictivo por el que se ejercita la acción penal, no es el hecho realmente acontecido pues éste lo obtendremos cuando se declare como hecho probado en una sentencia firme, pero se hace necesario determinar el órgano competente para enjuiciarlo lo que se efectuará en el escrito de calificación de la acusación que determinará la competencia de un órgano jurisdiccional u otro, sin perjuicio de otros momentos anteriores que a tenor de la investigación realizada permita una atribución competencia.

“Las modificaciones de las conclusiones provisionales que supongan una variación competencia aparecen parcialmente resueltas en las leyes procesales. (...) criterio que determina la continuación del procedimiento hasta su decisión por sentencia por el órgano jurisdiccional que ha conocido del juicio desarrollado en su presencia y que viene avalado por principios procesales de evidente transcendencia en el enjuiciamiento penal como el de conservación de actos y el de economía procesal” (S. núm. 1931/2000 de 7 diciembre, RJ 2000\10147, Ponente Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta, FJ único, 2).

7º La motivación del Auto tergiversa los hechos de la causa y constituye un apartamiento grave de la ley, asimismo, cuando invoca el Art. 22.2. de la LE Crim. para afirmar que la diligencias necesarias para la averiguación del delito son solamente “*aquellas que, de no realizarse contemporáneamente, frustrarían el fin mismo del proceso. Además, naturalmente, de la reconocida urgencia.”*

Los Sres. Magistrados no desconocen que en los casos de conflicto de competencia “*la norma contenida en el párrafo 2.º del Art. 22 de la Ley de*

Enjuiciamiento Criminal establece el principio de conservación de las diligencias necesarias para la comprobación del delito” (S. de 20 de febrero de 1997, RJ 1997\1565, FJ 2º).

Como recoge la STC (Pleno) de 18 diciembre (RTC 2003\229, FJ 17):

“la STS 1/1996 (RJ 1997, 5426) (causa especial núm. 2830/94) (...) [afirma], con cita de la STS 1/1996, que la injusticia se da cuando «quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate», que «el juez... sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita», y que «puede recurrir, según su parecer, al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión deberá provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece».

8º Los Señores Magistrados querellados al parecer han ejecutado el referido Auto de 7 de noviembre de 2007 al margen del procedimiento, a sabiendas de que sus resoluciones deben ser ejecutadas por el Juzgado Central de Instrucción del que dimana el Sumario.

Así, por ejemplo, el Juzgado de Instrucción nº 17 de Valencia devolvió sin cumplimentar el exhorto del Juzgado Central afirmando que había sido dejado sin efecto por la meritada resolución de 7 de noviembre de 2008 (**doc. anexo nº 14**), siendo así que el Juzgado Central no se la había comunicado como se desprende de la Providencia que obra en el **doc. anexo nº 15**. Igual ha ocurrido en Córdoba (**doc. anexo nº 16**), con manifiesto trato degradante a las víctimas.

9º Formulada el 9 de noviembre de 2008 respetuosa proposición de recusación invocando los artículos 219.10º, 223, 224 y 225 y ss. de la LOPJ (**doc. anexo nº 13**), los Sres. Magistrados al parecer han resuelto continuar formando Sala a fin de deliberar y resolver, según parece desprenderse del tenor de la resolución adoptada el 10 de noviembre de 2008 (**doc. anexo nº 17**). Ello a pesar de saber que hasta que se decida el incidente de recusación quien continuará con la tramitación de la causa es el que legalmente sustituye al recusado (Art. 225.4 de la LOPJ).

SEXTO.- En los escritos del Sr. Fiscal de 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008 se pide en base a cuestiones de fondo que está vedado resolver en un incidente sobre competencia, que el Pleno de la Sala de lo Penal aborte la investigación de crímenes contra la Humanidad cometidos en España. Así:

1.- El escrito de 21 de octubre de 2008 pide declarar la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción en base a la prescripción y/o amnistía de los delitos. Sin

embargo, según la doctrina del Tribunal Supremo una cuestión de competencia no es el cauce adecuado para dilucidar cuestiones de previo pronunciamiento, de fondo. Así:

- la Sentencia de 6 de marzo de 1994 (Jur 1994\1851, Ponente Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido) estudió una cuestión de competencia seguida por los trámites del artículo 45 de la LECrim. (*«las declinatorias se sustanciarán como artículos de previo pronunciamiento»*). La Sala consideró que (subrayado nuestro)

“en el sistema tradicional de la LECrim, en el que el artículo 45 se articula, las Audiencias adquieren competencia propia y exclusiva -no de mera superioridad y control de la ejercida por el Juez de Instrucción-a partir del plenario, iniciado tras el auto de apertura del juicio oral, razón por la que se prevé que todas las cuestiones que puedan afectar al conocimiento sucesivo de la causa por el Tribunal que habrá de enjuiciarla, sea por razón de la materia o lugar que determinen otra competencia, sea por defectos o decaimiento de la acción penal, que impidan aquel enjuiciamiento, habrán de plantearse por las partes como cuestión previa -«artículos de previo pronunciamiento»- dentro de los tres días primeros del término para evacuar su calificación”;

Esta doctrina es aplicable, asimismo, a las cuestiones de competencia seguidas por el cauce del artículo 23 de la LECriminal. En efecto,

- en los Autos de 1 de julio de 1998 (RJ 1998\8192) y en Auto de 6 de abril de 1998 (RJ 1998\3155), sobre una cuestión de competencia negativa entre el Juzgado de Instrucción de Barcelona y el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, que declaró la competencia de este último por aplicación del Art. 65, c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los que fue Ponente el Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido, la cuestión de competencia planteada por el cauce del artículo 23 de la LECrim fue desestimada, desde el punto de vista material, en base a que el fundamento de la pretensión “*constituye una cuestión de fondo que no cabe entrar a valorar en el reducido límite de esta reclamación*”;

- en el Auto de de 29 de noviembre de 2007 (RJ 2008\1076, Ponente Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo), donde se planteaba un conflicto de competencia negativo entre dos Juzgados de Instrucción en un delito permanente, la Sala considera (subrayado nuestro)

“por lo que tanto si se produjo, si así fue, en Roquetas que dice el detenido allí se lo entregaron, como en Madrid, así se está en el caso de aplicar, partiendo de la jurisprudencia de esta Sala (ver auto de 23.3.07 entre otros) el Art. 14.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (...). Esta Sala, en el pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, ha resuelto que, a efectos de la fijación de la competencia, el delito se habría cometido en cualquiera de los lugares de realización de alguno de los elementos del tipo. Y, por tanto, corresponderá la instrucción de la causa al primero de los que, eventualmente competentes, conforme a este criterio, hubiera empezado a actuar”;

- en el Auto de 23 de febrero de 2007 (JUR\2007\131537, Ponente Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado) la Sala consideró:

“(...) Los hechos investigados en las D. Previas que ha dado lugar a esta cuestión de competencia negativa revisten en una calificación provisional, caracteres de un delito (...). Así las cosas y acorde con la doctrina expresada procede resolver la presente cuestión de competencia negativa atribuyendo la competencia al Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional, y lo dispuesto en el Art. 65.1º 1º b de la LOPJ, en relación con el Art. 88 del mismo cuerpo legal.”

- En igual sentido se pronuncian los Autos de 23 de febrero de 2007 (JUR\2007\131536) o de 23 de marzo de 2007 (JUR\2007\131534), entre otros.

**

2.- Los hechos investigados tienen la naturaleza de delitos de genocidio y crímenes contra la Humanidad cometidos en España. Sus tipos penales constitutivos son anteriores a la Sentencia de 1946 del Tribunal Internacional de Nüremberg; en el momento de cometerse eran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional, violan normas de *ius cogens* y son imprescriptibles.

La Sentencia del Tribunal de Nüremberg⁷ consideró que los crímenes contra la Humanidad empezaron tras la llegada de los nazis al poder en 1933 (asesinato de oponentes al nazi-fascismo y campos de concentración para los mismos, etc.).⁸

Por su parte, el Convenio contra el Genocidio de 1948 no instituye ni crea este delito sino que, como afirma el artículo primero del Convenio, “*constata*” su existencia.

El Estado de Israel nace en 1948. En 1961 y 1962, en el “caso Eichmann”, sus Tribunales de Justicia consideraron imprescriptibles los crímenes contra la Humanidad cometidos por el nazi-fascismo a partir de la delegación legislativa

⁷ El texto íntegro de la Sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp

⁸ “*With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt. To constitute crimes against humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any crime within the jurisdiction of the Tribunal. The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime. The Tribunal therefore cannot make a general declaration that the acts before 1939 were crimes against humanity within the meaning of the Charter, but from the beginning of the war in 1939 war crimes were committed on a vast scale, which were also crimes against humanity; and insofar as the inhumane acts charged in the Indictment, and committed after the beginning of the war, did not constitute war crimes, they were all committed in execution of, or in connection with, the aggressive war, and therefore constituted crimes against humanity”.*

aprobada por el Reichstag el 24 de marzo de 1933, consistentes en actos directos de violencia organizada contra los bienes y las personas que el régimen identificó a este fin.

**

3.- Las alegaciones en torno al principio *nullum crimen sine lege* que formula en su escrito de 21 de octubre de 2008 el Sr. Fiscal fueron ya opuestas por la defensa de los principales dirigentes nazis y del Ejército alemán durante el juicio de Nüremberg, y desestimadas en la Sentencia en los términos que se reproducen en el **doc. anexo nº 18**.

En el Estado español estaban vigentes el 17 de Julio de 1936 las normas internacionales en que está fundamentada la Sentencia de Nüremberg. La propia Constitución española de 1931 proclamaba en su Artículo 6: “*España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional*”, y en el Artículo 7: “*El Estado español acatará las normas universales del Derecho internacional, incorporándolas a su derecho positivo.*”

**

4.- La Sentencia del TEDDH de 22 de marzo de 2001 (caso Streletz y otros c. Alemania), ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a antiguos dirigentes de la República Democrática de Alemania por inducción al asesinato de quienes intentaban atravesar el muro de Berlín, aplicando los tribunales de la RFA el derecho penal de la RDA vigente en la época de los hechos.

Esta doctrina es aplicable en los supuestos bajo investigación en el Sumario 53/2008, *mutatis mutandi* las normas penales vigentes en España aplicables en la época de los delitos masivos y sistemáticos investigados.

**

5.- El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, dispone:

1. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.*

2. *Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*.

Está vigente en España desde el 27 de julio de 1977. Es *self-executing* dado que la legislación penal interna sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada los convierte en genocidio y crímenes contra la

Humanidad (asesinatos, violaciones, lesiones corporales, expolio de bienes, desplazamiento forzoso de población, etc.).

**

6.- La Ley de Amnistía, de 15 de Octubre de 1977, no ha derogado el entonces ya vigente Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y tampoco el artículo 96.1⁹ de la Constitución lo permite.

En conformidad con el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, no puede ser interpretada una Ley interna en oposición a lo dispuesto en el artículo 15 de un tratado internacional, como es el referido Pacto Internacional de DDCC y PP. En concreto, en el caso de las detenciones seguidas de desapariciones la Comisión Europea de DD. HH. ha considerado en el caso Chipre c. Turquía, Sentencia de 10 de mayo de 2001, que

“127 La Comisión ha observado que (...) el artículo 2 [del CEDDHH] impone a las autoridades del Estado demandado la obligación positiva de llevar a cabo una investigación efectiva sobre las circunstancias en que tuvieron lugar las desapariciones. Además, esta obligación tiene un carácter continuado puesto que podría acaecer que los desaparecidos hubiesen hallado la muerte por causa de crímenes imprescriptibles.”

“1. (...) el Tribunal observa que las pruebas corroboran la alegación del gobierno demandante según la cual numerosas personas aún desaparecidas habían sido detenidas por fuerza turcas o chipriotas turcas en la época en que las operaciones militares se acompañaban de arrestos y asesinatos en gran escala. (...).

2. Es indiscutible que tal fue el contexto en que tuvieron lugar las desapariciones. El Tribunal no puede sino observar que las autoridades del Estado demandado jamás abrieron ninguna investigación sobre las quejas de las familias de los desaparecidos según las cuales se habría perdido el rastro de estos últimos cuando se hallaban detenidos en circunstancias que había razones reales para temer sobre su suerte. (...)

3. A la vista de lo que precede, el Tribunal concluye que ha habido violación continuada del artículo 2 en cuando que las autoridades del Estado demandado no han llevado a cabo una investigación efectiva dirigida a hacer la luz sobre la suerte de los chipriotas griegos que han desaparecido en circunstancias que ponían su vida en peligro, ni sobre el lugar donde se hallaban”.

En esta Sentencia el Tribunal concluye, asimismo, que el Estado demandado ha violado en forma continuada los artículos 3, 4, 5, 8 y otros artículos del CEDDHH.

⁹ “I. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.”

**

7.- El artículo 13 del Convenio europeo de DD. HH. confiere a las partes demandantes el derecho a un recurso efectivo, “*incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*”.

La injusta resolución adoptada por los Sres. Magistrados querellados deniega a mi mandante su derecho a un recurso efectivo en relación con los crímenes contra la Humanidad que se investigan.

**

8.- No cabe confundir “causas generales”, como hace el Sr. Fiscal, con delitos cometidos por varias personas, incluso numerosas.

El derecho penal exige que la investigación del delito determine qué personas pudieron intervenir en su realización como autores, inductores, o cómplices. Una tarea que corresponde al Juzgado Instructor.

**

9.- Es aplicable a los hechos investigados en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Inst. Nº 5 la reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD.HH. sobre la desaparición forzada en relación con la violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de DD. HH.. Así, a modo de ejemplo,

- en el caso Gongadze v. Ukraine¹⁰, donde la demandante es la viuda de una persona desaparecida, el Tribunal concluye que ha habido violación de los arts. 2; 3 y 13 del Convenio:

“El Tribunal observa que si bien el miembro de la familia de una “persona desaparecida” puede reclamar ser víctima de un tratamiento contrario al artículo 3 (ver Kurt v. Turkey sentencia, §§ 130-34), el mismo principio usualmente no se aplicaría a situaciones en las que la persona detenida ha sido posteriormente hallada muerta (ver, por ejemplo, Tanli v. Turkey, no. 26129/95, § 159, ECHR 2001-III (extractos)). En el último caso la Corte limitaría sus consideraciones al Artículo 2. Sin embargo, si el período de desaparición inicial es largo ello puede, en ciertas circunstancias, dar origen a una cuestión distinta en relación con el Artículo 3 (ver Gongadze v. Ukraine, no. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005-...).”

¹⁰ No. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, puntos 184-186, subrayado nuestro.

- la misma doctrina es reiterada en el caso Luluyev and Others v. Russia, Sentencia de 9 de noviembre de 2006, punto 114;

- en el caso Timurtas v. Turkey, no. 23531/94, § 95, ECHR 2000-VI, Sentencia de 13 de junio de 2000, en el que la demandante es la madre de un detenido desaparecido, el Tribunal concluye que (subrayado nuestro)

- hay violación del art. 2: “*4. Por las razones antes expuestas, el Tribunal considera que Abdulvahap Timurtaş debe presumirse que murió después de su detención, reconocida por las fuerzas de seguridad. Consiguientemente, la responsabilidad del Estado por su muerte está comprometida. Habida cuenta que las autoridades no han entregado ninguna explicación sobre lo que ocurrió después de la detención de Abdulvahap Timurtaş y que no se apoyan en ninguna causa que justifique el uso de fuerza letal por sus agentes, la consecuencia es que su muerte es atribuible al Estado demandado (ver Çakıcı, loc. cit., § 87). Por ello ha habido violación del Artículo 2 en este punto.”*
- hay violación del Art. 3: “*5. Considerando, finalmente, la angustia del demandante sobre la suerte de su hijo hasta el día de hoy, el Tribunal considera que la desaparición de su hijo equivale a un trato inhumano y degradante contrario al Artículo 3 del Convenio en relación con la demandante.*”
- hay violación, asimismo, de los artículos 5 y 13 del Convenio.

- En el caso Khachiev contra Rusia, la Sentencia de 24 de febrero de 2005 considera que se ha violado el artículo 13 del Convenio:

“182. El Tribunal recuerda que el artículo 13 del Convenio (RCL 1999\1190, 1572) garantiza la existencia en derecho interno de un recurso que permite aprovecharse de los derechos y libertades del Convenio, tal y como éste los consagra. Esta disposición tiene pues como consecuencia exigir un recurso interno que capacite para examinar el contenido de la «queja defendible» fundada en el Convenio y ofrecer la reparación apropiada, incluso si los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación en cuanto a la manera de conformarse a las obligaciones de que impone esta disposición. El alcance de la obligación que el artículo 13 hace recaer en los Estados contratantes varía en función de la naturaleza de la queja del demandante. No obstante, el recurso exigido por el artículo 13 debe ser «efectivo» tanto en la práctica como en derecho, en el sentido de que no debe obstaculizarse su ejercicio injustificadamente mediante actos u omisiones de las autoridades del Estado demandado (Sentencias Aksoy [TEDH 1996\72], previamente citada, ap. 95 y Aydin contra Turquía de 25 septiembre 1997 [TEDH 1997\77], Repertorio 1997-VI, ap. 103).

“183. Teniendo en cuenta la importancia fundamental de los derechos que garantizan los artículos 2 y 3 del Convenio (RCL 1999\1190, 1572), el artículo 13 exige, además del pago de una indemnización cuando proceda, una investigación profunda y efectiva que lleve a la identificación y la sanción de los

responsables de infilir la muerte o los tratos contrarios al artículo 3 y que implique un acceso efectivo del denunciante al procedimiento de investigación (ver Sentencias Avsar [TEDH 2001\447], previamente citada, ap. 429, y Anguelova contra Bulgaria [JUR 2002\158627], núm. 38361/1997, ap. 161, TEDH 2002-IV). El Tribunal recuerda asimismo que las exigencias del artículo 13 son mayores que la obligación de efectuar una investigación efectiva que el artículo 2 impone a los Estados Contratantes (ver Sentencia Orhan contra Turquía [JUR 2002\158770], núm. 25656/1994, ap. 384, 18 junio 2002, TEDH 2002).

“2. Aplicación en el presente caso

“184. Teniendo en cuenta las conclusiones sobre las quejas basadas en los artículos 2 (RCL 1999\1190, 1572) y 3, el Tribunal no puede sino concluir con el carácter «defendible» de éstas a efectos del artículo 13 (Sentencia Boyle contra Rice contra Reino Unido de 27 abril 1988 [TEDH 1988\6], serie A núm. 131, ap. 52). A efectos de esta disposición, los demandantes deberían pues haber podido ejercer un recurso efectivo tanto en teoría como en la práctica, es decir, un recurso que condujese a la identificación y el castigo de los responsables y a la concesión de una indemnización.

“185. Ahora bien, en la medida en que la investigación penal sobre las muertes acaecidas en circunstancias dudosas resultó ineficaz debido a la falta de objetividad y de minuciosidad (apartados 156 a 166 supra), consiguiendo así que todos los demás recursos que podían existir fuesen ineficaces, incluidos los de naturaleza civil mencionados por el Gobierno, el Tribunal se ve obligado a constatar que el Estado faltó a sus obligaciones derivadas del artículo 13.

“186. En consecuencia, hubo violación del artículo 13 del Convenio (RCL 1999\1190, 1572).”

**

10.- Las actuaciones del Juzgado instructor son conformes con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 24.2 de la Constitución.

En este sentido, la Sentencia de 8 de noviembre del 2006 (JUR 2008\149629) establece la constitucionalidad de las actuaciones llevadas a cabo por el juez instructor, en contra de la nulidad que el Ministerio Fiscal promovía.

Los escritos del Sr. Fiscal de 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008 esta doctrina y también la sentada en las Sentencias de la Sala de 6 de febrero del 2001, 25 de enero del 2001, 18 de febrero 2005, Auto de 8 de mayo del 2008 (JUR 2008\149629), así como en las Sentencias del Tribunal Constitucional 47/1983, 43/1984, 43/1988, 93/1998 y 35/2002, entre otras.

SÉPTIMO.- Tipificación de los hechos, jurisprudencia y doctrina.

Los hechos en el inciso QUINTO (página 6) constituyen un presunto delito de prevaricación de Magistrados tipificado en el artículo 446.3º del Código Penal.

Jurisprudencia

La regulación vigente no exige elemento subjetivo alguno en la prevaricación. Habrá prevaricación dolosa si el Juez dicta una resolución injusta y lo hace de modo consciente, pero el objetivo perseguido con ésta es irrelevante, sin negar que pueda jugar un gran papel.

La Sentencia de la Sala II de **11 de diciembre de 2001**, Ponente D. Joaquín Giménez García (RJ 2002\1792), confirma la condena a un Magistrado Presidente de una Sala de lo Penal, y no estima necesario probar que el prevaricador fuese consciente de estar obrando injustamente, al entender que lo decisivo para resolver un conflicto es la ley y no la conciencia del Juez, y acude a una teoría objetiva clásica:

FJ 5º: “*(...) En la medida que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del derecho, es claro que como se afirma en la reciente sentencia de esta Sala, ya citada, 2/1999, de 15 de octubre «... en la motivación de las resoluciones prevaricatorias predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto. Por estas razones, es preciso proceder cuidadosamente en el traslado de las exigencias que debe cumplir el acto prevaricante, dado que los adjetivos utilizados por la jurisprudencia, han sido esencialmente forjados con relación a prevaricaciones de funcionarios, que, por lo general no son técnicos en derecho. Ello explica que en algunos casos se haya exigido que la arbitrariedad sea “específica” o que “pueda ser apreciada por cualquiera” ... pero un Juez, que tiene la máxima cualificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario...».*

“*En relación al elemento subjetivo concretado en la expresión «a sabiendas» que emplea el tipo penal es evidente que desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado Presidente de una Sección Penal de la Audiencia Provincial de Barcelona, y como tal conocedor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal –con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal–, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad”*

“*la determinación de la injusticia no radica en que el auto la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles (...)*

“*La injusticia de una resolución en el sentido objetivo que se sostiene no depende de la posibilidad de subsanación a través del sistema de recursos. Es cierto que la grave desviación que supone una resolución injusta puede ser revocada si es recurrida, pero el recurso no elimina ni sana el injusto típico realizado por el juez o tribunal, por ello la exigencia de que la resolución sea*

firme ni la exige el tipo penal ni puede estimarse como requisito de perseguitabilidad’.

La referida Sentencia de **15 de octubre de 1999** (RJ 1999\7176, Causa Especial 2490/1997) acepta la tesis objetiva, se acerca a la teoría de los deberes del Juez, que atiende a la obligación de éste de buscar la solución más justa de las procesalmente posibles, que permite perseguir conductas en las que el juzgador malinterpreta o abusa del derecho, respetando éste tan sólo formalmente, y agrega la Sentencia que

“el delito de prevaricación consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”, y “quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho en la forma prevista en el Art. 117 CE”,
“una motivación que tergiversa los hechos de la causa constituye un apartamiento grave de la ley.”

Consumación del delito: la prevaricación judicial activa es un delito de mera actividad y de lesión. Se consuma la prevaricación cuando se realiza la conducta típica de ‘dictar una resolución injusta’.

La resolución se dicta, en sentido jurídico procesal, cuando se une a las actuaciones, pues la introducción en el proceso de una decisión injusta obstruye el correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

Cuando el órgano judicial es colegiado, el momento consumativo será igualmente aquel en que el acuerdo colegiado se une a las actuaciones. La unión de la resolución a las actuaciones forma parte y agota la acción típica del dictado, de manera que desde entonces no cabrá tentativa¹¹

Doctrina

RUDOLPHI estima que cometer una prevaricación supone una lesión del deber que obliga al Juez a actuar en interés de la verdad y del imperio del derecho. El deber judicial de garantizar y hacer prevalecer el derecho determina que serán injustas aquellas resoluciones que no respetan las normas que el ordenamiento prevé para la interpretación y aplicación del derecho. La posibilidad de hallar una prevaricación dependerá de la forma en que el Juez llegó a su decisión, pues se deben respetar las reglas de aplicación jurídica. El juez tiene que buscar la interpretación más adecuada al caso objeto de enjuiciamiento, sin que baste cualquier solución formalmente correcta.¹²

MUÑOZ CONDE estima que la injusticia de la resolución debe valorarse en atención a los postulados de justicia material y no puramente formalistas.¹³

¹¹ FERRER BAQUERO, op. cit., pp. 190-192. GONZALEZ CUSSAC (J.L.): El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios, Valencia, Tirant lo Blanch, 2^a edición, 1997. pp. 29 y 129.

¹² RUDOLPHI (H.): “Zum Wesen der Rechtsbeugung”, en ZStW, 1970, p. 611.

¹³ MUÑOZ CONDE (F.): Derecho Penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p. 705.

Para GARCÍA ARÁN, los conceptos de legalidad y justicia, y de ilegalidad e injusticia, se acercan de tal forma que una aplicación correcta de la legalidad no puede producir una injusticia, **ni puede ser justa una resolución que infrinja la legalidad.**¹⁴

Para FERRER BARQUERO la teoría objetiva matizada o de los deberes, a la que parece acercarse la reciente jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, “*una resolución es injusta, aunque jurídicamente sea defendible, si el método de aplicación jurídica seguido por el Juez no respeta el deber al que obliga el cargo, es decir, si burla, de algún modo, el espíritu de las normas y atiende a depravados fines personales (...) para apreciar una prevaricación judicial, en primer lugar, debe establecerse si la resolución controvertida ha provocado alguna lesión del objeto de tutela –y entonces habrá consumación delictiva-, o al menos un inicio de actuación adecuadamente dirigida a tal fin –habrá tentativa-. Es decir, la resolución injusta debe pretender alguna suerte de obstrucción de la Administración de Justicia.*”¹⁵

Para MUÑOZ CONDE, BENEYTEZ O FERNÁNDEZ ESPINAR la expresión “a sabiendas” excluye el dolo eventual en la prevaricación del Art. 466 del C. Penal.¹⁶

OCTAVO.- Como diligencias que se deberán practicar indicamos las siguientes:

1. Que se tome declaración a los Señores Magistrados querellados;
2. que se tome declaración, en calidad de testigos, a los restantes miembros de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que participaron en la reunión del 7 de noviembre de 2008, acerca de los hechos expuestos en el punto 9 del acápite CUARTO del presente escrito y en los puntos 8º y 9º del acápite QUINTO;
3. que el Sr. Secretario de la Sala de lo Penal informe
 - a. de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia o instancia judicial, que constara haber planteado cuestión de competencia al Juzgado Central de Instrucción Nº 5;
 - b. de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia, que constara estar investigando los mismos delitos que el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 sin haber planteado cuestión de competencia;
 - c. de la identidad de los Señores Magistrados asistentes a la reunión del Pleno de la Sala de 7 de noviembre de 2008 que fueron del parecer de

¹⁴ GARCIA ARAN (M.): La prevaricación judicial, Madrid, Tecnos, 1990, p. 116.

¹⁵ FERRER BARQUERO (R.): El delito de prevaricación judicial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 138-139.

¹⁶ MUÑOZ CONDE (F.): op. Cit., 12ª edición, p. 878; BENEYTEZ MERINO (L.), en la obra colectiva (Dir. Conde Pumpido Ferreiro, C.): Comentarios al C. Penal. Doctrina y jurisprudencia, Madrid, Trivium, 1997, p. 4185; FERNANDEZ ESPINAR (G.): “La prevaricación judicial: de la teorización a su plasmación efectiva en la tipificación sustantiva”, en La Ley, 1993-3.

- a) que la petición del Sr. Fiscal no fuera notificada a las demás partes personadas antes de ser resuelta;
 - b) que éstas no fueran oídas antes de pronunciarse sobre la petición del Sr. Fiscal;
 - c) que se eximiera al Sr. Fiscal de interponer recurso de reforma ante el Juzgado Central de Instrucción antes de recurrir al Pleno de la Sala a impugnar las diligencias sobre las que versó la deliberación del día 7 de noviembre de 2008;
4. que el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y de cada una de las Secciones de la misma informe
 - a) de los señalamientos previstos para el 7 de noviembre de 2008;
 - b) de los señalamientos suspendidos en esa fecha, identificando el objeto de cada uno de los mismos, la causa de su suspensión, la hora de la misma, quién la ordenó y la finalidad alegada para ello;
 5. que el responsable del Registro correspondiente de la Sala de lo Penal informe de la fecha y hora en la que el Sr. Fiscal presentó el escrito dirigido a la Sala de lo Penal y deliberado en la reunión del Pleno de 7 de noviembre de 2008;
 6. que se recabe informe del Juzgado Central de Instrucción nº 5, y, en particular, sea éste oído acerca de si el Sr. Fiscal ha impugnado jamás ante el Juzgado alguna de las resoluciones acordadas en las Diligencias Previas 399/2006 y/o en el subsiguiente Sumario 53/2008, con indicación, en su caso, del recurso que aquél hubiere interpuesto y la resolución acordada por el Instructor.
7. Las demás pruebas que procedan.

Por lo anterior

A LA SALA SUPlico: Que tenga por presentado este escrito con poder especial y los otros diez y nueve documentos anexos, mediante el que se formula querella contra las personas expresadas en el inciso tercero; se digne admitirla, ordene que se incoen diligencias previas y que sean practicadas las diligencias indicadas en el inciso octavo.

Madrid, 17 de noviembre de 2008
Ldo. Joan E. Garcés
Colegiado Nº 18.774. Madrid