

Secretaría: Ilma. Sra. Da. María Antonia Cao Barreda
Rº de queja: 5/20150/2009
Audiencia Nacional (Pleno)
Expte. 34/2008 sobre competencia

**A LA SALA SEGUNDA, DE LO PENAL,
DEL TRIBUNAL SUPREMO**

Doña M^a JOSE MILLAN VALERO, colegiada 109,
Procuradora de los Tribunales y de D. TEOFILO GOLDARACENA RODRIGUEZ, DNI 15812245 K Y D. ANGEL RODRIGUEZ GALLARDO, DNI. 00.806.109-M, como Presidente de ASOCIACION MEMORIA HISTORICA DO 36 DE PONTEAREAS, según consta acreditado en el presente recurso de queja, comparezco ante la Sala y, en tal representación, respetuosamente, DIGO:

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene sentado que tienen derechos a formular propuesta de recusación quienes tengan derecho a ser parte *"una vez que se personen en el proceso de que se trate"* (Auto núm. 109/1981 de 30 octubre (Pleno), RTC 1981\109 AUTO, FD 1º; Sentencia núm. 47/1982 (Sala Segunda), de 12 julio, RTC 1982\47, FD 3º).

A su vez, el artículo 223 de la LOPJ dispone que *"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."*

En el presente acto mi representado, firmante del presente escrito, formula respetuosa recusación de los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Luciano Varela y los Excmos. Sres. Martínez Arrieta y Colmenero Menéndez de Luarca, y solicitan que estos se inhiban de formar parte de la Sala que deliberará y resolverá el presente recurso de queja.

Según indicios concordantes, que luego se dirán, concurre una acción -que a juicio de mi representado parece concertada a diversos niveles- dirigida a obstruir el ejercicio de los derechos cívicos de mi representado e invalidar el derecho al juez predeterminado por la ley en la causa por crímenes contra la Humanidad en la que es parte acusadora como acusación particular. Ello mediante

- 1) la orden directa, al margen de los recursos establecidos en la Ley, dada al Juez Instructor para que no investigue los crímenes contra la Humanidad más graves cometidos en la Historia de España, todos impunes. A este fin se ha utilizado primero, irregularmente, el art. 23 de la LECriminal ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 2 de diciembre de 2008 del que toma causa el presente procedimiento, y
- 2) en una fase posterior, trata de activar el efecto del art. 114 de la LECriminal -mediante la imputación de delito al Juez Instructor- a fin de impedir -o dilatar- que mi representado pueda acceder a resolver mediante el regular cauce de la casación la anterior decisión de la Audiencia Nacional;
- 3) y apartar, en definitiva, al Juez Instructor del conocimiento e investigación de los referidos delitos.

Si los recusados no se abstuvieren, formulada como está su recusación desde esta fecha, deberá seguir la propuesta de recusación los trámites establecidos en la ley.

Fundamenta mi representado esta petición en los hechos y comienzos de prueba que expongo a continuación, y en la causa legal del art. 219,

10º y 11º, de la LOPJ en cuanto a los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Luciano Varela y los Excmos. Sres. Martínez Arrieta y Colmenero Menéndez de Luarca.

Formulo la recusación cuando están reunidos elementos para apreciar el comportamiento de los recusados.

Baso mi pretensión en los arts. 24 y 10.2 de la Constitución en relación con el art. 6.1¹ del Convenio para la protección de los DD.HH. y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; los arts. 217, 218.2º, 221.1, 219.10ª, 219.11º, 223 y concordantes de la LOPJ, y los siguientes antecedentes y motivos.

Antecedentes

1. Mi representado ejercitan en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 la acusación en calidad de perjudicado (junto con otros) por los presuntos delitos de detenciones ilegales, desapariciones forzadas, masivas, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra, genocidio, etc., según consta en las respectivas denuncias formuladas dentro de dicho procedimiento (folios número 1 a 113).

2. En su calidad de víctima presente por razón de estos delitos, ya que de ellos no se ha dado razón oficial ni paradero concreto de los muertos, mi representado ha formulado peticiones de incorporación de españoles que, según el informe general que fue elaborado informáticamente actualmente ascenderían a 152.237 personas, sin perjuicio de la investigación que, en rigor mejor

¹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...).”

corresponda, que se encuentran en desconocido paradero; pedida la exhumación de algunas de estas víctimas de las que, previas investigaciones privadas, se ha llegado a tener conocimiento; pedida información de los posibles nombres correspondientes a represaliados y desaparecidos que pudieran obrar en los archivos y registros de los ayuntamientos, comunidades autónomas, diputaciones provinciales, universidades, etc., etc., lo que acredita con los mismos documentos anexos foliados.

En escrito de 26 de enero de 2009 el denominado Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias" interpuso querella por presunto delito de prevaricación contra el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 "*en relación con las Diligencias Previas 399/2006, convertido posteriormente en Sumario 53/08*" (página 1). La querella (Causa Especial N° 20048/2009) identifica como origen de la misma el siguiente hecho:

"El 14 de diciembre de 2006 se presentaron ante la Audiencia Nacional distintas DENUNCIAS referidas a supuesto delitos de Detención Ilegal respecto de personas (...). Al día siguiente, esto es, el 15 de diciembre de 2006, fueron estas denuncias turnadas al Juzgado Central de Instrucción nº 5 (...)"

"Entre el 15 de diciembre de 2006 y 6 de octubre de 2008 (...) se fueron acumulando sucesivas denuncias presentadas por diferentes personas o entidades y que fueron acumuladas en las citadas Diligencias dado que, al parecer, todas ellas se refieren al mismo tipo de supuesto delito de detención ilegal, y al mismo período temporal de comisión que las originarias de 14 de diciembre de 2006." (Hechos 7º y 8º).

En efecto, las "denuncias" fueron interpuestas por mi representado y las personas que, en escrito de 2 de junio de 2009, han confesado ante este Alto Tribunal en la causa incoada por "Manos Limpias" ser "*causa última, mediata e inmediata de los presuntos delitos imputados en el presente procedimiento, en calidad de inducción y cooperación necesaria*". La relación material o sustantiva la han acreditado en las copias

aportadas al escrito del 2 de junio de dicha causa Especial N° 20048/2009, a saber:

Denuncia formulada
por

Páginas

D. Teofilo Goldaracena Rodríguez	35, 38, 42, 43, 70, 89, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Francisco Javier Jiménez Corcho	42, 61, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Julián de la Morena López	96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Marcial Muñoz Sánchez (en nombre de Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo) .	37, 38, 39, 40, 42, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 64 71, 87, 90, 91, 99, 113, 130	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. Antonio Ontañón Toca, en nombre de la Asociación Héroes de la República y Libertad	73	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. José Antonio Carrasco Pacheco, Presidente de Associació Cultural Memòria i Justicia d'Elx i Comarca".	74, 91, 96	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
"Nuestra Memoria, Sierra de Gredos y Toledo"	31, 33, 38, 39, 40, 42, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 64, 75, 76, 78, 79, 80, 91, 109	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
Recuperación de Memoria Histórica de Arucas.	31, 44, 47, 50, 52, 55, 57, 60, 64, 66, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 90, 91, 113, 120, 122, 127	Firma el escrito de denuncia de 2 -06 - 2009
Memoria Histórica do 36 de Ponteareas	32, 36, 34, 47, 50, 52, 53, 54, 55, 57, 60, 62, 64, 75, 76, 77,	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009

	78, 79, 80, 90, 91, 113, 118, 120, 122, 127	
D. Francisco Sánchez García, en nombre de Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga.	96, 108, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06- 2009
Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló.	74, 91, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
D. José María Rojas Ruiz, en nombre de Izquierda Republicana de Castilla y León.	96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
AFFDNA36	89, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009
SALAMANCA MEMORIA Y JUSTICIA	71, 96, 113	Firma el escrito de denuncia de 2-06-2009

Los mismos hechos han sido aportados por mi representado en la causa abierta a instancia de "Libertad e Identidad".

Fue, pues, aportada la prueba documental de que mi representado es (junto con los otros reseñados) la causa material y sustantiva de las resoluciones que ha adoptado el Instructor, incluida, en particular, la conexión entre la insurrección armada contra el Gobierno legalmente constituido como medio para cometer los crímenes de lesa Humanidad investigados por el Juez, según quedó ampliamente documentado en el escrito que mi representado (y otros) aportaron al Juez

Instructor en fecha 22 de Septiembre de 2008, a saber

- la tesis inédita de D. Rafael Gil Bracero sobre la trama conspirativa;
- el informe depositado en el Archivo Militar de Ávila del que fue autor el T.C. de la época D. Emiliano Fernández Cordón;
- las citas sobre la "Historia de la Cruzada Española", de Joaquín Ararás Arribaren;
- la desvertebración de las instituciones republicanas con exterminio de sus cargos, según detallado examen del historiador Joan Serrallonga i Urquidi;
- el exterminio del adversario político, documentado por el magistrado Sr. Del Águila Torres;

todo ello ya unido a la causa de "Manos Limpias" por remisión del Juzgado Central de Instrucción nº 5 según informó la prensa.

Asimismo, mi representado se encuentra entre quienes aportaron al Juzgado Central de Instrucción nº 5:

- el examen del carácter de milicia auxiliar de la Falange Española y de las Jons, con la aportación de normas de rango legal que lo reflejan y quedaban recogidas en el recién creado B.O.E., a iniciativa de los militares sublevados; más un inicial informe recogiendo las fuentes de la general existencia de víctimas producidas en todo el territorio español, realizado por el historiador Sr. Espinosa Maestre, acompañado al escrito fechado el 28 de Julio de 2008, también incorporado;

- el amplio informe forense del profesor de Medicina Legal, Sr. Echeverría Gabilondo, igualmente aportado en fecha 22 de Septiembre de 2008, que reflejaba la sistematicidad de la muerte en los desaparecidos exhumados; etc .

Mi representado instó en los escritos a este Alto Tribunal de

- 4 de junio de 2009, la suspensión del curso del pleito promovido por "Manos Limpias" desde el jueves 4 de junio de 2009 y que se abstuvieran los Excmos. Sres. Magistrados recusados de adoptar resolución alguna mientras se ejecutaba lo dispuesto en los artículos 224.1.4^a, 223.3, 225 y, en su caso, el art. 227.1º de la LOPJ;

- de 6 de junio de 2009, que se señalara una fecha y hora para que los firmantes de la respetuosa propuesta de recusación de 4 de junio de 2009 puedan ratificarse en presencia judicial, después que se les negara la posibilidad de hacerlo cuando se presentaron a este fin en la Secretaría el 5 de junio.

La misma petición formuló el 6 de junio de 2009 en la causa promovida por "Libertad e Identidad"

En las Providencia de 8 y 9 de junio de 2009 los siete primeros Excmos. Sres. Magistrados recusados han inadmitido *a limine* las peticiones de mi representado de 4 y 6 de junio de 2009, acordando que mi representado y las restantes víctimas de las desapariciones forzadas deben "*abstenerse de perturbar la jurisdicción del Tribunal Supremo con peticiones infundadas y manifiesto abuso de derecho*". Interpuesto en tiempo y forma respetuoso recurso de súplica en el caso "Manos Limpias", ha sido inadmitido a trámite *a limine*.

3. Los hechos con los que han estado en contacto los Excmos. Magistrados recusados son parte sustantiva del *thema decidendi* común a todos los procedimientos identificados en el presente escrito, a saber el Auto de fecha 16 de Octubre 2008 en el que el Juzgado Central de Instrucción nº 5 declara su competencia para conocer de los presuntos delitos de detenciones ilegales con el resultado de desapariciones masivas, de las que no se ha dado paradero, dentro del contexto de crímenes contra la humanidad, tras conspiración militar para la destrucción de las instituciones democráticas de la II República Española.

documento anexo número 2)

4. Con fecha 20 de Octubre 2008 el M. Fiscal formaliza recurso de apelación contra dicho auto de 16 de octubre de 2008, según consta en **documento anexo número 3).**

5. Sin embargo, con fecha 21 de Octubre 2008 el M. Fiscal, antes de tramitarse el recurso de apelación, presenta directamente ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, por el cauce del art. 23, una petición para que se declare la no competencia del Juzgado Central nº 5, sin indicar cuál otro sería el competente para conocer de los hechos investigados en el referido Sumario. Obra copia del recurso del Fiscal, **documento anexo número 4).**

6. En Auto de 2 de diciembre de 2008 la Sala de lo Penal acoge el recurso del Ministerio Fiscal, con tres votos en contra que formulan voto particular. Obra copia de este Auto **documento anexo número 5).**

7. El 16 de Diciembre de 2008 mi representado interpone recurso de súplica ante la Sala Penal de la AN y, subsidiariamente, anuncia preparación de recurso de casación ante la Sala Penal de ese Alto Tribunal, según consta en los folios números 115 a 128.

Inadmitido éste en la Audiencia Nacional, en fecha 6 de Marzo de 2009 mi representado interpone recurso de queja ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según consta en los mismos folios, con fecha del día 9 siguiente, que es admitido a trámite por el Alto Tribunal en fecha 22 y 27 de Abril de 2009, los folios 157 a 158, con entrega de copias al Ministerio Fiscal para manifestaciones sobre la queja planteada.

8. En fecha 17 de noviembre de 2008 Da. Carmen Negrín Fetter, parte acusadora en el Sumario 35/2008, había interpuesto una querella criminal contra los Ilmos. Magistrados de la Sala de lo Penal que aprobaron el Auto de 2 de diciembre de 2008, por presunta prevaricación, ampliada en escritos de 28 de noviembre y 10 de diciembre de 2008, aportando las resoluciones adoptadas por el Juzgado Central de Instrucción.

En la querella en relación con el Auto de 2 de diciembre de 2008 se significa el siguiente motivo:

"QUINTO.- Incidencia material concreta del Auto injusto de 2 de diciembre de 2008

Quienes entre los recusados suscriben favorablemente este Auto han resuelto, en un incidente de competencia planteado por el Fiscal por el cauce del artículo 23 de la LECrim., cuestiones de fondo de interés directo para mi representada:

1. si el delito contra los legítimos altos organismos del Estado español y su Gobierno ha sido el medio de, y tenido como fin, cometer contra ciudadanos españoles los graves crímenes contra la Humanidad indicados en el Hecho Segundo, punto 2;

2. la calificación de estos hechos como delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, su conexión con crímenes contra la Humanidad, está razonada en el Auto de 18 de noviembre de 2008 pronunciado en el Sumario 53/2008, que damos por reproducida (documento anexo nº 5 a nuestro

escrito de fecha 28.11.2008), y en el Auto de 16 de octubre de 2008 que acompaña como anexo nº 8 al escrito de querella de 17 de noviembre de 2008.

Sin embargo, los Sres. Magistrados recusados, a sabiendas, se han servido de un artificioso incidente de competencia para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, invalidar la conexión entre los delitos investigados -parte esencial y sustantiva de los Autos del Instructor de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008- negar incluso la existencia del delito contra las Altas Instituciones del Estado y la forma de Gobierno como medio de cometer crímenes contra la Humanidad, a fin de fundamentar, por una vía procesal que saben que es irregular, el Auto de 2 de diciembre de 2008 que prohíbe investigar los delitos al único Juzgado que conoce de ellos, niega la conexión entre ellos, anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y, en consecuencia, paraliza sin límite de fecha la única investigación judicial jamás abierta en España por estos delitos."

Dichas querellas fueron el objeto de iniciarse el recurso registrado con número 20587/2008 ante esa Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, a la que se hace remisión.

Se acompaña copia de los tres citados escritos de querella **documento anexo número 6, 7 y 8).**

9. Con fecha 10 de marzo de 2009 "Libertad e Identidad" formuló querella criminal contra el Ilmo. Sr. Magistrado D. Baltasar Garzón Real, titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5, acusándole de presunto delito de prevaricación cometido en la instrucción del Sumario 53/2008, según la información de prensa que se acompaña en el anterior **documento anexo número 1.**

10.- En Auto de 2 de febrero de 2009 esta Sala, integrada por los Excmo. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, inadmiten a trámite la querella de Da. Carmen

Negrín Fetter (doc. aquí anexo, con el número 9, publicado en el sitio Internet www.elclarin.cl, sección "España. Crímenes contra la Humanidad").

11.- Mi mandante se halla directamente perjudicada por la querella contra el Ilmo. Sr. Magistrado Instructor, pues la misma está dirigida contra la investigación judicial en la que se investigan, por primera vez, los delitos de lesa Humanidad de que son víctimas mis representados.

12. Mi mandante se encuentran en el origen de las resoluciones adoptadas por el Ilmo. Sr. Juez Instructor, pues es a instancia suya (y de otras víctimas) que las Diligencias Previas y el Sumario han sido incoados. Mi mandante se ha declarado partícipes de los hechos imputados en la querella del referido Sindicato.

13. Mi mandante ha participado espontánea y libremente en los hechos que se encuentran en el origen y desarrollo del procedimiento que resulta en las resoluciones del Ilmo. Sr. Juez de Instrucción, ha apoyado sus resoluciones, las ha defendido ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

14. En fecha 15 de Diciembre de 2006 fueron turnadas por el Decanato de los Juzgados Centrales de Instrucción al Juzgado Central N° 5 distintas denuncias, entre ellas, constan las formuladas por mi representado, por presuntos delitos de detención ilegal, basadas en los 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 los siguientes, 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.

15. En Auto de fecha 16 de octubre de 2008 el 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, este Auto se acompaña como **documento número 2.**

16. 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** (**este auto se acompaña como documento número 10**).

17. 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, y ganaron firmeza.

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

18.1 "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 los 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)"²;

18.2 "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"³;

18.3 "**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**"⁴;

18.4 "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 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

² Pág. 31.

³ Pág. 49

⁴ Pág. 50

Audiencia Nacional (artículo 65.1º a) de la LOPJ) y de este Juzgado (artículo 88 de la LOPJ)"⁵;

18.5 "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" ⁶.

19. 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 Supremo⁷ (el escrito del Fiscal se acompaña en **el documento anexo nº 4**, y se halla publicado en Internet en el sitio www.elclarin.cl, sección "España. Proceso a los crímenes contra la Humanidad"). Afirmaba allí el Sr. Fiscal:

"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".

⁵ Págs. 50 y 51.

⁶ Pág. 52.

⁷ Págs. 4 a 7, punto 2.3.

20. 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, ha incoado el Expediente nº 34/2008 y se ha erigido en juez y parte, pues no habiendo sido planteada cuestión de competencia por ningún otro Juzgado Central de Instrucción, la propia Sala de lo 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 6, que damos aquí por reproducido en su integridad.

21. El 27 de octubre de 2008 Da. Carmen Negrín Fetter, parte acusadora en el referido Sumario, presentó ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo un requerimiento de inhibición (doc. Recurso 006/00/20544/2008, aquí anexo, como **documento número 11**), publicado en el sitio Internet ya citado.

Su fundamentaba la inhibitoria en el Informe de 21 de octubre de 2008 del Sr. Fiscal de la Audiencia Nacional en el que alegue el delito contra la forma de Gobierno investigado a instancia de mi representado sería competencia del Tribunal Supremo⁸ (**en el documento número 3**). Sostuvo el Sr. Fiscal:

"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 (...)"

⁸ Págs. 4 a 7, punto 2.3.

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"

Los Excmos. Sres. Magistrados **D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Juan Ramón Berdugo de la Torre** resolvieron el requerimiento en la Providencia de 26 de noviembre de 2008 en la que, teniendo a la vista los Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de 16 y 17 de octubre de 2008 y el informe del Mº Fiscal de 21 de octubre de 2008, resolvieron, citando el art. 71 de la Constitución, el art. 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912 y el art. 57.1.2º de la LOPJ, que la competencia estaría, en efecto, radicada en el Tribunal Supremo en el caso de que no se diera la circunstancia siguiente

"de la lectura del escrito presentado no resulta que alguna persona que pudiera haber intervenido o participado en los hechos a que el escrito se refiere desempeñe en la actualidad alguno de los cargos mencionados en los preceptos citados; ni que alguna de las personas que actualmente los desempeñen en los diferentes ámbitos del Estado, interviniere o participara en los hechos a los que el escrito alude" (**en el documento número 12**) publicado en el sitio de Internet citado).

Es decir, estos tres Excmos. Sres. Magistrados admitieron implícitamente la competencia en el caso de que del Informe del Fiscal resultara que en los hechos investigados por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 hubiera intervenido una persona que fuera actualmente parlamentario, por ejemplo. No apreciaron, pues, delito alguno en los referidos Autos de 16 y 17 de octubre de 2008 del Instructor, de otro modo debieran haber adoptado de inmediato las medidas previstas en la ley ante un delito perseguible de oficio (arts. 407-408 LOPJ).

22. En la mañana del 7 de noviembre de 2008 la Sra. Negrín Fetter presentó en el Registro de la Sección 1^a de la Sala de lo Penal la solicitud al Pleno de la Sala de que cualquier petición relacionada con dicho Expediente por alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, fuera notificada a las restantes partes personadas, a fin de ser oídas y hacer 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 (**en el documento número 13, publicado en Internet**).

23. 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.

24. En el transcurso de la tarde del mismo 7 de noviembre Da. Carmen Negrín ha tomado conocimiento en Internet de la información que se acompaña (**en el documento número 14**), 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 significa que las correspondientes diligencias del Juzgado Central de Instrucción N° 5 no habían sido recurridas en reforma por ninguna de las Partes, incluido el Ministerio Fiscal.

25. En escrito de fecha 17 de noviembre de 2008 Da. Carmen Negrín Fetter interpuso ante el Tribunal Supremo querella contra diez Ilmos. Sres. Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, por los hechos que figuran en el **documento número 6 anexo** (publicado en el sitio Internet y ya referido en el punto 8 de los antecedentes de este escrito), al que se acompañaron los citados Autos del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y el Informe opuesto del Ministerio Fiscal.

En Auto de fecha 2 de febrero de 2009 los Excmo. Sres. Magistrados **D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**, inadmiten a trámite la querella de Da. Carmen Negrín Fetter sin hacer reserva alguna en cuanto a que se hubiera podido cometer delito en las resoluciones del Juzgado Central de Instrucción (**documento número 9 anexo**, publicado en Internet.)

26. En escrito de 10 de diciembre de 2008 Da. Carmen Negrín había interpuesto querella ante esta Excma. Sala contra los referidos Magistrados de la Audiencia Nacional que aprueban el Auto de 2 de diciembre de 2008 objeto del presente procedimiento de queja, con las catorce pretensiones siguientes:

"2. Con el aparente propósito de imposibilitar, o dilatar indebida e indefinidamente, la instrucción del Sumario 53/2008, algunos Ilmos. Magistrados de la Sala de lo Penal adoptaron, a sabiendas de su injusticia, los Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008 que se acompañan como docs. anexos nos. 8 y 9. Al tomar conocimiento de su contenido mi representada interpuso en fecha 10 de diciembre de 2008 una querella por presunta prevaricación en la que deducía las siguientes pretensiones (doc. anexo nº 4):

Pretensión nº 1

"El Auto de fecha 2 de diciembre de 2008 sin declarar cuál sería el órgano judicial competente acuerda la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción nº 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos objeto del Sumario 53/1984, y deja sin efecto los actos y resoluciones posteriores al Auto del Instructor de 16 de octubre de 2008 (anexo nº 8 al escrito de querella de 17 de noviembre de 2008). Formulan voto particular discrepante los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel, y concurrente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro."

"El Auto de fecha 1 de diciembre de 2008, que desestima el recurso de nulidad de mi representada contra el Auto de 7 de noviembre de 2008, con el voto discrepante de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel, D. Javier Martínez Lázaro y Da. Teresa Palacios Criado.

"Los hechos conocidos en ocasión de estas dos notificaciones abundan en la aparente connivencia extraprocesal entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y una de las partes (el Sr. Fiscal), dirigida a ordenar por cauces extraprocesales al Juez Instructor que no investigue los crímenes objeto del Sumario 53/2008, violentando el procedimiento, normas fundamentales de rango constitucional y en perjuicio de las restantes partes personadas, según se desprende de los hechos siguientes: el mismo día martes 21 de octubre de 2008 en que el Fiscal pide declarar incompetente al Juez Instructor, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez a) concede tres días a éste para que informe y b) convoca un Pleno extraordinario de la Sala de lo Penal para resolver la petición el siguiente día viernes 30 de octubre (hechos descritos en la página dos, punto 2, del Auto de 2-12-2008), c) sin permitir que mi representada y las restantes partes personadas fueran informadas de la petición del Fiscal, d) ni oídas, e) a pesar de que el artículo 52 de la LOPJ ordena "oír a las partes" antes de resolver una cuestión de competencia. Solamente la enfermedad que imposibilitaba al Juez Instructor emitir su preceptivo informe forzó a los Magistrados recusados, el jueves 23 de octubre, a posponer el Pleno "hasta su reincorporación al servicio", según consta en la Providencia de 23 de octubre de 2008."

"En el transcurso de la reunión del Pleno de la Sala del 7 de noviembre de 2008, su Excmo. Sr. Presidente habría explicitado tal animadversión, preconcebida y deliberada, hacia el Juez Instructor por negarse a obedecer sus órdenes extra-procesales de no investigar los delitos objeto del Sumario 53/2008, y le habría agredido en términos tan violentos y apasionados, que provocó protestas en la Sala. El indicio de prueba de este hecho obra publicado en el medio de comunicación [...] documento anexo nº 4 [al escrito de 10 de diciembre de 2009].

"Cinco de los Magistrados presentes en el Pleno de 7 de noviembre de 2008 respondieron

- que se ha intentado "sustentar la orden cautelar de paralización total del proceso en un expediente extraordinario, 'de plano y sin ulterior recurso' según el art. 23 de la Lecrim., además sin audiencia de las partes personadas en nombre de las víctimas, incidente del que la Sala ha realizado una lectura preconstitucional aceptando, sin sólidas razones, un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal" (Auto de 1.12.2008, punto 3 del voto particular, subrayado nuestro)."

Pretensión nº 2

"Los Sres. Magistrados querellados han fundamentado el Auto de 2-12-2008 en estimar que los hechos investigados en el Sumario 53/2008 no serían constitutivos de un delito contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, a pesar de saber que en el Sumario obran elementos de prueba indiciaria de los contrario, entre ellos los que cita el Auto del Instructor de 16.10.2008:

- Nota que el General Emilio Mola entrega al Delegado de D. Alfonso Carlos de Borbón en el Monasterio de Irache el 15 de junio de 1936, en la que dice:

"Tan pronto tenga éxito el movimiento nacional, se constituirá un Directorio, que lo integrarán un Presidente y cuatro vocales militares (...) El Directorio ejercerá el poder con toda amplitud, tendrá la iniciativa de los decretos leyes que se dicten (...) Los primeros decretos leyes que se dicten serán los siguientes: A) Suspensión de la Constitución de 1931. B) Cese del Presidente de

la República y miembros del Gobierno. C) Atribuirse todos los poderes del Estado, salvo el judicial, que actuará con arreglo a las leyes y reglamentos pre establecidos que no sean derogados o modificados por otras disposiciones. D) Defensa de la Dictadura republicana. Las sanciones de carácter dictatorial serán aplicadas por el Directorio, sin intervención de los Tribunales de Justicia (...) R) Restablecimiento de la pena de muerte (...)".

- "Decretos que el General Mola redactó o aprobó antes del 10 de julio de 1936 para su promulgación a partir del asalto armado a las Instituciones del Estado:

- Decreto nº 1: crea la "Suprema Junta Militar de Defensa" que "asume desde estos instantes el ejercicio del Poder del Estado (...)";

- Decreto nº 2: bajo el título "Juicio sumarísimo contra los que se opongan al movimiento", cuyo "primer acuerdo dispone: 1º Serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo, (...) cuantos se opongan al triunfo del expresado Movimiento (...). 2º Los militares que se opongan al Movimiento (...) serán pasados por las armas (...). 3º Se establece la obligatoriedad de los cargos, y quienes nombrados no los acepten caerán en la sanción de los artículos anteriores"

- Decreto nº 3: "(...) dispone: 1º Quedan depuestos de sus cargos el P. de la República, el Presidente del Gobierno y todos los Sres. Ministros, con los Subsec., Direc. Generales y Gobernadores Civiles. Todos ellos serán detenidos y presos por los agentes de la Autoridad como autores de los delitos de los. P., usurp. del Poder y alta traición a España. "

- Decreto nº 4: "... Dispone: 1º Queda abrogada e íntegramente anulada, por ende, la Constitución vigente de España y toda la legislación dictada desde el 14 de abril de 1931. (...) 4º. Quedan disueltas las actuales Cortes y los Parlamentos de las Regiones autónomas";

- Decreto nº 12: "... dispone: (...) 2º Se restablece la pena de muerte (...);

- "Ordenes de urgencia a cargo de la Junta de Gobierno": PRIMERA.- Declaración del Estado de Guerra y cumplimiento inexorable de las sanciones emanadas de los preceptos del Mando (...). SEXTA.- Armamento provisional (...) de todas las organizaciones militantes civiles que inspiren una absoluta confianza (Requetés, Guerrillas y otras que puedan existir y que merezcan aquel concepto). (...) OCTAVA.- En el primer momento y antes de que empiecen a hacerse efectivas las sanciones a que dé lugar el Bando del Estado de Guerra, deben consentirse ciertos tumultos a cargo de civiles armados para que se eliminen determinadas personalidades, se destruyan centros y organismos (...). "

- La edición publicada en Ávila, en 1937, de la "Instrucción reservada" del General Mola fechada en abril de 1936, un ejemplo entre otros de que el instrumento usado para atacar a las Altas Instituciones del Estado y su Gobierno legítimo y su fin era "mediante la acción violenta...la conquista del Poder (...) Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta (...) Desde luego serán encarcelados todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento, aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos (...) se instaurará una dictadura Militar (...)" (Instrucción reservada nº 1, de abril de 1936, pág. 138-139, 145)."

Pretensión nº 3

"Las dos resoluciones judiciales de 1 y 2 de diciembre de 2008 que se acompañan muestran:

"Connivencia entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Sr. Fiscal para ordenar al Instructor que no investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008"

corroborada por

- a) la indefensión absoluta de todas las partes acusadoras ante la petición del Fiscal de 7 de noviembre de 2008 (nunca comunicada a mi representada);
- b) la inadmisión del recurso de Súplica de 7 de noviembre de 2008 de las partes acusadoras en el que instaban la nulidad del Auto de igual fecha, a fin de que fueran oídas;

c) el contenido mismo de los Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008,

son actos concordantes de premeditada y deliberada voluntad de denegación de justicia, iniciada el 21 de octubre de 2008 por el Ilmo. Sr. Fiscal y el Excmo. Sr. Presidente de la Sala y que culmina en los dos Autos que se aportan.

Es la acumulación y articulación de la secuencia de hechos relatados en nuestros escritos de 17 y 28 de noviembre de 2008 y en el presente, su sentido teleológico, lo que confiere naturaleza de acto injusto a sabiendas a las resoluciones de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008.

Pretensión nº 4

"La comisión deliberada de un acto de denegación de justicia, consistente en privar a mi representada, y a todas las acusaciones particulares y populares, de un órgano judicial que investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008, consistentes en más de trescientos mil (300.000) españoles ejecutados; más de tres millones cuatrocientos (3.400.000) españoles víctimas de otros delitos contra la Humanidad en todo el territorio nacional, identificados en las fichas individuales que se conservan en los archivos del Alcalá, según ha declarado el 14 de noviembre de 2008 un alto responsable de los Archivos del Reino de España (doc. anexo nº 7 al escrito de querella de 17 de noviembre de 2008); más de treinta mil españoles sustraídos a sus padres biológicos y con identidades alteradas (ver el Auto de 18-11-2008 del citado Juzgado Central y el voto particular discrepante del Auto de 2-12-2008).

Como han sostenido en la deliberación del Auto de 2-12-2008 tres Magistrados, el citado Sumario 53/2008 es la única investigación judicial en España sobre los crímenes más graves cometidos sobre millones de ciudadanos españoles (la prueba de este hecho es argumentada en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (secciones I y V), que damos aquí por reproducido en su integridad).

Pretensión nº 5

"La comisión a sabiendas de un uso fraudulento del art. 23 LECrim. como medio para cometer el acto injusto de denegación de justicia.

Este acto ha sido cometido

- en conocimiento de que el Auto del Instructor de 18.11.2008, en el que se inhibe a favor de Juzgados territoriales, no habiendo sido impugnado por el Fiscal, quedaba sin contenido el incidente promovido por este último por el cauce del artículo 23 LECrim.;
- a sabiendas de que para lograr la denegación de justicia el Sr. Fiscal y los Sres. Magistrados querellados debían desconocer el basamento de nuestro sistema judicial, en particular, los artículo 14, 19.2, 22 y 25 de la LECrim. Como claramente afirma Gómez Orbaneja⁹:

"El órgano superior, a quien compete conocer del juicio y fallar la causa, según 14 n.º 3 [hoy nº 4], y a quien corresponde decidir la impugnación de la inhibición del juez, y eventualmente (si los jueces son de la misma provincia) en caso de contienda, decidirla, carece de toda posibilidad de ejercitar su iniciativa propia respecto a la competencia para el sumario"

"En cuanto órgano con competencia propia, la ley concede al instructor en la fase procesal a que se extiende su función idéntica facultad para aplicar las normas de atribución que otorga a la Audiencia para la fase ulterior del juicio. Y no es sólo que al instructor corresponda -de oficio o a instancia de parte - el derecho-deber de declararse competente o incompetente, de reclamar el asunto o de inhibirse en él, sino que le corresponde **exclusivamente.**"

"La LECrim. ha otorgado al instructor jurisdicción propia para el sumario. De este principio se derivan los preceptos del 19 núm. 2, de 22 y de 25".

Y siendo así que en la deliberación previa se advirtió a los querellados que se estaba utilizando fraudulentamente el artículo 23 LECrim. para dictar

⁹ GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, págs. 507, cursiva del autor.

una resolución injusta (la prueba de este hecho obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección II), que damos aquí por reproducido en su integridad).

Pretensión nº 6

"La concertación con el abuso de derecho y la mala fe del Fiscal para dictar el acto injusto.

Este acto ha sido cometido en el Auto de 2-12-2008 a sabiendas, pues en la deliberación previa se explicó el contenido del abuso de derecho y la mala fe del Fiscal para lograr una resolución injusta (la prueba de este hecho obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.1), que damos aquí por reproducido en su integridad).

Pretensión nº 7

"Los Sres. querellados son conscientes de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no es el "tribunal superior común" al que remite el art. 23 de la LECrim.,

pues les ha sido explicado por los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel durante la deliberación, según consta en su voto particular (sección III.2), que damos aquí por reproducido en su integridad;

Pretensión nº 8

"Los Sres. querellados conscientemente, a instancia del Fiscal, no han designado cuál sería el órgano judicial competente
para investigar los delitos objeto del citado Sumario 53/2008. La prueba de que esta desnaturalización del artículo 23 LECrim. les ha sido expuesta en las deliberaciones obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.3), que damos aquí por reproducido en su integridad.

Pretensión nº 9

"Los Sres. querellados han declarado la nulidad de las diligencias practicadas en investigación del delito a sabiendas de que tal decisión es injusta"

La prueba de que han actuado a sabiendas obra en las deliberaciones reflejadas en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.4), que damos aquí por reproducido en su integridad.

Pretensión nº 10

" Los Sres. querellados han declarado la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción a sabiendas de que tal decisión es injusta"

La prueba de que sabían la injusticia que estaban acordando obra en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección IV), que damos aquí por reproducido en su integridad."

Pretensión nº 11

"Quienes entre los recusados suscriben favorablemente el Auto de 2 de diciembre de 2008 han resuelto, en un incidente de competencia planteado por el Fiscal por el cauce del artículo 23 de la LECrim., cuestiones de fondo de interés directo para mi representada: 1. si el delito contra los legítimos altos organismos del Estado español y su Gobierno ha sido el medio de, y tenido como fin, cometer contra ciudadanos españoles los graves crímenes contra la Humanidad indicados en el Hecho Segundo, punto 2 [del escrito de ampliación de querella de 10 de diciembre de 2008]".

Pretensión nº 12

"Los Sres. Magistrados recusados, a sabiendas, se han servido de un artificio incidente de competencia para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, invalidar la conexión entre los delitos investigados - parte esencial y sustantiva de los Autos del Instructor de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008- negar incluso la existencia del delito contra las Altas Instituciones del Estado y la forma de Gobierno como medio de cometer crímenes contra la Humanidad, a

fin de fundamentar, por una vía procesal que saben que es irregular, el Auto de 2 de diciembre de 2008 que prohíbe investigar los delitos al único Juzgado que conoce de ellos, niega la conexión entre ellos, anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y, en consecuencia, paraliza sin límite de fecha la única investigación judicial jamás abierta en España por estos delitos."

Pretensión nº 13

"La voluntad de consolidar a sabiendas el acto injusto y en perjuicio de las personas afectadas por los delitos investigados, la reafirman los querellados al anunciar en su Auto de 2-12-2008 (págs. 11 y 12) que no admitirán a trámite recurso de súplica ni recurso de casación contra aquél."

Pretensión nº 14

"Como diligencias que se deberán practicar indicamos las siguientes, previa declaración de pertinencia:

- que se cite y tome declaración como testigo al Sr. Director del medio de comunicación El Confidencial Digital (C/. García de Paredes 29, 3º. 28010 Madrid. Tel. 91 445 96 97. Fax. 940 46 00 46), a fin de que ratifique, en presencia judicial y con participación de las partes, la información que se reproduce en el documento anexo nº 4;
- se tome declaración al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor del Juzgado Central N° 5, acerca de si ha recibido de parte del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal, o de alguna otra persona, instrucción, orden o intimación, directa o indirecta, relativa a la causa (Sumario 53/2008) que está conociendo;
- que se tome declaración sobre los relatados hechos al Sr. Fiscal o Sres. Fiscales firmantes de los escritos de 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008;
- que se tome declaración como inculpados a los Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, estando recusados, han tomado parte en la deliberación y votado los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008;

- que se tome declaración como testigos a los Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que han suscrito votos discrepantes en los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008.”

Los Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre inadmitieron a trámite esta pretensión de Da. Carmen Negrín, así como las formuladas en fechas 28 de febrero y 10 de abril de 2009 (**documento número 15 y 16 anexos**) según se ha dejado señalado, publicados en Internet), en el citado Auto de 2 de febrero de 2009, en el Auto del 31 de marzo y en las Providencias 15 de abril y 8 de mayo de 2009 (**documentos anexos número 9, 17 y 18**, publicados en Internet).

27.- Los referidos cinco Excmos. Sres. Magistrados no hallaron motivo para cuestionar la legitimidad

- de las resoluciones citadas adoptadas en el Sumario 35/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5,
- de las acordadas por la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 1 y 2 de diciembre de 2008, con los votos particulares de los Ilmos. Magistrados que se opusieron a dichos Autos del Instructor y, explícitamente, razonaron que las resoluciones del Sumario 35/2008 eran plenamente conforme a Derecho,
- ni de los Informes del Fiscal que, aunque discrepando en Derecho con el Juez Instructor, no apuntaban a acto ilícito alguno.

28.- Sin embargo, a petición del Sindicato Colectivo de Funcionarios Públicos ‘Manos Limpias’ (Causa Especial N° 20048/2009), y de la denominada “Identidad y Libertad, de quienes es manifiesta la identificación pública con la impunidad de los delitos de lesa Humanidad denunciados por mi representado (y otros) en el

Sumario 53/2008, en el Auto de 26 de mayo de 2009 de este Alto Tribunal -en cuanto a "Manos Limpias" (**documento anexo número 19**)- los Excmos. Sres. Magistrados recusados admiten a trámite la querella de "Manos Limpias" e "Libertad e Identidad contra las mismas resoluciones del Instructor que los cinco Excmos. Sres. Magistrados han conocido en la inhibitoria 006/00/20544/2008 y/o en la Causa especial nº 003/0020587/2008, incoadas a instancias de Da. Carmen Negrín, y/o en la denuncia y personación formuladas por mi representado (y otros) en la causa incoada por "Libertad e Identidad y "Manos Limpias".

Sin embargo, los Excmos. Sres. recusados a *limine* inadmiten a trámite la denuncia autoinculpatoria de mi representado (y otros), su personación en las causas promovidas por "Manos Limpias" e "Libertad e Identidad y la recusación formulada, según consta en las Providencias de 8 y 9 de junio de 2009, respectivamente.

D. Luciano Varela, por su parte, ha sido designado instructor de la querella formulada por "Manos Limpias" por cinco de los Excmos. Sres. Magistrados aquí recusados mientras se hallaban recusados por mi representado (y otros) en aquella causa.

29.- Salvado sea el respeto debido a los ocho distinguidos Excmos. Sres. Magistrados, esta radical diferencia de criterio ante **el mismo tema decidendi -las resoluciones del Juzgado Central de Instrucción Nº 5-** según la persona que las ha puesto en su conocimiento -en primer lugar, la acusación particular de Da. Carmen Negrín, en segundo lugar en el tiempo, la acusación popular ejercitada por los referidos "Sindicato Manos Limpias" e "Iniciativa y Libertad" -, así como el contacto en dichos procedimientos con los hechos que constituyen el *tema decidendi* en el presente recurso de queja, ha despertado en mi representado fundado temor de falta de imparcialidad de los

Excmos. Sres. Magistrados para resolver el presente procedimiento.

30.- Ello lleva al firmante del presente escrito a formular, al amparo del art. 219.10º y 219.11º de la LOPJ, la presente respetuosa recusación de D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Luciano Varela y los Excmos. Señores Martínez Arrieta y Colmenero Menéndez de Luarca en el presente procedimiento, que tiene, entre sus **thema decidendi**, precisamente **las resoluciones del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 en el meritado Sumario sobre crímenes de lesa Humanidad cometidos en España anuladas por el recurrido Auto de 2 de diciembre de 2008 aprobado por determinados Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional.**

31.- La causa de la recusación es de las que afectan a la imparcialidad objetiva, y, por consiguiente, pretende asegurar que el juez o tribunal no haya tenido un contacto previo con el objeto del proceso -con el *thema decidendi*. En el presente escrito se ha exteriorizado y apoyado en datos objetivos que la identidad del objeto del proceso y del *thema decidendi* se halla objetiva y legítimamente justificada.

32.- No nos hallamos en el ámbito de la imparcialidad subjetiva, sino de **la objetiva**, y por lo tanto es indiferente quien sea la parte.

33.- El Auto del Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 20 de junio de 2006 (RJ\2007\6449), ha aceptado como motivo de abstención de un Magistrado haber emitido una opinión que no puede ser calificada "como resolución del pleito o causa en anterior instancia", pero que podría influir en la libre formación de la voluntad del órgano colegiado si aquél asistiera al debate ya convocado:

"Dicho informe se ha emitido de forma colegiada por los miembros de la Sección 2^a a la que pertenece el peticionario Excmo. Sr. D. Vicente, y previamente al resultado del debate que preceptivamente deberá seguir a la presentación de la ponencia el día 23 de junio de 2005 fecha señalada para votación y fallo. Y pone de manifiesto un criterio para la solución de la controversia asumido ya por el citado Magistrado que podría influir en la libre formación de la voluntad de este órgano colegiado si aquél asistiera al debate ya convocado".

34.- El criterio de los Excmos. Sres. recusados en los procedimientos mencionados y el contacto con hechos que constituyen, directa o indirectamente, su *thema decidendi* (cuestión inhibitoria y querella interpuestas por Da. Carmen Negrín, inadmitidas a *limine*; las dos querellas interpuestas por "Manos Limpias" e "Libertad e Identidad, admitidas a trámite, y la calidad de instructor de D. Luciano Varela en la primera; la denuncia, personación y recusación de mi representado (y otros) en estos dos últimos procedimientos y las sucesivas Providencias de inadmisión a *limine* adoptadas por los recusados el 8 y 9 de junio de 2009), despertas dudas sobre la imparcialidad de aquellos, que excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego nada menos que la **«auctoritas»** o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia.

35.- En el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias pueden revestir importancia, lo que ha de determinar que todo Juez del que pueda dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado (STC 60/1995, de 17 marzo, RTC 1995\60).

36.- La respetuosa recusación del Excmo. Sr. D. Luciano Varela se formula, por causa asimismo objetiva al amparo del art. 219.10º y 219.11º, en la medida que es el Instructor en la concreta causa instada por "Manos Limpias". Designado, además, por cinco Excmos. Magistrados mientras estos se hallaban recusados por mi mandante.

37.- Los Excmos. Señores Magistrados recusados conocen (*da mihi factum dabo te ius*) que conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰, uno de los deberes más genuinamente reconocibles por parte de las instituciones del Estado de Derecho en materia de protección del derecho a la vida será el de llevar a cabo una investigación "suficiente y efectiva" - investigación "exhaustiva e imparcial", "emprendida sin demora", "aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal", como calificará por su parte el artículo 12 de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas, en sus apartados 1 y 2¹¹ -.

¹⁰ Agradecemos el aporte realizado sobre este punto y la jurisprudencia del TEDDHH por el profesor Miguel Ángel RODRÍGUEZ ARIAS, del Instituto de Derecho Penal europeo e internacional de Castilla-La Mancha, que seguimos literalmente. Ver también MAROTO CALATAYUD, M., RODRÍGUEZ ARIAS, M. A. y SCHEUNEMANN DE SOUZA, D. (2007): "Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (octubre 2006-abril 2007)", en: *Revista General de Derecho penal*, Iustel (Revista electrónica); así mismo FERNÁNDEZ APARICIO, J. M. (2003): "Una visión jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre la cuestión de los desaparecidos", en: *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 34, págs. 121-136; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2006): *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos, Perspectivas española y europea*, Madrid, Thompson Civitas; GRABENWARTER, C. (2005): *Europäische Menschenrechtskonvention*, BECK, München, pág. 130-132.

¹¹ Precisamente será la propia Convención internacional la que, ex artículo 12.2, preverá que con independencia de la previsión de posibilidades de impulso por parte de las víctimas, el Estado deberá investigar de oficio 2. Siempre que haya motivos razonables para creer que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, las autoridades a las que hace referencia el párrafo 1 iniciarán una investigación, aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; Si bien ya en relación al artículo 3 de la previa, y actualmente vigente, Declaración de 1992, se señalaría: "It is, however, not enough for legislative, administrative, judicial or other measures to be taken, since they also have to be "effective" if they are to achieve the objective of prevention and termination. If the

En materia de *nullum crimen sine lege* el artículo 7, apartado segundo, del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que:

"2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas."

Ante los casos *Papon contra Francia* y *Kolk Kislyiy contra Estonia*¹², el Tribunal Europeo de DDHH sostiene:

En Papon:

"La Corte destaca que el párrafo 2 del antedicho artículo 7 contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es verdad en cuanto a los crímenes contra la humanidad, respecto a los cuales la regla de que no pueden ser sujetos a limitaciones temporales fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg anexo al Acuerdo Interaliado del 8 de agosto de 1945 (...)"¹³

En Kolk:

facts showed that the measures taken were ineffective, the international responsibility of the State would be to take other measures and to adapt its policies so that effective results would be achieved. The main criterion for determining whether or not the measures are suitable is that they are effective in preventing and, as appropriate, terminating acts of enforced disappearance", "General Comment on article 3 of the Declaration", WGEID report 1995 (E/CN.4/1996/38), pto. 48, en: Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances Compilation of General Comments on the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/WGEID%20compilation%20of%20general%20comments.doc>, pto. 52.

¹² *Papon contra Francia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de Noviembre de 2001, y *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de enero de 2006.

¹³ *Papon contra Francia*, ob cit, pto 5 de la toma de posicionamiento de la Corte.

"La Corte reitera que el artículo 7.2 de la Convención contempla expresamente que tal artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuese considerado criminal de acuerdo a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, en relación a lo cual la regla de que no pueden ser sujetos a limitación temporal alguna fue establecida ya por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (...) La Corte hace notar que incluso si los actos cometidos por los recurrentes pudieron ser considerados como legales por la legislación soviética en su momento material, fueron en todo caso considerados por los tribunales de Estonia como constitutivos de crímenes contra la humanidad bajo la ley internacional del momento de su comisión¹⁴.

Ello ha sido reiterado en dos Sentencias recientes:

Sentencia Korbelly vs Hungary, de 19 de septiembre de 2008:

70 (...) **an offence must be clearly defined in the law.** This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision - and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice - what acts and omissions will make him criminally liable. The Court has thus indicated that when speaking of "law" Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability.

(...)

1. In the light of the above principles concerning the scope of its supervision, the Court notes that it is not called upon to rule on the applicant's individual criminal responsibility (...) **Its function is, rather, to consider, from the standpoint of Article 7 § 1 of the Convention, whether the applicant's act, at the time when it was committed, constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability by domestic or international law (see Streletz, Kessler and Krenz, cited above, § 51).**

¹⁴ *Kolk y Kislyiy contra Estonia, ob cit*, considerando único.

En el caso de las desapariciones en España, la «previsibilidad» toca con la *lex artis* del profesional: altos oficiales del ejército que conocen el gran tratado de las leyes de la guerra del momento, la Convención de La Haya, ratificada por España 36 años antes, que se estudiaba en las academias militares de España y Europa.

Sentencia Kononov v Latvia, de 26 de enero de 2009.

"2. With regard to Article 7 § 2, the Convention institutions have commented as follows:

(a) The second paragraph of Article 7 of the Convention relating to "the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations" constitutes an exceptional derogation from the general principle laid down in the first. **The two paragraphs are thus interlinked and must be interpreted in a concordant manner** (*Tess v. Latvia* (dec.), no. 34854/02, 12 December 2002).

(b) The preparatory works to the Convention show that the purpose of paragraph 2 of Article 7 is to specify that Article 7 does not affect laws which, in the wholly exceptional circumstances at the end of the Second World War, were passed in order to punish war crimes, treason and collaboration with the enemy; accordingly, it does not in any way aim to pass legal or moral judgment on those laws (*X. v. Belgium*, no 268/57, Commission decision of 20 July 1957, Yearbook 1, p. 241). This reasoning also applies to crimes against humanity committed during this period (*Touvier v. France*, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports (DR) 88, p. 148; and *Papon v. France* (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII (extracts)).

Las referidas resoluciones adoptadas por los Excmos. Sres. recusados son abiertamente contrarias a la doctrina del TEDDHH.

38.- El art. 7.2 del CEDDHH fue incluido como excepción expresa para la persecución de tales crímenes alejados de toda idea de Humanidad.

Las resoluciones adoptadas por los Excmos. Señores recusados vulneran dicha norma en la medida que se fundan en una interpretación desconexa de la legalidad penal, del 7.1 del Convenio Europeo al margen del 7.2, al contrario de su visión conjunta por el TEDH. Lógica por lo demás, por la relación de especialidad del 7.2 respecto del supuesto general del 7.1, específicamente previsto ante la necesidad de evitar la impunidad de todo lo acontecido en un determinado periodo de horror en España y Europa.

Y el TEDH precisa cómo le resultará de aplicación, aunque se alegue que un Estado (en la especie, la URSS) no había firmado el Convenio de La Haya (España si lo había hecho, en 1900, Gaceta Oficial del Estado, de 22 de Noviembre de 1900, a rubrica de los enviados plenipotenciarios de la Reina Regente de España en representación del Rey, el Duque de Tetuán, ex Ministro de Estado, el Sr. D.W. Ramírez de Villaurrutia, su enviado extraordinario y Ministro Plenipotenciario en Bruselas, y el Sr. D Arturo de Bagner, Su enviado Extraordinario y Ministro Plenipotenciario en el Haya):

3. The Court observes that neither the USSR nor Latvia were signatories to the Hague Convention of 1907. Consequently, in accordance with the "general participation" clause contained in Article 2, that Convention was not formally applicable to the armed conflict in question. However, as the International Military Tribunal for Nuremberg stated in its judgment of 1 October 1946, the text of that Convention constituted codification of the customary rules which, in 1939 - by the time the war broke out - "were recognised by all civilised nations" (see paragraph 61 above).

39.- A la luz de nuestro concreto sistema constitucional, podemos hablar de un doble nivel de consecuencias internas del artículo 7.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (la aplicación de lo que sigue, en cuanto a la conexión de la violación de los arts. 3 CEDH y 7 del Pacto de Derechos Civiles respecto el artículo 15.

Ratificado de manera inmediatamente subsiguiente a nuestra propia Constitución (en el año 1979), en virtud de su artículo 96 el Convenio Europeo se sitúa jerárquicamente por encima de cualquier ley orgánica nacional, incluida la ley orgánica penal. España no formuló reserva alguna al artículo 7.2.

Las citadas resoluciones de los Excmos. Sres. Magistrados recusados son opuestas a esta doctrina.

40.- El referido Convenio Europeo opera también determinando el propio contenido interno de Derecho Fundamental en virtud del 10.2 de la Constitución: "10.2 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España".

Norma que, como ha tenido ocasión de señalar nuestro Tribunal Constitucional, establece así:

"una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enumera el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución. Es evidente, no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente

*infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del art. 10.2 C.E., que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso*¹⁵.

Y partiendo de esto mismo, sin duda, los instrumentos más relevantes en virtud de dicho precepto Constitucional, y junto a la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, habrán de ser, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Y ello sin olvidar que el contenido de tales tratados ha de ser particularmente entendido a la luz de sus respectivos órganos de tutela e interpretación designados por los mismos, esto es, destacadamente, la prestigiosa, en todo caso vinculante para nuestro país¹⁶, praxis jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero también las propias decisiones y observaciones generales del propio Comité de Derechos Humanos¹⁷.

¹⁵ STC 36/1991, 14 de febrero, Fundamento Jurídico 5.

¹⁶ Efectivamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es quien, en caso de disparidad de criterios entre el Estado - presuntamente infractor - y los demás órganos del Consejo europeo, fija definitivamente el sentido y contenido de los preceptos de la Convención que se consideran transgredidos y además, con naturaleza vinculante tanto para el Estado afectado como para los demás miembros de la Comunidad. Porque de acuerdo con el artículo 45 de la Convención su competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación de la misma; y, según el artículo 46, su jurisprudencia es obligatoria de pleno derecho, APARICIO PÉREZ, M.A. (1989): "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales", en: *Jueces para la Democracia*, n.º 6, pág. 17; cómo en especial cabe recordar respecto a dicho organismo internacional por parte de nuestro Tribunal Constitucional - igualmente en directa invocación del artículo 10.2 y ya desde sus primeros pronunciamientos -, en la sentencia 12/1981, de 10 de abril, recogiendo "el criterio sustentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 17 de enero de 1970 (caso Delcourt), aplicando el artículo 6.1 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, ratificado por España, con arreglo al cual hay que interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, conforme al artículo 10.2 de la norma suprema".

¹⁷ Así, de nuevo con APARICIO PÉREZ: "en virtud de esa (...) especial fuerza receptiva que la Constitución otorga a este tipo de tratados,

Las citadas resoluciones de los Excmos. Sres. Magistrados recusados son opuestas a esta doctrina.

41.- Los Excmos. Sres. Magistrados recusados han desconocido que no se trata, por tanto, "únicamente" de que con el artículo 96.1 de nuestra Constitución, "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno", en términos de bloque de constitucionalidad, dada su elevada posición jerárquica dentro de nuestro ordenamiento - disciplinando el ordenamiento infra-constitucional - sino que los tratados de derechos humanos operarán disciplinando el contenido de los derechos fundamentales en el propio nivel constitucional. En ambos casos porque así lo ha querido nuestra Carta Magna; en el caso específico objeto de nuestro interés, el del artículo 10.2, como expreso posicionamiento frente a las tesis contrarias a una tal apertura¹⁸.

los criterios para la interpretación constitucional no sólo están contenidos en las propias disposiciones del tratado de que se trate sino que se hallan también en su práctica normativa, es decir, en las decisiones disposiciones y acuerdos que surjan de los órganos internacionales encargados de darles contenido, asegurar su cumplimiento y, en definitiva, interpretarles". Con lo que nos encontramos ante una remisión a dos elementos "inescindibles": las normas internacionales y la práctica internacional de esas mismas normas, "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española (...)", ob. cit., pág. 11; viniendo a coincidir así igualmente con SANZ ARNAIZ que vendrá a destacar además, la especial importancia otorgada por nuestro Tribunal Constitucional a los organismos interpretativos y de aplicación de carácter propiamente jurisdiccional, como sería el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vid. "La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos (...)".

¹⁸ Precisamente en este sentido contrario a tales efectos diferenciados del artículo 10.2, la argumentación del senador socialista Sainz de Baranda, que resultaría finalmente desatendida, al señalar: "Creemos que es innecesario y además, nocivo, porque al convertir en constitucionales los tratados y ordenar la integración del derecho español en ellos, lo que estamos haciendo no es una mera introducción en el orden jurídico interno de los tratados, sino que estamos construyendo una Constitución paralela, es decir, que si esta enmienda prospera, España tendrá dos Constituciones: la Constitución aprobada por nosotros como mandatarios del pueblo, más los textos vagos e incorrectos del Derecho internacional(...)" ; no ciertamente dos

Esto es, el artículo 10.2 resulta plenamente vigente, la debida apertura constitucional es una realidad, y algunos de los posicionamientos jurídicos actualmente reconocibles ante el caso de los desaparecidos del franquismo denunciado por mis representados - como si los tratados internacionales de derechos humanos que amparan a desaparecidos y familiares terminasen en los Pirineos - fueron, justamente, los efectivamente *descartados* en el debate de su redacción, y no al revés.

Basta abrir la Constitución y leer el artículo 10.2, y acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que a lo largo de todos estos años ha venido reconociéndole un tal papel a dicho precepto.

Y así, una vez más con nuestro Tribunal Constitucional, "no cabe desconocer (...) que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico"¹⁹. Y vincular de forma inmediata a todos nuestros poderes públicos, los Tribunales, el Gobierno, todas nuestras autoridades, la Administración General del Estado.

Constituciones, pero si, en cambio, un texto Constitucional abierto el mismo, no ya su bloque, a la tratadística y praxis de la tutela internacional de los derechos humanos ha sido el resultado, Vid. APARICIO PÉREZ, M.A. "La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución (...)", *ob cit.*, pág. 10.

¹⁹ STC 21/1981 de 15 de junio, Fundamento Jurídico 10; vid. así mismo la más reciente STC de 30 de 3 de 2000, reconociendo la especial relevancia hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos, como han tenido ocasión de destacar igualmente DE PRADA SOLAES, BAYARRI GARCÍA y SÁEZ VALCARCEL con ocasión de su voto particular de 4 de diciembre de 2008, al auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional, Vid. voto particular que formulan los magistrados José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García y Ramón Sáez Valcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, pto. 3 de las conclusiones.

Como ya señalara GONZÁLEZ CAMPOS, el artículo 10.2 comprenderá todos los tratados ya ratificados por España así como aquellos otros en los que nuestro país pueda ser parte²⁰, de igual modo que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos ratificado en 1979, con posterioridad a la entrada en vigor del artículo 10.2.

42.- Los Excmos. Sres. Magistrados recusados no han tomado en consideración la específica incidencia de instrumentos sectoriales como ahora el nuevo Convenio de Naciones Unidas contra las Desapariciones Forzadas. Y ello en tanto que, de hecho, dicha práctica interpretativa por parte de nuestro Tribunal Constitucional ha contemplado en ocasiones tratados internacionales no específicos de derechos humanos en la medida en que alguna de sus disposiciones permitiese interpretar el alcance de alguno de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna, e incluso - más allá de lo amparado por el propio artículo 10.2 de nuestra Constitución - ha llegado a tomar como parámetro interpretativo indirecto del alcance de derechos fundamentales consagrados otros textos internacionales sin naturaleza específica de tratado - de carácter por tanto no vinculante para los Estados, como ha sido el caso de las Recomendaciones de la OIT, y otros instrumentos de Naciones Unidas como ha puntualizado por su parte SANZ ARNAIZ²¹.

²⁰ Y así, tal y como ya hemos apuntado con la elocuente formulación de la sentencia 36/1991 - y en coincidencia con dicho autor - en definitiva el artículo 10.2 ordena la forma de interpretar, la amplitud y el alcance de los derechos fundamentales, vid. más ampliamente GONZALEZ CAMPOS, J.D. (1999): "Las normas internacionales sobre Derechos humanos y los derechos reconocidos en la Constitución española, Art. 10.2 C.E", en: *Tres lecciones sobre la Constitución*, editorial Megablum, Sevilla.

²¹ SANZ ARNAIZ, A. (1999): "La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución", Consejo General del Poder Judicial, Madrid; De hecho y en palabras del Comité de Derechos Humanos, no cabe olvidar como "Si bien, con respecto a determinados derechos del Pacto, normas más específicas del derecho humanitario internacional pueden ser

43.- La Resolución 1463 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 3 de octubre de 2005 sobre la cuestión de las desapariciones forzadas (25^a sesión) invoca expresamente:

"10.3.8. El incumplimiento del deber de investigar efectivamente toda presunta desaparición forzada debe constituir un crimen independiente conminado con una pena adecuada (...)".

Mi representado considera que

- en el derecho interno e internacional vigente en España lo constitutivo de delito es abstenerse o impedir que se investiguen los crímenes de lesa Humanidad que les afectan y ha expuesto en sus denuncias, en virtud de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 262, 264 y 269) y en el Código Penal (arts. 408, 447 a 449, 542, en concurso del art. 8, regla 3^a);
- siente que las resoluciones de los Excmos. Sres. Magistrados recusados suponen un trato inhumano (art. 172 del Código Penal en relación con los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo de DDHH y el art. 24 de la Constitución);
- siente que dichas resoluciones coaccionan a impedirle el ejercicio del derecho fundamental a que un Tribunal imparcial se pronuncie sobre la confesión que suscriben el 2 de junio de 2009, a que su denuncia de los crímenes de lesa Humanidad que les afectan sea investigada por el juez predeterminado por la Ley y con todas las garantías.

En efecto, la más reciente jurisprudencia del TEDH (*Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, de 6 de abril de

directamente pertinentes a los efectos de la interpretación de los derechos del Pacto, ambas esferas del derecho son complementarias y no mutuamente excluyentes", Observación General n. 31, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos. La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto. U.N. Doc. HRI/1/Rev.7 at 225 (2004), pto. 11, cursivas propias.

2009 y *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, de 6 de Abril de 2009, y *Takhayeva y otros contra Rusia*, de 26 de enero de 2009; Chipre c. Turquía) pone en relación la ausencia de "investigación oficial efectiva e independiente" como trato inhumano a las víctimas de "desapariciones" (mucho más allá de la mera "indefensión"). Considera que no investigar casos de desaparición es un trato inhumano a las víctimas.

En *Lyanova y Aliyeva contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 8 años (párr. 117)

En *Akhmadova y Akhmadov contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 5 años (párr. 88)

En *Takhayeva y otros contra Rusia*, la familia sufrió en el desconocimiento del paradero del desaparecido debido a la ausencia de una investigación oficial y efectiva, durante más de 4 años (párr. 102)

44.- El art. 174 del C. Penal tipifica como tortura el sufrimiento mental no solo para obtener información sino también "*por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación*".

El anómalo trato dado una y otra vez a los desaparecidos del franquismo que mi representado ha denunciado, el someterlos a condiciones, abusando del cargo propio, "*que por su naturaleza, duración u otras circunstancias le supongan sufrimientos físicos o mentales... o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral*"), entra en concurso con los artículos 408, 447 y ss del Código Penal, en relación con el art. 3 del Convenio Europeo de DDHH.

Se ha vulnerado el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al decidir no investigar las más de 150.000 desapariciones denunciadas por mis representados, dejando a las familias de mis representados en el sufrimiento y la incertidumbre. No cabe hablar solo de indefensión, sino de una indefensión de una especial intensidad que conlleva una adicional violación, autónoma, del 3 CEDH.

Las citadas resoluciones de los Excmos. Sres. Magistrados recusados abundan en ese sentido. Cualquiera que sea el desenlace, y su momento, de las resoluciones de la Sala Penal de la Audiencia Nacional objeto del presente procedimiento, y de las causas incoadas por "Manos Limpias" y "Libertad e Identidad", su mera adopción o incoación ha producido daño a las víctimas al dilatar la investigación judicial de los crímenes de lesa Humanidad que han denunciado.

45.- Las citadas resoluciones de los Excmos. Sres. Magistrados recusados han desconocido, asimismo, el artículo 15 de la Constitución, pues ésta en su artículo 10.2 dice que el contenido de los Derechos Fundamentales se interpretará de conformidad con los tratados internacionales de DDHH y de conformidad con la jurisprudencia interpretativa de tales tratados por parte de sus órganos aplicativos, como dice el Tribunal Constitucional. Es decir, concurre conexión directa de la jurisprudencia del TEDH con el contenido constitucional del artículo 15 CE (prohibición del trato inhumano. Lo que la Providencia recurrida ha desconocido.

Principios de prueba que se aportan

1.-Los hechos, motivos y documentos expuestos en el presente escrito.

2. la convalidación por los cinco Excmos. Sres. D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, de los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, cuyas presuntas irregularidades expuso la Sra. Negrín ante los cinco Excmo. Sres. Magistrados y hemos sintetizado más arriba, sin que los Excmos. Sres. Magistrados del Tribunal Supremo hallaran indicio alguno de delito en las resoluciones del Juez Instructor, a lo que agregamos, en particular, los hechos consistentes en

1) la aparente connivencia extraprocesal entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y una de las partes, dirigida a prohibir al Juez Instructor la investigación de los crímenes contra la Humanidad objeto del Sumario 53/2008, violentando el procedimiento, normas fundamentales de rango constitucional y en perjuicio de las restantes partes personadas, según se desprende de las apariencias siguientes:

1.el mismo día martes 21 de octubre de 2008, en que el Fiscal pide declarar incompetente al Juez Instructor, el Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez concede tres días a éste para que informe y convoca un Pleno extraordinario para resolver el siguiente día viernes 30 de octubre (hechos descritos en la página dos, punto 2, del Auto de 2-12-2008, **documento anexo número 5**, sin permitir que las restantes partes personadas fueran oídas, a pesar de que el artículo 52 de la LOPJ ordena "*oír a las partes*" antes de resolver una cuestión de competencia. Solamente por enfermedad

del Juez Instructor -cuyo Informe era preceptivo- accedieron los Magistrados recusados, el jueves 23 de octubre, a posponer el Pleno del 30 de octubre “*hasta su reincorporación al servicio*”, según consta en la Providencia de 23 de octubre de 2008);

2. el mismo día viernes 7 de noviembre de 2008 en que el Fiscal pide suspender las diligencias del Juez Instructor subrogante, el Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez ordena suspender intempestivamente todas las vistas señaladas para ese día, incluso con preso, convoca a un Pleno extraordinario a celebrar esa misma mañana, también sin dar a esta parte ni a las restantes personadas traslado del escrito del Fiscal, ni posibilidad alguna de ser oídas;
3. la negativa del Ilmo. Sr. Gómez Bermúdez a instruir la respetuosa propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008 de la Sra. Negrín y a dar traslado de la misma a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, a sabiendas de que mi representada instaba a que se inhibieran de la causa y comunicaran el incidente “*(...) a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal*”;
4. la negativa de los cinco Excmos. Sres. Magistrados recusados a investigar el hecho denunciado por la Sra. Negrín, a saber que en el transcurso de la reunión del Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, el 7 de noviembre de 2008, su Ilmo. Sr. Presidente explicitó animadversión, pre-concebida y deliberada, hacia el Juez Instructor por

negarse este a obedecer sus órdenes extra-procesales de no investigar los delitos objeto del Sumario 53/2008, y agredió al Instructor en términos tan violentos y apasionados que en la Sala provocó protestas de Magistrados (el indicio de prueba obra en el medio de comunicación El Confidencial Digital, corroborado en que cinco Ilmos. Sres. Magistrados respondieron

- i. en su voto particular del 7 de noviembre de 2008 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'" (la prueba obra en el Auto de 7 de noviembre de 2008, **documento número 14 aquí anexo**);
- ii. en el voto particular de 1 de diciembre de 2008 que se ha intentado "sustentar la orden cautelar de paralización total del proceso en un expediente extraordinario, 'de plano y sin ulterior recurso' según el art. 23 de la Lecrim., además sin audiencia de las partes personadas en nombre de las víctimas, incidente del que la Sala ha realizado una lectura preconstitucional aceptando, sin sólidas razones, un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal" (Auto de 1.12.2008, punto 3 del voto particular, subrayado nuestro, documento número 20, aquí anexo)

3. En la primera oportunidad procesal posible, se formula en el presente acto petición de recusación fundada en la causa legal establecida en el artículo 219.10º y 11º de la LOPJ de los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala II^a del Tribunal Supremo identificados en el encabezamiento del presente escrito, en base a los hechos expuestos.

Proposición de prueba del presente
incidente

Solicito el recibimiento a prueba del incidente y propongo la siguiente:

1.- que se aporte testimonio del procedimiento de inhibición nº.006/00/20544/2008 ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre competencia de la misma para conocer de los delitos investigados en el meritado Sumario según razonamiento del Ministerio Fiscal en el citado informe de 21 de Octubre de 2008, páginas 4 a 7, punto 2 y punto 3.

2.- que se aporte a la presente causa testimonio de la Causa especial nº 003/0020587/2008 instruida por los Excmos. Sres. Magistrados recusados a instancia de Da. Carmen Negrín Fetter, a fin de acreditar los hechos relativos a la misma y que en el mismo constan las resoluciones del Sumario de las que toma causa la querella de "Libertad e Identidad";

3.- Que se aporte a la tramitación y resolución de la respetuosa propuesta de recusación testimonio de la totalidad de la causa especial N° 20048/2009 contra el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 a instancia de "Manos Limpias", en la que los cinco Excmos. Sres. Magistrados D. Juan Saavedra Ruiz, D. Adolfo Prego de Oliver y Tovar, D. Joaquín Giménez García, D. Francisco Monterde Ferrer, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre han pronunciado el Auto de 26 de

mayo de 2009 que designa instructor de la causa al Excmo. Sr. Magistrado D. Luciano Varela, incluidos los escritos presentados por mi representado y las resoluciones adoptadas al respecto por los recusados;

4.- Que se aporte a la tramitación y resolución de la respetuosa propuesta de recusación testimonio de la totalidad de la causa especial incoada a petición de "Libertad e Identidad", incluidos los escritos presentados por mi representado y las resoluciones adoptadas al respecto por los recusados que integran la Sala que las ha adoptado;

5.- las demás que procedan

En su virtud,

A LA SALA SUPlico: Que estime procedente la recusación alegada por mis representados, quienes firman este escrito, dándose por recusados los Excmos. Sres. Magistrados identificados en el encabezamiento del presente escrito, de la resolución del procedimiento R° de queja 5/20150/2009, con remisión de la misma a quien corresponda proseguirla, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente; en caso contrario, ordenar la formación de pieza separada con el presente escrito de recusación y el auto denegatorio de inhibición, quedando nota expresiva en los autos; tener por instado el recibimiento a prueba del incidente en los términos formulados en este escrito, acuerde la celebración de vista pública y estime tal resolución.

OTROSI DIGO SEGUNDO: Que el art. 225.4 de la LOPJ dispone que "la recusación suspenderá el curso del pleito hasta que se decida el incidente de recusación salvo en el orden jurisdiccional penal,

en el que el Juez de Instrucción que legalmente sustituya al recusado continuará con la tramitación de la causa."

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tener por instado la suspensión del curso del pleito y que se abstengan los Excmos. Sres. Magistrados recusados de adoptar resolución alguna mientras se ejecuta lo dispuesto en los artículos 224.1.4^a, 223.3, 225 y, en su caso, el art. 227.1º de la LOPJ, y tenga a bien acordarlo.

OTROSI DIGO TERCERO: Que solicito a la Sala que señale día y hora a fin de que el señor recusante pueda llevar a cabo su voluntad de ratificación en presencia judicial.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: tener por instado señalar una fecha y hora para que el firmante de la presente respetuosa propuesta de recusación pueda ratificarse en presencia judicial, y tenga a bien acordarlo.

OTROSI DIGO CUARTO: En el supuesto caso de que los Excmos. Sres. Magistrados no dieran curso a la respetuosa petición de su recusación, mi representado solicitan testimonio del presente escrito a fin de ejercitar las acciones que en derecho procedan.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: Que tenga por formulada la petición y tenga a bien, en su caso, acordarla.

Es justicia, en Madrid a diez y ocho de junio de
2009

Abogado

Procurador

*Fernando Magán Pineño
Colegiado 317
Colegio de Abogados Talavera*

Firma del recusante:

**D. TEOFILO RODRIGUEZ GOLDARACENA
DNI nº 15812245 K**

**D. ANGEL RODRIGUEZ GALLARDO
DNI nº 15812245 K**