

Dimana del Tribunal Supremo, Sala II
Rº de queja: 20150/2009
Contra Auto de 1 de diciembre de 2008 de Sala Penal de la Audiencia Nacional (Pleno)
Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim)
Juzgado Central de Instrucción No 5 (Dil Previas 399/2006)

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante: Da. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, vecina de París (Francia), con pasaporte francés nº 03RC36020, con domicilio a efectos de notificación en la calle Zorrilla Nº 11, 1º der., Madrid 28014,

Postulación: **D. Aníbal BORDALLO HUIDOBRO**, Procuradores de los Tribunales de Madrid y de Da. Carmen Negrín Fetter, según se acredita en la escritura de Poder que se acompaña;

bajo la dirección técnica del Letrado **D. Juan E. GARCES y RAMON** (colegiado nº 18.774, ICA de Madrid);

ante la Sala comparece y como mejor proceda en Derecho **DICE**:

ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

	<u>Página</u>
Introducción	3
I. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO	4
II. CONTENIDO DEL ESCRITO	11
III. MOTIVOS DEL RECURSO DE AMPARO	11
1º Vulneración del derecho al juez legal	11
2º Vulneración del derecho a un tribunal imparcial	12
3º Denegación del derecho de acceso a los recursos establecidos en la ley	16
4º Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión formulada	17
5º Incongruencia	18
6º Discriminación en la aplicación de la ley	20
7º Denegación de justicia. Impide la investigación judicial de actos de genocidio y lesa humanidad	21

8º Vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas	23
IV. ANTECEDENTES PROCESALES	24
V. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO	27
Plazo de interposición. Agotamiento de los recursos utilizables	27
Invocación formal del derecho vulnerado	28
VI. FUNDAMENTOS DE DERECHO	28
Competencia	28
Legitimación. Procedimiento. Derecho aplicable	28
Jurisprudencia del Tribunal Constitucional	29
Vulneración cometida en las resoluciones impugnadas	30
La tutela que se solicita	31
PETICION	31
OTROSI: petición de suspensión cautelar de la resolución recurrida	32
Indice de documentos anexos	34

PRIMERO.- Que este escrito tiene conexión con la violación de derechos constitucionales que son objeto de un recurso de amparo interpuesto ante este Tribunal contra una resolución distinta del Tribunal Supremo (Sala Penal) pero relacionada de la que se recurre en el presente, a saber el recurso de 2 de noviembre de 2009 (006/0020380/2009; No 9281-2009, en fase de admisión a trámite en la Sala 1^a, Sección 1^a, del Tribunal Constitucional), por violación del derecho fundamental a acceder a la jurisdicción, al proceso debido, a ser oído por un tribunal imparcial, a un recurso efectivo, a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia, de las dilaciones indebidas, de denegación de Justicia; a la igualdad ante la Ley; al principio de legalidad interpretado en conformidad con los arts. 7.2 3, 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en relación con los arts. 9.3, 10.2, 24.1, 24.2, 14, 25.1 y 96.1 de la Constitución española (CE).

SEGUNDO.- Al presente recurso acompañamos copia de

- la Providencia de la Sala 2^a del Tribunal Supremo de fecha 29 de noviembre de 2010 (**doc. anexo No 14**, notificada el 3 de diciembre de 2010) que, sin motivación alguna, con palmaria incongruencia, inadmite
- el incidente de nulidad (**doc. anexo No 13**), formulado el 25 de noviembre de 2010 por el cauce del art. 241.1 de la LOPJ contra el
- el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010 (**doc. anexo No 12**), que a su vez no admite a trámite
- el recurso de queja de 26 de marzo de 2009 (**doc. anexo No 11**) contra
- el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Sala Penal Audiencia Nacional (**doc. anexo No 10**) que deniega el acceso al recurso de casación contra
- el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional (**doc. anexo No 1**), dictado por una mayoría de Magistrados mientras estaban recusados, *inaudita parte* y en fraude del artículo 23 de la LECriminal, que prohíbe al juez legal, de modo indefinido, la diligencia de exhumación en presencia judicial de los restos del poeta Federico García Lorca y otras diligencias de prueba en el Valle de los Caídos.,

I

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

En conformidad con el art. 49, ap. 1, de la LOTC se sostiene la especial trascendencia constitucional de las resoluciones recurridas, que plantean una faceta de derechos fundamentales susceptibles de amparo sobre los que no hay doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de las razones siguientes:

1. Una operación articulada por los Ilmos Sres. Fiscal Jefe y Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional ha consolidado la absoluta denegación de justicia impuesta a las víctimas de actos de naturaleza genocida y contra la Humanidad cometidos entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977 -en conexión con una insurrección armada contra las Instituciones constitucionales y las Altas Autoridades del Estado español – contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas, a saber: ejecución de más de trescientos mil españoles; desaparición forzada de más de ciento cincuenta mil; privación de la libertad y/o confiscación de bienes de otros tres millones cuatrocientos mil españoles sometidos a campos de muerte, torturas, trabajos forzados, cárceles, identificados en fichas individuales que se conservan en el Archivo Histórico de Alcalá de Henares; más de otros treinta mil españoles sustraídos a sus padres biológicos, muchos de ellos fuera del territorio español y traídos a España, cuyas identidades continúan hasta hoy alteradas¹; desplazamiento de más de medio millón de otros ciudadanos españoles, forzados al exilio para preservar su vida, libertad y dignidad.

2. En desarrollo de la referida operación, la Sala Penal de la Audiencia Nacional en Auto de 1 de diciembre de 2008 ha ordenado, al margen de los recursos establecidos en la ley, al Juez Central de Instrucción Nº 5 de no practicar diligencias sobre los denunciados actos, y ha negado a la recurrente el derecho a un tribunal imparcial, reduciéndola a indefensión e impidiéndole el acceso a un recurso eficaz ante el Tribunal Supremo.

3. La referida operación no es la primera vez que se practica. Es de universal conocimiento la articulación existente entre los Ilmos. Sres. Presidente de la Sala Penal y Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional a fin de denegar el acceso a un recurso a las víctimas de determinados delitos, después que WikiLeaks y el diario EL PAÍS han publicado el cable de la Embajada de EE.UU. en Madrid de 14 de mayo del mismo año 2008 (documentos anexos Nos 15 y 16), que en la parte pertinente dice:

“1. (SBU) El 13 de mayo [de 2008], el Juez Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, y Javier Zaragoza, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, telefonearon al Encargado [de Negocios] Llorens y le informaron de que ese día la Audiencia Nacional había tomado la decisión de desestimar el caso contra tres soldados de EEUU acusados de crímenes de guerra por la muerte en junio de 2003 en Bagdad del cámara de televisión José Couso. (...) El 14 de mayo el Encargado habló de nuevo con el Juez Gómez Bermúdez quien (...) aclaró al Encargado que la resolución del tribunal de archivo “provisional” del caso (en vez de “definitivo”) es actualmente en nuestro interés porque impide que el caso sea recurrido ante el Tribunal Supremo español” (subrayado nuestro).²

¹ Ver el Auto de 18-11-2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y el voto particular discrepante del Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, **docs. anexos Nos. 19 y 1**, respectivamente.

² *1. (SBU) On May 13, Judge Javier Gomez Bermudez, President of the Criminal Division of the National Court, and Javier Zaragoza, Chief Prosecutor of the National Court, phoned Charge Llorens and informed him that earlier in the day the National Court handed down a decision dismissing the case against three U.S. servicemen charged with war crimes in the June 2003 death in Baghdad of Spanish television cameraman Jose Couso. Press reports appeared later in the day confirming the 3-1*

4. Ante el temor fundado de falta de imparcialidad de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, en fecha 8 de noviembre de 2008 la recurrente propuso la respetuosa abstención-recusación del Excmo. Señor Presidente y de otros Magistrados de la Sala Penal que participaron en el Pleno de ese día y aprobaron la propuesta del Ministerio Fiscal indicada en el anterior punto 2, sin aceptar oír a la recurrente. Invocando “*el artículo 223³ y concordantes de la LOPJ*”, instaba que se comunicara la propuesta de recusación “*a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2⁴ de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225⁵ y ss. del mismo cuerpo legal*” (**doc. anexo No 2**)

5. En su escrito de 8-11-2008 la recurrente expuso que (ANTECEDENTES, puntos 6 a 15):

“*6. En fecha 21 de octubre de 2008 el Sr. Fiscal de la Audiencia Nacional invocó el artículo 23 de la L. E. Criminal y presentó ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional un escrito en el que pide declarar la incompetencia del referido Juzgado Central de Instrucción alegando, entre otros motivos, que el delito contra la forma de Gobierno investigado sería competencia del Tribunal Supremo⁶ (documento anexo N° 3):*

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

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

ruling of the four-judge panel, and the Embassy was able to obtain a copy of the legal decision in Spanish (electronic copy forwarded to L). On May 14, the Charge spoke again with Judge Gomez Bermudez, who emphasized the Spanish judiciary's commitment to rule on this case based on the facts and the law and not on the prevailing "political and media winds." The Judge said the red notices and arrest warrants against the servicemen were no longer in force. He also clarified for the Charge that the court's ruling "provisionally" archiving the case (rather than giving it a "permanent" filing) is actually to our benefit because it precludes the case being appealed to the Spanish Supreme Court

³ Art. 223: “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.”

⁴ El artículo 224 regula la instrucción de “los incidentes de recusación.”

⁵ Artículo 225: “*1. Dentro del mismo día en que finalice el plazo a que se refiere el apartado 3 del artículo 223 (...), pasará el pleito o causa al conocimiento del sustituto (...)*”. El apartado 3 del artículo 223 dispone: “*Formulada la recusación, se dará traslado a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta (...)*”.

⁶ Págs. 4 a 7, punto 2.3.

Penal no es “el órgano inmediato superior común” al que reenvían el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 23 de la LECriminal. (...)

9. En la mañana del 7 de noviembre de 2008 mi mandante presentó en el Registro de la Sección 1^a de la Sala de lo Penal la solicitud 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 (doc. anexo N° 7).

10. 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.

11. En el transcurso de la tarde del mismo 7 de noviembre mi representada ha tomado conocimiento en Internet de la información que se acompaña en el documento anexo n° 4, 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.

12. El procedimiento seguido por el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y los restantes nueve Excmos. Sres. Magistrados que le han seguido con su voto ha prescindido de las normas más esenciales de imparcialidad en un procedimiento bajo un Estado de Derecho, y ha causado indefensión absoluta a mi representada. (...)

14. En la misma tarde del 7 de noviembre de 2008, mi representada interpuso un Recurso de Súplica contra la resolución comunicada por medios de prensa, instando declarar su nulidad de pleno derecho (se acompaña copia en el documento anexo n° 5).

15. Ante la manifiesta y patente falta de imparcialidad objetiva y subjetiva del Excmo. Sr. Presidente de la Sala y otros nueve de sus miembros, de menosprecio patente del derecho de defensa de mi representada y del principio audiatur et altera pars, escándalo del que se ha hecho amplio eco la prensa internacional y nacional, mi representada entiende que concurre causa para instar que los referidos diez Excmos. Sres. Magistrados se abstengan de resolver el Recurso de Súplica así como de conocer y resolver el presente Expediente 34/2008.”

6. Como principio de prueba de la causa de recusación, la recurrente propuso:

1. *que el Sr. Secretario de la Sala de lo Penal informe*

- *de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia o instancia judicial, que constara haber planteado cuestión de competencia al Juzgado Central de Instrucción N° 5;*
- *de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia, que constara estar investigando los mismos delitos que el Juzgado Central de Instrucción N° 5 sin haber planteado cuestión de competencia;*
- *de la identidad de todos los Excmos. Sres. Magistrados asistentes a la reunión del Pleno de la Sala de 7 de noviembre de 2008 y, en particular, la de quienes fueron del parecer de*
 - a) *que la petición del Sr. Fiscal no fuera notificada a las demás partes personadas;*
 - b) *que éstas no fueran oídas antes de pronunciarse sobre la petición del Sr. Fiscal;*
 - c) *que se eximiera al Sr. Fiscal de interponer recurso de reforma ante el Juzgado Central de Instrucción antes de recurrir al Pleno de la Sala a impugnar las diligencias sobre las que versó la deliberación del día 7 de noviembre de 2008;*

2. *que el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y de cada una de las Secciones de la misma informe*

- a) *de los señalamientos previstos para el 7 de noviembre de 2008;*
- b) *de los señalamientos suspendidos en esa fecha, identificando el objeto de cada uno de los mismos, la causa de su suspensión, la hora de la misma, quién la ordenó y la finalidad alegada para ello;*
- 3. *que el responsable del Registro correspondiente de la Sala de lo Penal informe de la fecha y hora en la que el Sr. Fiscal presentó el escrito dirigido a la Sala de lo Penal y deliberado en la reunión del Pleno de 7 de noviembre de 2008;*
- 4. *que se recabe informe del Juzgado Central de Instrucción n° 5, y, en particular, sea éste oído acerca de si el Sr. Fiscal ha impugnado jamás ante el Juzgado alguna de las resoluciones acordadas en las Diligencias Previas 399/2006 y/o en el subsiguiente Sumario 53/2008, con Indicación, en su caso, del recurso que aquel hubiere interpuesto y la resolución acordada por el Instructor.*

5 *Que se oiga a cada uno de los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal sobre los hechos expuestos en el presente escrito.”*

7. Los propios recusados si proveer el incidente de recusación dictaron el Auto de 1 de diciembre de 2008, a pesar de que el artículo 60 de la LECrim dispone que “*cuando el recusado no se inhibiere por no considerarse comprendido en la causa alegada, se mandará formar pieza separada*”.

8. Seis de los Magistrados de la Sala Penal que dictó este Auto de 1-12-2008 consideran en un voto particular que éste ha violado los derechos de la recurrente de acceder al proceso, a ser oída, al debido proceso, en estos términos

- “la decisión vino a poner en crisis el proceso mediante su clausura anticipada, ya que la misma causa que ha motivado la conclusión del incidente abreviado de competencia ex art. 23 LECrim clausura fue la única y exclusiva que sustentaba aquella decisión, al margen del proceso e inaudita parte” (FD 2);
- “se intentaba sustentar la orden 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 de urgencia un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal” (FD3);
- “el Juez Central es un órgano de la legalidad frente al que la Sala no debió, al margen del proceso, pretender enseñarle la correcta interpretación de un precepto” (FD4);
- “la adopción de esa orden de paralización del proceso se hizo, como denuncia la recurrente Sra. Negrín Fetter, sin escuchar a las partes, se decir en nuestra opinión con vulneración del proceso debido que significa derecho de defensa, derecho humano básico según el orden jurídico interno e internacional” (FD6);
- “las tres resoluciones dictadas por el Juez Central de Instrucción sólo podían ser impugnadas por la vía de los recursos de reforma y de apelación. Por lo tanto, la Sala corrigió la aplicación que el Juez Central había hecho del art. 22.2 de la LECrim...desentendiéndose de las garantías del proceso debido y vulnerando el derecho de las partes a intervenir y hacerse oír” (FD 7).

9. En conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SS 258/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 258), FJ 2; 26/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 26), FJ 3; 51/2003, de 17 de marzo, FJ 3; 74/2003, de 23 de abril, FJ 3; 222/2003, de 15 de diciembre, FJ 2; 57/2006, de 27 de febrero (RTC 2006, 57), FJ 3; 22/2007, de 12 de febrero (RTC 2007, 22), FJ 4), la recurrente ha pedido a la Sala Penal del Tribunal Supremo comprobar la falta de motivación, la arbitrariedad, la manifiesta irrazonabilidad del Auto de 1 de diciembre de 2008, y del Auto de 26 de febrero de 2009 que deniega tener por preparado el recurso de casación contra aquel.

10. La Sala Penal del Tribunal Supremo, sin embargo, ha cubierto y amplificado la referida operación del Presidente de la Sala Penal y del Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, desarrollándola y consumándola en la Causa Especial Nº 20048/2009 en el modo que, por guardar directa relación con el objeto del presente recurso, sucintamente expongo:

- 10.1. ha admitido a trámite las querellas, interpuestas por personas identificadas con perpetuar la impunidad de los referidos delitos, contra el Juez que inició la investigación de la que toma causa este procedimiento (**documento anexo nº 19**);

10.2. haciendo supuesto de la cuestión, ha adelantado que estarían prescritos y amnistiados tales actos de naturaleza genocida y lesa humanidad (Auto de 26 de mayo de 2009, FJ 4º, **documento anexo nº 19**);

10.3. en el Auto de 23 de marzo de 2010 (**docs. anexos nos. 22 y 24**) ha anticipado que comparte

“las valoraciones del Instructor [Excmo. Sr. Varela] de las resoluciones analizadas [del Juez Central de Instrucción N° 5, sobre la ley de amnistía y los delitos de genocidio y lesa humanidad] como intencionadamente contrarias a las leyes e incompatibles con cualquier interpretación razonable de ellas” (...) el sentido de la decisión del Instructor [Sr. Varela] que cierra la fase previa vendrá determinada por el juicio de relevancia penal del hecho objeto de la querella admitida que se adoptó, precisamente, al admitirla a trámite [en el Auto de 26 de mayo de 2009].” [FJ 2º];

10.4 tras lo cual el Juez Instructor del Tribunal Supremo imputa al Juez Central de Instrucción N° 5 la “prevaricación” consistente en haber incoado Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad (Auto de 7 de abril de 2010, págs. 13-14, **doc. anexo nº 23**), y en el Auto de 11 de mayo “ordena” al Tribunal Supremo abrir el juicio oral ante una Sala integrada por los mismos Magistrados que han dictado los Autos de 26 de mayo de 2009 y 23 de marzo de 2010 (**docs. anexos nos. 24 y 25**);

10.5. en las Providencia de 18 de mayo de 2010 y 26 de mayo de 2010, la Sala Penal del Tribunal Supremo deniega personarse y ser oídas en la Causa Especial N° 20048/2009 a las partes denunciantes en las referidas Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 (**docs. anexos nos. 26 a 31**);

10.6. en el Auto de 3 de febrero de 2010 (**doc. anexo nº 30**) el citado Instructor de la Sala Penal del Tribunal Supremo desestima el recurso de súplica del Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central N° 5 contra la resolución de admitir que partidarios de la impunidad le imputen delito por aceptar a trámite las denuncias en que se describen actos de

*“detención ilegal, basados en un **‘plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos’**... que también cabe calificar los hechos de **genocidio**” (p. 20); ... “los hechos denunciados son constitutivos de un delito contra la Constitución entonces vigente y contra los Altos Organismos de la Nación (fundamento jurídico tercero *in fine*) que califica de conexo (fundamento jurídico duodécimo, párrafo penúltimo) con la **totalidad** de los **delitos permanentes de detención ilegal sin dar razón del paradero del detenido**, en el contexto **de crímenes contra la Humanidad**” (p. 22 del Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción N° 5, subrayado nuestro);*

10.7. deniega a la recurrente el derecho a ser parte y a ser oída también en el procedimiento sobre cuestión de competencia negativa (Recursos 6/200380/29009 y 006/0020431/2009) planteado por Jueces de Instrucción de Granada y El Escorial en relación con el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 en el procedimiento en el que aquella es parte (**docs. anexos nos. 33 a 37**). Siendo así que la LECrim. dispone que el conflicto de competencia será resuelto, dentro del procedimiento establecido, por el órgano judicial superior común. El art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone:

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

10.8. Bien al contrario, la Providencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2010 ha criminalizado la cuestión de competencia a fin de resolverla como una “cuestión prejudicial penal” en la Causa especial No 3/220048/2009 (**doc. anexo nº 32**) donde no acepta que sea oída la recurrente - ni las restantes partes en el procedimiento incoado en el JCI50, excepción hecha del Fiscal.

11. En este contexto, admitir el recurso de queja de la recurrente hubiera podido ser interpretado en el sentido de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no tiene resuelto de antemano declarar constitutivo de delito investigar en sede judicial los crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos contra el grupo nacional de los republicanos y laicos españoles, pues entraría en contradictorio con el contenido y sentido de las resoluciones que ha adoptado en la Causa Especial Nº 20048/2009.

12. El Fallo del Auto de 5 de noviembre de 2010 emerge así como una inadmisión del recurso de queja predeterminada, funcional a mantener el cierre de los tribunales españoles a la investigación y enjuiciamiento de los referidos delitos de genocidio y contra la Humanidad.

13. El recurrido Auto de 1.12.208, y la secuencia de actos procesales que le siguen, constituye una manifiesta vulneración de la Constitución española interpretada y aplicada (art. 10.2 CE) en conformidad con el CEDH y la doctrina del TEDH, según los cuales los delitos de genocidio y lesa humanidad no son prescriptibles ni amnistiables (ver la Sentencia de 2004 (página 9) en los casos contra Estonia acumulados de *August Kolk y Petr Kislyiy*, que estudia en actos cometidos en 1944 en relación con el párrafo 2 del artículo 7 del CEDH, ratificado en 1991 por Estonia).

II

CONTENIDO DEL ESCRITO

Por su medio se formula demanda en solicitud de amparo constitucional frente al Auto de 1 de diciembre de 2008, confirmado en el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional (Sala Penal) y en el Auto de 5 de noviembre de 2010 y la Providencia de noviembre de 2010 de la Sala II^a del Tribunal Supremo, que deniegan *a limine* a la requirente los derechos constitucionales que expondré acto seguido.

III

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

PRIMER MOTIVO. Vulneración del derecho al juez legal

1. La declaración que efectúa el Auto de 1 de diciembre de 2008 es contraria al criterio reiterado del Tribunal Supremo en materia de competencia, que

“en el pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, ha resuelto que, a efectos de la fijación de la competencia, el delito se habría cometido en cualquiera de los lugares de realización de alguno de los elementos del tipo. Y, por tanto, corresponderá la instrucción de la causa al primero de los que, eventualmente competentes, conforme a este criterio, hubiera empezado a actuar” (Auto de 23 de marzo de 2007, JUR\2007\131536, FJ 2º; en igual sentido, ATS de 29 de noviembre de 2007, RJ\2008\1076).

2. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no es el “tribunal superior común” al que remite el art. 23 de la LECrim.

En particular, el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1999 (RJ 1999\6677) – invocado en el FJ 2º del Auto de la Audiencia de 2-12-2008 como único apoyo de su parte dispositiva, ha sido desnaturalizado por cuanto su premisa es que el proponente del conflicto de competencia instaba atribuir ésta a un Juzgado de Instrucción distinto del que ya estaba instruyendo la causa, mientras que en la especie el Auto de 1-12-2008 no atribuye la competencia a ningún órgano judicial distinto del Juzgado Central de Instrucción N° 5. Sin embargo, la niega al único Juzgado que investiga los referidos delitos.

3. Según razonaba fundadamente el prof. Emilio Gómez Orbaneja:

- i. “De la relación del artículo 17 con el 300 de la LECriminal se desprende, inequívocamente, la facultad-deber del juez del sumario de acumular en un solo procedimiento los asuntos conexos que ante el mismo penden”⁷;
- ii. “El principio general es que el juez que recibe la competencia derivada de la conexión, no la pierde al desaparecer la causa (cosa distinta a la comprobación, por la averiguación de nuevos datos, de que esa causa no ha existido). Así: muerte del inculpado común por dos o más delitos en que haya participado con personas diferentes; o sobreseimiento parcial respecto de él, con la consiguiente apertura del juicio respecto de los demás procesados (cfr. 634 nº 2). Con mayor razón, suspensión del curso de la causa respecto del procesado común en rebeldía, o incapacitado física y mentalmente (cf. 842). En todos estos casos, la causa de conexión ha existido, porque la conexidad no se funda en la responsabilidad efectiva de una sola persona por todos los diversos delitos, sino en su inculpación por ellos. Pero si concluso el sumario que tenga por objeto todos los diversos hechos, se dictase sobreseimiento total respecto de uno de ellos, continuándose la causa por el mismo Tribunal respecto de los otros (aún cuando el delito afectado por el sobreseimiento fuese el atrayente), la nueva prosecución contra otra u otras personas por ese hecho (siendo el delito atraído), no corresponderá ya al juez de la conexidad, sino a su juez propio”⁸ (subrayado nuestro).

Por consiguiente, el juez predeterminado por la ley es en la especie el Juzgado Central de Instrucción nº 5 conforme a los arts. 300, 17, 19, 22, 25, 14.3 de la LEcrim..

La garantía establecida en el artículo 24.2 de la CE ha sido, pues, vulnerada en la especie

**

SEGUNDO MOTIVO. Vulneración del derecho a un tribunal imparcial

Artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 6 y 13 del CEDH.

El Auto de 5-11-2011 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo consuma la arbitraría e infundada inadmisión del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional. Como se ha alegado oportunamente en aquel:

1. El artículo 236 de la LEcrim permite el recurso de súplica contra los autos –en general– de los Tribunales de lo criminal.

2.- Tiene acceso al recurso de súplica el Auto que inadmite a limine una propuesta de recusación

⁷ GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, pág. 437.

⁸ Ibid., pág. 450. Las cursivas son del autor, el subrayado nuestro.

según doctrina consolidada del Tribunal Supremo (Auto de la Sala del Trib. Supremo del art. 61 LOPJ, de 28 febrero de 1999 (RJ 2001\5275); y del Tribunal Constitucional - SSTC de 20 julio de 1999 (RTC 1999\136, Pleno, y 21 de marzo de 2007 (RTC 2007\192), FJ 3); AATC de 22 de julio de 2002 (RTC 2002\136 FJ 3); 6 de junio de 1995 (RTC 1995\173, FJ 5), y 2 de febrero de 1984 (RTC 1984\64)).

2.1 El artículo 228 de la LOPJ no es de aplicación en el presente caso, por ser premisa del mismo la tramitación del incidente de recusación (STC de 24 abril de 2002 (RTC 2006\116), FJ 5), la que no ha tenido lugar en la especie.

2.2 En el procedimiento seguido contra el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Gómez de Liaño, éste formuló el 16 de noviembre de 1998 una solicitud de “abstención” de dos Magistrados del Tribunal Supremo –sin mencionar causa legal ni pedir su recusación– que fue inadmitida *a limine* en Auto de 16 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10765).

Contra éste fue interpuesto el 20 de noviembre de 1998 recurso de Súplica (sin propuesta de recusación), desestimado por Auto de 7 de enero de 1999.

Interpuesto Rº de nulidad, éste fue rechazado en ATS de 3 de febrero de 1999, que confirmó la resolución de conclusión del Sumario y de apertura del juicio oral. Interpuesto contra este un Rº de Súplica (sin propuesta de recusación), fue desestimado en el ATS de 19 de febrero de 1999, considerando que el Auto de apertura de juicio oral no admite recurso (art. 783.3 de la LECrime).

Interpuesto el 25 de febrero de 1999 recurso de recusación por el Sr. Gómez de Liaño contra todos los Magistrados de la Sala que tenía que juzgarle, aquel fue desestimado *a limine* en el [Auto de 16 de junio de 1999 \(RJ 1999, 5879\)](#) por extemporaneidad.

En el debate ulterior ante la denominada Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo, la mayoría consideró que el Sr. Gómez de Liaño debía haber formulado la recusación en el propio recurso de Súplica contra el Auto de 3 de febrero de 1999 de apertura del juicio oral, aunque la Ley no permita recurso alguno contra el mismo, cuando ya disponía de todos los elementos para fundamentarla, e inadmitió la recusación por extemporánea.

En debate ulterior, el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 66/2000 de 13 marzo, RTC 2000\66, pp. 33 y 34) aceptó la interpretación del voto mayoritario del Tribunal Supremo.

El representante del Gobierno de España ante el TEDH sostuvo que el Sr. Gómez de Liaño no había agotado los recursos internos en la impugnación de los Magistrados españoles, cuya falta de imparcialidad atacaba, al no haberlos recusado en tiempo y forma recurriendo en súplica el Auto de apertura del juicio oral.

Sin embargo, la Sentencia de 22 de julio de 2008 del TEDH en el caso *Gómez de Liaño c. España* ha desautorizado el excesivo formalismo del Tribunal Supremo y, por el contrario, estimando que ésta debió atender la petición de abstención desde el 16 de noviembre de 1998 (sugerencia de abstención sin recusación), ha entrado a conocer del

fondo del asunto y condenado al Reino de España por haber infringido el derecho a un Tribunal imparcial (art. 6.1 del Convenio).

La recurrente ha invocado expresamente esta doctrina del TEDH en cuanto a

- la propuesta de recusación de 8 de noviembre de 2008,
- la ratificación de ésta en el primer Otrosí del recurso de súplica contra el Auto de 1-12-2008,
- la independiente propuesta nueva de recusación que se formula en el Otrosí Segundo de la misma súplica,

Al no dar curso al incidente de recusación y pronunciar el Auto de 1-12-2008 los propios recusados, éste ha desconocido el derecho a un tribunal imparcial que ampara en el art. 24.2 de la CE.

3. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a un tribunal imparcial

Interpuesto el presente recurso después que el Tribunal Europeo de DD.HH. condenara al Reino de España en el caso Goméz de Liaño c. España (STEDH 2008\51, de 22 de julio de 2008), respetuosamente se solicita que el Tribunal Constitucional tenga presente la doctrina de esta Sentencia y la aplique al resolver el recurso, en particular la recogida en sus puntos 50 a 54 :

"50. El Tribunal señala que en este caso el recurso de amparo interpuesto por el demandante, en lo que concierne a la queja de falta de imparcialidad del Tribunal, fue rechazado por no haber agotado las vías de recurso ordinarias, al no haber solicitado la recusación de la Sala en tiempo y forma. Sin embargo, señala que la legislación aplicable relativa al plazo de caducidad para las demandas de recusación fue objeto de interpretaciones diversas en el seno de la misma Sala especial del Tribunal Supremo que tuvo que conocer la demanda presentada por el recurrente (apartado 27 supra), principalmente en lo que concierne al dies ad quem. En efecto, el rechazo de la recusación por extemporánea, confirmado por el Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo, se apoyaba en una de las interpretaciones posibles de la legislación procesal. El Tribunal recuerda al respecto que no le corresponde sustituir a las jurisdicciones internas. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, principalmente a los juzgados y tribunales, interpretar la legislación interna (ver, mutatis mutandis , Sentencias Brualla Gómez de la Torre contra España / TEDH 1997, 21 de 19 diciembre 1997, Repertorio 1997-VIII). El Tribunal señala que la recusación fue declarada extemporánea, debido a que el demandante la presentó no después de la decisión de envío a juicio sino una vez que esta decisión se convirtió en definitiva. Esta interpretación de la legislación procesal, discutida por cinco magistrados de la Sala especial del Tribunal Supremo y por el magistrado ponente del Tribunal Constitucional, parece demasiado rigurosa y formalista, ya que privó al demandante de la posibilidad de hacer examinar a fondo la queja relativa a la presunta parcialidad del Tribunal y de prevenir, llegado el caso, una situación contraria a la exigencia de imparcialidad que se desprende del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) . El Tribunal recordó al respecto la importancia de la confianza de que los Tribunales de una sociedad democrática inspiren al justiciable (Remli contra Francia / TEDH 1996, 221 , Sentencia de 23 abril 1996, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-II, ap. 48).

51. En cualquier caso, el Tribunal señala que el demandante solicitó en dos ocasiones, el 16 de noviembre de 1998 y el 20 de diciembre de 1998, a la Sala en cuestión que se abstuviera de examinar su causa, invocando la Sentencia Castillo Algar (TEDH 1998, 51) . Ahora bien, los miembros de la Sala, conscientes de los temores del demandante, no consideraron necesario inhibirse por iniciativa propia (ver, mutatis mutandis, Hayschmidt contra Dinamarca [TEDH 1989, 8] de 24 mayo 1989, serie A núm. 154, pg. 21, ap. 1). Al respecto, señala que en derecho español existe una disposición de orden general, el artículo 221 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , en vigor en la época de los hechos, que obliga al Juez concernido por una de las causas de abstención o de recusación prevista por la Ley a abstenerse de conocer el asunto sin tener que esperar a ser recusado (ver Sentencia Pescador Valerto contra España [TEDH 2003, 27] (...)).

52. En estas condiciones, no se podría afirmar que las autoridades nacionales no tuvieron la posibilidad de corregir la violación alegada del artículo 6.1 (RCL 1999, 1190, 1572) (ver, mutatis mutandis , Castillo Algar contra España [TEDH 1998, 51] , Sentencia de 28 octubre 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VIII, ap. 35, y Romero Martín contra España [TEDH 2006, 42] [dec], núm. 32045/2003, 12 junio 2006). El Tribunal considera que esto sería hacer prueba de un «formalismo excesivo» considerar que el demandante omitió agotar las vías de recurso internas al no respetar las reglas procesales prescritas (ver, mutatis mutandis , Corcuff contra Francia [JUR 2007, 291837] , núm. 16290/2004, ap. 27, 4 octubre 2007).

53. En consecuencia, la excepción de no agotamiento de las vías de recurso internas planteada por el Gobierno no podría ser admitida.

54. El Tribunal constata que la queja planteada del derecho a un Tribunal imparcial no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio [RCL 1999, 1190, 1572] . Por otro lado, señala que no presentaba ningún otro motivo de inadmisión y, por tanto, conviene declararla admisible.” (Subrayado nuestro).

**

TERCER MOTIVO.-Denegación del derecho de acceso a los recursos establecidos en la ley

Vulneración del Art. 24 de la Constitución

1. El Auto de 5 de noviembre de 2010 fundamenta su desestimación del recurso de queja en una sola Sentencia, de la propia Sala II del Tribunal Supremo, la núm. 1038/2009 de 3 noviembre ([RJ 2009\7826](#)), que fue dictada en un recurso de casación contra actos en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena o sustitución de las penas privativas de libertad. Supuestos éstos no comparables ni aplicables a los del presente procedimiento, dimanante de una cuestión de competencia planteada por el cauce del art. 23 de la LECrim..

Esa misma Sentencia núm. 1038/2009, de 3 noviembre, sin embargo, agrega

“Es oportuno recordar, en este sentido, la [sentencia de 07-05-2002 n° 850 \(RJ 2002, 5958\)](#) que nos dice: “el párrafo 10 del art. 848 LECrim sólo autoriza la casación por infracción de ley contra los autos definitivos de las Audiencias y los dictados en apelación por los Tribunales Superiores de justicia, en los supuestos expresamente establecidos, citándose como tales los relativos a cuestiones de competencia, a que se refieren los arts. 23, 31, 32, 35, 40 Y 43 de la LECrim, el derivado de la recusación mencionada en el art. 69 de la Ley procesal penal, (...)”,

y aplica la doctrina de la [Sentencia de 07-05-2002 n° 850 \(RJ 2002, 5958\)](#) según la cual:

“esta Sala ha creado un cuerpo de doctrina, pacíficamente reiterado en numerosos precedentes jurisprudenciales (entre los más recientes pueden citarse SSTS de 11 de mayo [RJ 1998\4988] y 18 de noviembre de 1998 [RJ 1998\9423] , 1 de septiembre de 1999 [RJ 1999\7181] , 13 de octubre de 1999 [RJ 1999\7032] , 26 de febrero [RJ 2000\2256] y 26 de abril de 2000 [RJ 2000\3722] , 26 de junio [RJ 2001\566] y 23 de octubre de 2001) respecto a las resoluciones recurribles en casación que contempla el art. 848 LECrim, estableciendo que:

1) El párrafo primero del indicado precepto sólo autoriza la casación por infracción de Ley contra los autos definitivos de las audiencias y los dictados en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, en los supuestos expresamente establecidos, citándose como tales los relativos a cuestiones de competencia, a que se refieren los arts. 23, 31, 32, 35, 40 y 43 de la LECrim, el derivado de la recusación mencionado en el art. 69 de la Ley procesal penal, el previsto en el art. 625 de la misma Ley, referente a declaración del hecho falta, los especificados en el art. 676 de la LECrim, relativos a los artículos de previo pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción, cosa juzgada, prescripción y amnistía e indulto, el supuesto de acumulación de penas que contempla el art. 988 de la Ley procesal penal, y el caso de condena condicional por ministerio de la Ley que preveía el art. 95 del CP/1973 (RCL 1973\2255; NDL 5670) (STS de 23-1 [RJ 1992\43] , 23-12-1992 (RJ 1992\10316) , y 9-7-1993 (RJ 1993\606) “ (subrayado nuestro).

Por consiguiente, cabe recurso de casación frente al Auto de 1 de diciembre de 2008, su denegación en el presente caso es inmotivado, arbitrario, sin causa legal, incongruente consigo mismo.

2. El Tribunal Constitucional ha precisado que cuando la decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos, el juicio ha de ceñirse a los cánones que se aplican al control de la aplicación del derecho material, y su revisión en sede constitucional es posible cuando se deniegue el acceso al recurso de forma inmotivada, basándose en una causa legal inexistente o en una interpretación de la misma manifiestamente arbitraria o infundada (por todas, [STC 122/2007 de 21 de mayo \(RTC 2007, 122\)](#), FJ. 4º).

**

MOTIVO CUARTO.-Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión formulada

Vulneración del artículo 24 de la Constitución.

1. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que determinados supuestos de falta de respuesta judicial a las cuestiones planteadas por las partes en el proceso constituyen denegaciones de justicia en sentido propio, y aparecen por ello vedadas por el art. 24.1 CE. La STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52) afirma:

«Tal vacío de tutela judicial con trascendencia constitucional se produce, en esencia, cuando una pretensión relevante y debidamente planteada ante un órgano judicial no encuentra respuesta alguna, siquiera tácita, por parte de éste. No es el nuestro en tales casos un juicio acerca de «la lógica de los argumentos empleados por el juzgador para fundamentar su fallo», sino sobre el «desajuste externo entre el fallo judicial y las pretensiones de las partes» (SSTC 118/1989, de 3 de julio [RTC 1989\118], F. 3; 53/1999, de 12 de abril [RTC 1999\53], F. 3; 114/2003, de 16 de junio [RTC 2003\114], F. 3)... se trata de un quebrantamiento de forma que... provoca la indefensión de alguno de los justiciables alcanzando relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuzgada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos o intereses legítimos sometidos a su jurisdicción, provocando una denegación de justicia» (F. 2).

2. En el presente caso, la comparación entre, de una parte,

-a) las pretensiones formuladas en el escrito de la recurrente de 8 de noviembre de 2008 (y en el recurso de queja contra el Auto de 1 de diciembre de 2008),

y, de otra parte,

b) la relación de hechos y los fundamentos de derecho del Auto de 1-12-2008 (y de las decisiones que lo han confirmado)

muestra la absoluta falta de respuesta a las pretensiones formuladas

1) en el escrito de 8-11-2008 (y en el recurso de súplica de 16 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional), y

2) en el recurso de queja de 26 de febrero de 2009.

**

QUINTO MOTIVO. Incongruencia

1. El Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (al igual que el Auto de 5 de noviembre de 2010 y la Providencia de 29 de noviembre de

2010 de la Sala Penal del Tribunal Supremo) no han valorado en modo alguno las pretensiones formuladas por la recurrente y, por consiguiente, tampoco las del recurso de nulidad de 16 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008.

2. Concurren en la especie los requisitos para que la incongruencia tenga relevancia constitucional:

a) Las cuestiones fundamentales no resueltas han sido planteadas ante la Audiencia Nacional (y el Tribunal Supremo) en escritos presentados en el momento procesal oportuno (por todas, STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52) F. 2);

b) se plantearon no ante cualquier cuestión, sino ante la prohibición de practicar diligencias de prueba ordenada al margen de los recursos legales, que tiene lugar en el proceso, según la fundamentación o *causa petendi* expuesta en el escrito de 8 de noviembre de 2008, en el recurso de súplica y subsidiario de casación de 16 de diciembre de 2008 y en el recurso de queja.

Como recuerda la STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52) (F. 2), con cita de las SSTC 124/2000, de 16 de mayo (RTC 2000\124), y 40/2001, de 12 de febrero (RTC 2001\40) (F. 3)

«el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos -partes- y objetivos -causa de pedir y petitum. Ciñéndonos a estos últimos, la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre»,

Esta precisión sobre el objeto de la incongruencia constitucionalmente relevante

«ha servido, en primer lugar, para poder constatarla en supuestos en los que sí hay respuesta judicial a la petición, pero en correspondencia a otro fundamento y con ello a otra pretensión. En segundo lugar, la restricción de la incongruencia omisiva relevante ex art. 24.1 CE a la que tiene por objeto la pretensión procesal distingue estos supuestos de los que se suscitan por falta de respuesta a las alegaciones no sustanciales con las que se quiere avalar las pretensiones. Estos últimos supuestos no deben analizarse desde la perspectiva de la inexistencia de respuesta judicial, sino desde la menos rigurosa de la motivación de la misma, y en ellos puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones aportadas, cabiendo una respuesta global o genérica a todas ellas aunque se omita una consideración singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales» (STC 193/2005, de 18 de julio [RTC 2005\193], F. 3).

3. En la especie, las resoluciones recurridas dejan imprejuzgadas las pretensiones deducidas por la recurrente en el Sumario que instruye el JCI5o, en su comparecencia ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional antes de dictar el Auto de 1 de diciembre de

2008, así como en el recurso de súplica de 16 de diciembre de 2008 y subsidiario de preparación del recurso de casación contra dicho Auto, y en el subsiguiente recurso de queja ante el Tribunal Supremo.

4. A tal falta de respuesta le es de aplicación la doctrina reiterada en la STC 52/2005, de 14 de marzo (RTC 2005\52),

«no debe hacerse equivaler a la falta de respuesta expresa, pues los requisitos constitucionales mínimos de la tutela judicial pueden satisfacerse con una respuesta tácita, análisis éste que exigirá una cuidadosa y particularizada atención al tenor de la resolución impugnada (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio [RTC 1995\91], F. 4; 56/1996, de 15 de abril [RTC 1996\56], F. 4; 114/2003, de 16 de junio [RTC 2003\114], F. 3). Para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita tal -y, con ello, de una mera omisión sin trascendencia constitucional- "es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita" (SSTC 1/2001, de 15 de enero [RTC 2001\1], F. 4; 141/2002, de 17 de junio [RTC 2002\141], F. 3).»

5. En el presente caso la incongruencia omisiva es manifiesta, y vulnera las garantías amparadas en los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de DDHH en relación con el art. 24 de la Constitución española, en sus dimensiones de derecho a un pronunciamiento congruente y motivado sobre las pretensiones deducidas.

6. Cualquiera que sea el canon que apliquemos el resultado es el mismo: la denegación de justicia; la existencia de una denegación de tutela carente de fundamentación razonable.

7. El Tribunal Constitucional tiene declarado respecto de las pretensiones que la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más excepción que la de una desestimación tácita de la pretensión, de modo que del conjunto de razonamientos de la decisión pueda deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión, sino además los motivos de la respuesta tácita (por todas, SSTC de 31 de mayo de 2005 y 85/2000, de 27 de marzo, RTC 2000, 85, F. 3).

8. En la especie, la recurrida decisión de la Audiencia Nacional (como las del Tribunal Supremo que la confirman) carecen de motivación y razonamiento lógico congruente con las pretensiones planteadas.

9. En el sistema jurídico de España y del Convenio Europeo de DD. HH. es preceptiva la nulidad de una resolución donde el sentido común y la lógica más elemental son reemplazados por la incongruencia, según reiterada jurisprudencia constitucional (SS. T. C. de 15/2008, de 31 de enero de 2008, FJ4; 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3;

242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 47/2006, de 13 de febrero, FJ 3); de 28 de octubre de 1987; 32/1982, de 7 de junio (RTC 1982\32), STC 125/1987, de 15 de julio (RTC 1987\125), STC 67/1984, de 7 de junio (RTC 1984\67).

**

SEXTO MOTIVO. Discriminación en la aplicación de la ley

Vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 24 de la Constitución.

1. El Auto de 1-12-2008 (y las sucesivas decisiones que lo confirman) es manifiestamente discriminatorio respecto del grupo nacional español de opiniones republicanas y convicciones laicas víctima de los delitos investigados en el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional.

2. Ante la denuncia de actos de naturaleza genocida y lesa humanidad cometidos por el Movimiento Nacional contra dicho grupo nacional la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (y del Tribunal Supremo) ha cambiado consolidados criterios en la aplicación de la Constitución española y del CEDH al prohibir –y al margen de los recursos establecidos- al Juez legal investigar delitos de lesa humanidad y de naturaleza genocida.

3. En efecto, bajo el sistema legal de la Constitución y el CEDH, no existe hasta la fecha doctrina alguna de la Audiencia Nacional (ni jurisprudencia del Tribunal Supremo) que resulte conforme con el contenido y sentido del Auto de 1-12-2008 (y las decisiones que lo confirman).

4. Tal cambio de criterio, sin embargo, no ha sido expreso ni razonado, sino arbitrario.

5. Sin perjuicio de que, además, el criterio aplicado en el Auto de 1-12-2008 (y en las decisiones que lo confirman) es incompatible con garantías constitucionales y del CEDH que la Sala Penal está obligada a respetar y aplicar de manera efectiva también al grupo nacional español de opiniones republicanas y convicciones laicas.

5. Igual discriminación inmotivada se da en cuanto a la inadmisión por la Audiencia Nacional (y el Tribunal Supremo) del recurso de casación contra el Auto de 1-12-2008, recurrible según criterios consolidados de la Sala Penal del Tribunal Supremo. Que son de aplicación al Auto de 1 de diciembre de 2008 en cuanto que este

1º. Resuelve una cuestión de competencia por el cauce del art. 23 LECrim;

- 2º Tiene carácter definitivo (art. 848 LECrim);
- 3º Infringe garantías constitucionales (arts. 852 y 851.6 LECrim);
- 4º Deniega la práctica de pruebas pertinentes (art. 850.1º LECrim);
- 5º Ha sido pronunciado en el ámbito del art. 25 LECrim,

como hemos razonado en los fundamentos del escrito de preparación (**doc. anexo No 3**) del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008, en el recurso de queja (**doc. anexo No 11**) y en el incidente de nulidad de 25-11-2010 (**doc. anexo No 13**, págs. 10-16) del Auto de 5 de diciembre de 2010 del Tribunal Supremo, que damos aquí por reproducidos.

6. Tiene declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, entre otras SSTC 63/1984 ([RTC 1984\63](#)); 78/1984 ([RTC 1984\78](#)) y 68/1991 de 8 abril, RTC 1991\68, que el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley protegido por el art. 14 de la Constitución significa que un mismo órgano judicial no puede modificar el sentido de las decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente idénticos a no ser que se aparten conscientemente de él, ofreciendo una fundamentación suficiente y razonable que motive el cambio de criterio o, en ausencia de tal motivación expresa, resulte patente que la diferencia de trato tiene su fundamento en un efectivo cambio de criterio por desprenderse así de las propias resoluciones judiciales, o por existir otros elementos de juicio externo que así lo indiquen, como podrían ser posteriores pronunciamientos coincidentes con la línea abierta por dichas resoluciones.

7. El Auto de 5-11-2010 no ha observado estos presupuestos de constitucionalidad.

**

SEPTIMO MOTIVO. Denegación de justicia. Impide la investigación judicial de actos de genocidio y lesa humanidad

Denegación de acceso a la jurisdicción. Vulneración de los artículos 24, 14, 10.2 y 9.3 de la Constitución española.

1. Al consolidar el cierre de los Tribunales de España –continuado desde el 17 de julio de 1936- a las víctimas de los actos de naturaleza genocida, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y otros contra el grupo nacional español de opiniones republicanas y convicciones laicas, investigados en el Juzgado Central de Instrucción N° 5, la resolución recurrida de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (y las decisiones que la confirman) incurre en manifiesta denegación de justicia, vulnerando garantías fundamentales amparadas por los artículos 24 y 14 en relación con los arts. 10.2 y 9.3 de la Constitución española, así como por los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 13, 14 y 17 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades

fundamentales, y el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea,

2. El Auto de 1 de diciembre de 2008 se articula en el tiempo con la lógica y sentido de las decisiones relacionados con el presente procedimiento adoptadas después por la Sala Penal del Tribunal Supremo, que determinan el sentido de aquel y hemos resumido en la Sección I, puntos 10 a 13, del presente escrito.

3. Ello vulnera los artículos 6 y 13 del CEDH. Es doctrina del TEDH que los delitos de genocidio y lesa humanidad no son prescriptibles ni amnistiables.

4. La Sentencia del TEDH en el caso *Ould Dah c. Francia*, de 17 de marzo de 2009, considera que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar y perseguir los delitos de lesa humanidad, de evitar su impunidad (pág. 17).

5. En la Sentencia del caso *Kononov c. Letonia*, de 24 de julio de 2008, para. 146, el TEDH estudia un crimen de guerra cometido en mayo de 1944 y tras constatar que el art. 6.C del Estatuto del Tribunal de Nüremberg de 1945 reconoce los crímenes contra la humanidad cometidos antes o después de la II Guerra Mundial, que la validez universal de los principios sobre imprescriptibilidad de estos crímenes fue confirmada, entre otras, en la resolución 95 de la Asamblea General de la ONU de 11 de diciembre de 1946, y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional, concluye que son imprescriptibles los delitos identificados en el artículo 1 del Convenio de NNUU de 26-11-1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz.

6 En la Sentencia (Gran Sala) de 17 de mayo de 2010, el TEDH ha confirmado la Sentencia de 24-07-2008, señalando que si bien es en mayo de 1990 cuando Letonia adhirió al CEDH, el juicio celebrado el 30 de abril de 2004 que condenó al autor de los hechos de **1944** ha aplicado los tipos penales de la enmienda de 6 de abril de 1993 al Código Penal lituano de 1961, lo que respeta el art. 7 del CEDH al ser dicha enmienda conforme con los principios establecidos en normas y precedentes de derecho internacional consuetudinario y convencional aplicables también a crímenes de lesa humanidad, entre otros en los Convenidos de La Haya de 1899 y 1907, en el Estatuto de agosto de 1945 del Tribunal de Nüremberg y su Sentencia de 1946, en el Estatuto del Tribunal de Tokio de 1946 y su Sentencia de 1948, en los “Principios de Nüremberg” aprobados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional, en el Convenio de las NNUU de 26 de noviembre de 1968 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968, en el Convenio europeo de 1974 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad. Es decir principios y normas de derecho internacional consuetudinario vigentes en España antes y después del 17 de julio de

1936 aplicados en el Sumario que se ha prohibido instruir al Juzgado Central nº 5 (y a cualquier otro de España, so pena de ser procesado por prevaricación como la Sala Penal del Tribunal Supremo ha resuelto en cuanto al titular de ese Juzgado).

7. El Auto de 1-12-2008 (y las decisiones que lo confirman) constituye, por este motivo, un abierto desafío a la aplicación efectiva de los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3 de la Constitución española en conformidad con los citados artículos del Convenio Europeo de DD. HH.

**

OCTAVO MOTIVO. Vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas

Vulneración del artículo 24 de la Constitución, en relación con los artículos 6 y 13 del CEDH.

1. El desconocimiento de esta garantía a la recurrente ha sido tan flagrante que ha llevado a varios Ilmos. Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional a formular el voto discrepante con el Auto de 1 de diciembre de 2008 que se resume en el punto 8 de la Sección I del presente escrito, cuya fundamentación comparte la recurrente y tiene aquí por íntegramente reproducida en apoyo del presente motivo.

2. Se significa, además, que

1. El Auto de la Sala Penal priva a la recurrente de todo órgano judicial que investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 que le afectan;

2. El medio utilizado para cometer el acto de denegación de justicia es un fraude de ley, pues

2.1 el artículo 23 de la LECriminal ha sido utilizado no para dirimir un conflicto de competencia, inexistente en la especie; no para atribuirla a otro órgano judicial que prosiga la investigación de los delitos, sino para hacer una calificación jurídica sobre el fondo, vedada en la fase y en el cauce procesal que ha promovido el Fiscal, a fin de obstruir la continuación de la investigación judicial. Siendo así que el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no permitía a la Fiscalía impugnar la instrucción mediante la negación de competencia al Juzgado Instructor, pues no es la competencia lo que el Fiscal ha impugnado sino el fondo mismo del asunto.

2.2 El art. 23 LECrim. tiene como finalidad denunciar la incompetencia cuando se considera que es otro el tribunal competente, no cuando una parte entiende que no lo es el que tramita el asunto, es decir que carece de competencia objetiva, pues para esto último ya dispone de la declinatoria, que tiene en la ley procesal una tramitación clara, como cuestión de previo pronunciamiento, que debe resolverse una vez conclusa la instrucción, no antes (artículo 45 LECrim);

2.3 En el Auto de 18.11.2008 (**doc anexo no 18**) el Juez Instructor se inhibe parcialmente a favor de Juzgados territoriales que estima competentes. Al no haber sido impugnado por ninguna de las partes, es firme y ha quedado sin contenido el incidente del artículo 23 LECrim.

2.4 El Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional **no ha designado cuál sería el órgano judicial competente** para investigar los delitos objeto del citado Sumario 53/2008.

3. El Auto de 1-12-2008 (y las decisiones que lo confirma) ha consolidado el abuso de derecho y la mala fe del Fiscal en el presente procedimiento, causado indefensión y daño a la recurrente

IV

ANTECEDENTES PROCESALES

1. La recurrente ejercita la acusación particular en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, por presuntos delitos de genocidio, lesa humanidad y otros cometidos en España (**doc. anexo No 5**).

En esta condición se ha personado el 27 de octubre de 2008 en el Expte. 34/2008, sobre supuesta cuestión de competencia, planteada por el Fiscal por el cauce del art. 23 de la LECrim ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional, sin que ningún otro órgano judicial estuviera investigando los mismos hechos, en particular que la insurrección armada de 17 de julio de 1936 contra los legítimos Altos Organismos del Estado español y su Gobierno no habría sido el medio de, y habría tenido como fin, cometer actos de naturaleza genocida y crímenes de lesa Humanidad contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas.

2. Según consta en los autos (**doc anexo No 9 bis**), en fecha 7 de noviembre de 2008 la recurrente tuvo conocimiento de la siguiente publicación en los medios digitales:

“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha suspendido cautelarmente la apertura de fosas de la Guerra Civil y el franquismo hasta que se dirima si el juez Baltasar Garzón es competente para hacerse cargo de la investigación. 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. (...)

El juez Santiago Pedraz autorizó ayer, en sustitución de Garzón que se encuentra de baja médica, que la familia de Federico García Lorca pudiera estar presente en la apertura de la fosa del poeta. También permitió la exhumación de varios cadáveres de republicanos enterrados junto a Franco en el Valle de los Caídos. Previamente, Garzón acordó la apertura de otras 19 fosas como le pedían una veintena de asociaciones para la recuperación de la Memoria Histórica.”

3. El mismo día 7 de noviembre de 2008 la recurrente interpuso recurso de reforma contra la resolución (**doc. anexo No 9 bis**) así publicitada, instando su nulidad por los motivos que en el mismo se exponen, en particular instando que se le diera traslado de la cuestión de competencia del Fiscal y ser oída al respecto (**doc. anexo No 2**).

4..- El 9 de diciembre de 2008 la Audiencia Nacional notificó el Auto del día 1 anterior (**doc. anexo No 1**) que, sin haber dado nunca traslado a la recurrente del escrito del Sr. Fiscal de 7 de noviembre de 2008, ni oírla al respecto, desestimaba el recurso de súplica del 7 de noviembre de 2008 contra la resolución de esta misma fecha.

5.- El día 16 de diciembre de 2008 mi representada ha presentado un escrito en el que suplicaba (**doc. anexo no 3**):

“interpongo recurso de nulidad por el cauce del art. 240.1 de la LOPJ contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 y solicito que, en primer lugar, a los efectos del derecho a un tribunal imparcial en la resolución del presente recurso, se de curso al incidente de recusación promovido el 9 de noviembre de 2008, reiterado en la respetuosa propuesta independiente de recusación formulada en fecha 12 de diciembre de 2008 contra los Señores Magistrados identificados en ambos escritos; a los efectos previstos en el artículo 44 y concordantes de la LO del Tribunal Constitucional, se designa como infringido el artículo 24 de la CE; y, tras los trámites oportunos, se estime tal proposición; que resuelto que haya sido el incidente de recusación, se digne estimar el presente recurso y revocar dicho Auto, por contrario imperio, y en el que le sustituya acuerde la retroacción de actuaciones hasta la fecha del 7 de noviembre de 2008, en que se formuló recurso de nulidad contra el Auto de igual fecha, y seguir el debido proceso,

subsidiariamente, acuerde la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 2008 y retrotraer las actuaciones hasta la fecha inmediatamente posterior a la del 9 de noviembre de 2008, en que se formuló incidente de recusación, y seguir el debido proceso;

subsidiariamente, admita y se digne, igualmente, dar impulso al recurso de casación que se prepara por infracción de ley y de precepto constitucional contra el Auto de 1 de diciembre de 2008; se digne ordenar que se expida y me sea entregado el referido testimonio del Auto de 1 de diciembre de 2008, y mande después emplazar a las partes para su comparecencia ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, elevando al citado Tribunal certificación de los votos reservados si los hubiere, o negativa en su caso, así como la certificación a que se refiere el artículo 861.2 de la Ley Procesal Penal, debiendo también elevar a dicho Tribunal testimonio del presente Expediente 34/2008, con sus distintas piezas, todo ello a tenor de lo previsto en el párrafo 3º del referido art. 861 de la LEcrim.; tener por consignada la promesa de constituir el depósito de casación.”

6. En el mismo escrito de 16.12.2008 se reiteraba (Otrosí 1º) la respetuosa propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008 y, para el supuesto caso de que la misma no fuera tramitada, se formulaba una nueva e independiente recusación en los términos que en el OTROSI se indican.

7. En fecha 16 de diciembre de 2008 la recurrente ha ratificado en presencia judicial las propuestas de recusación de 9 de noviembre y 16 de diciembre de 2008.

8. El 15 de enero y 16 de febrero de 2009 la recurrente pidió a la Sala Penal de la Audiencia Nacional que le diera “*traslado de la resolución adoptada en cuanto a las respetuosa propuesta de recusación reiterada*” el 16 de diciembre de 2008 (**docs. anexos 6 a 8**).

9. En Auto de 26 de febrero de 2010 dicha Sala Penal acordó inadmitir *a limine* el incidente de nulidad del Auto de 2.12.2008 y las peticiones de recusación de 9 de noviembre de 2008).

10. En Auto de la misma fecha 26 de febrero de 2009 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional determinó tener por no preparado el recurso casación contra el Auto de 1-12-2008 (**doc. anexo No 10**).

11. El 6 de marzo de 2010 y al amparo del artículo 862 de la LEcrim, la recurrente ha solicitado del Tribunal *a quo* tener por preparado recurso de queja contra el segundo Auto de 26 de febrero de 2009 y remitir copia certificada del auto denegatorio, junto con el escrito de preparación .

12. El 26 de marzo de 2009 la recurrente se personó ante la Sala II del Tribunal Supremo instando tener por interpuesto recurso de queja contra el Auto de fecha 26 de

febrero de 2009 dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y, tras su tramitación legal, dejarlo sin efecto y, en su lugar, tener por preparado el recurso de casación(**doc. anexo No 11**)..

13. En Auto de 5 de noviembre de 2010 el Tribunal Supremo ha inadmitido a trámite el recurso de queja contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional (**doc. anexo No 12**). Solicitud la nulidad de aquel por vulnerar garantías constitucionales (**doc. anexo No 13**), ha sido inadmitida a trámite en la Providencia de 29-11-2010 (**doc. anexo No 14**). .

**

V
REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO

Primero.- Plazo de interposición.

En conformidad con el art. 44.2 de la LOTC y la LO 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo), la presente demanda se interpone antes de que haya transcurrido el plazo de treinta días contados a partir de la notificación –el 3 de diciembre de 2010- de la Providencia de 29 de noviembre de 2010 de la Sala II del Tribunal Supremo, que desestima el recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de 5 de diciembre de 2010 de la misma Sala que, a su vez, desestima el recurso de queja contra el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que denegó tener por preparado el recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008.

Se acredita ello mediante la aportación de copia sellada de la diligencia de notificación de la Providencia de 29 de noviembre de 2009 (**documento anexo nº 14**).

Segundo.- Agotamiento de los recursos utilizables.

Frente al Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional -la primera resolución judicial en la que se desconoció de modo inmediato el derecho a un Tribunal independiente e imparcial formulado en el escrito de 8 de noviembre de 2008- la recurrente ha utilizado todos los medios que estaban a su alcance (art. 44.1.a) LOTC), a saber:

- el Rº de súplica y subsidiariamente de casación de 16-12-2008 contra el Auto de 1-12-2008 (**doc. anexo No 3**), seguido de

- recurso de queja de 26-03-2009 contra el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional que deniega el acceso a la casación, y de

- incidente de nulidad de 25-11-2010, por el cauce del art. 241.1 de la LOPJ –en conformidad con la doctrina de STC núm. 55/2007 (Sala Primera, de 12 marzo, Recurso de Amparo núm. 6820/2004, FJ 2º), contra el Auto del Tribunal Supremo que inadmite el recurso de queja.

El art. 871 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que contra la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo la queja, no se da recurso alguno.

Tercero.- Invocación formal del derecho vulnerado

La invocación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 24.1, 24.2 y 14 de la Constitución española se ha realizado desde la primera ocasión en que la vulneración ha tenido lugar, y se ha reiterado en los sucesivos recursos.

Así es de ver en la copia de los citados documentos que se acompañan.

No existe ocasión procesal ninguna para efectuar invocación adicional ante la misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

VI

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia

La competencia objetiva para el conocimiento de la demanda de amparo corresponde a la Sala, o, en su caso, Sección, del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución española y en los artículos 2.1,b), 11, 50 y 52 de la LOTC.

Segundo.- Legitimación

Doña Carmen NEGRIN FETTER está activamente legitimada para promover el presente recurso, en cuanto que es parte acusadora en el Sumario incoado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y en el Expte. 34/2008 ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional del que dimana el presente recurso de amparo (**doc. anexo No 5**), y ha resultado agraviada por la vulneración de las referidas garantías constitucionales.

Tercero.- Procedimiento

La tramitación del procedimiento se ajustará a lo establecido en el Capítulo II del Título III de la LOTC.

Cuarto.- Derecho aplicable de relevancia en la resolución del presente recurso

Derecho sustantivo

1.- El art. 6.1⁹ del **Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, en relación con los arts. 24, 14 y 10.2 de la Constitución y el art. 219 LOPJ, en sus puntos 10º y 11º.

2.- El **artículo 13** del mismo **Convenio Europeo de Derechos Humanos** en relación con los artículos 24, 14 y 10.2 de la Constitución

“Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.”

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

1. La constante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el respeto al canon de los derechos fundamentales establecido en el CEDH y otros Tratados vigentes en España. Así, la STC núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), tiene declarado:

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

2. Las resoluciones recurridas han incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina anteriormente citada del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la LOPJ), vinculante “*en todo tipo de procesos*”.

3. Asimismo, han infringido la doctrina sentada

⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...).”

- en la STC núm. 66/2000, de 13 marzo (RTC 2000\66, pp. 33 y 34) aceptando la interpretación de la denominada Sala del art. 61 del Tribunal Supremo que estimó que la parte debía haber formulado la recusación incluso **en el propio recurso de Súplica interpuesto contra un Auto, aunque la Ley no permitiera recurso alguno contra el mismo**, cuando ya disponía de todos los elementos para fundamentarla (así lo hizo hecho mi representada en sus escritos de 9 de noviembre y 16 de diciembre de 2008);

- en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 192/2007 (Pleno), de 21 marzo, recurso de Inconstitucionalidad núm. 8045/2006 (RTC 2007\192 AUTO), según el cual

“FJ 3. (...) Y distintos al presente son los casos que dieron lugar a los AATC 64/1984, de 2 de febrero (RTC 1984\64 AUTO), y 136/2002, de 22 de julio (RTC 2002\136 AUTO), en los que resolvimos sendos recursos de súplica contra resoluciones que habían acordado no admitir a trámite las solicitudes de recusación formuladas. La diferencia con el caso aquí planteado es clara ya que el Auto de 5 de febrero de 2007 (RTC 2007\26 AUTO) que ahora se recurre en súplica ha puesto fin al incidente recusatorio una vez tramitado el mismo y habiéndose resuelto sobre el fondo de las causas de recusación planteadas. Este diferente tratamiento se corresponde también con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de enjuiciamiento civil, que no establecen el carácter irrecusable de cualesquiera resoluciones recaídas en un incidente de recusación sino sólo de la que lo decide, debiéndose entender por tal la que examina el fondo de la pretensión recusatoria. En efecto, la resolución que inadmite de plano una recusación aparece contemplada en los arts. 223 LOPJ y 107 LECiv, que no la consideran irrecusable, mientras que en el art. 228 LOPJ lo que se regula es la estimación o desestimación de la recusación una vez tramitado el incidente, siendo precisamente en los arts. 228.3 LOPJ y 113 LECiv —y no en otros— en los que se establece que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno».

4. Sin embargo, el Auto de la Audiencia Nacional de 6 de marzo de 2009 (página 3, *in fine*) sostiene que no cabía a la recurrente reiterar la recusación en el recurso de nulidad de 16 de diciembre de 2008, y la inadmite a trámite *a limine* por segunda vez.

**

Vulneración cometida en la resolución impugnada

1. En el recurso de amparo no se plantea debatir de nuevo el contenido del Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, ni la interpretación y consecuencias de su Fallo y de las resoluciones vinculadas al mismo que han sido adoptadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo en procedimientos conexos dirigidos a mantener el cierre de los Tribunales, continuado desde el 17 de julio de 1936, respecto de actos de genocidio y delitos de lesa humanidad contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas cometidos hasta el 15 de junio de 1977.

2. El recurso se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que el Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional (y las decisiones que lo confirman) han hecho de los derecho constitucionales oportuna e inmediatamente invocados por la recurrente frente al Auto de 1-12-2008, y del amparo de las garantías constitucionales negadas a la recurrente, a saber derecho a la tutela judicial efectiva, a un juez predeterminado por la ley, a un tribunal imparcial, a un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas, a acceder a los recursos establecidos en la Ley, al debido proceso, a la interdicción de la denegación de justicia, de la incongruencia, de la discriminación en la aplicación de la ley y de la denegación de justicia ante actos de genocidio y lesa humanidad.

3. El recurso solicita que otorgando el amparo se garantice la efectividad de los derechos constitucionales vulnerados,

La tutela que se solicita

Por todo ello,

1. se solicita el otorgamiento del amparo frente a las relatadas vulneraciones, mediante la declaración de que el Auto de 1 de diciembre de 2008 -y el de 26 de febrero de 2009 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional que lo confirma, así como el Auto del 5-11-2010 y la Providencia del 29-11-2010 del Tribunal Supremo (Sala II)- han vulnerado el derecho al juez legal, a un tribunal imparcial, a un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas, a acceder a los recursos establecidos en la Ley, a la interdicción de la denegación de justicia, de la incongruencia omisiva, de la discriminación en la aplicación de la ley y de la denegación de justicia ante actos de genocidio y lesa humanidad cometidos entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977 contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas, amparados todos por los artículos 24.1, 24.2 y 14 de la Constitución y el Convenio Europeo de DD.HH., en particular por los artículos 6.1 y 13.

2. A fin de restablecer al demandante en la plenitud de su derecho, procede anular la resolución recurrida (y las que la confirman), ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 1 de diciembre de 2008, de manera que por la propia Sala se dicte nueva resolución mediante la que se elimine el resultado disconforme con el vulnerado derecho fundamental.

PETICIÓN

a) **Formal:** Tenga por presentado este escrito de demanda con los documentos que acompaña, me tenga por comparecido y parte demandante en la representación que acredo, y tenga por formulado proceso en solicitud de amparo constitucional frente al Auto de 1 de diciembre de 2008, confirmado por el Auto de 26 de febrero de 2009 -

ambos de la Sala Penal (Pleno) Audiencia Nacional- y por el Auto del 5-11-2010 y la Providencia del 29-11-2010 del Tribunal Supremo (Sala II).

b) **Material:** dicte en su día Sentencia por la que, estimando el amparo que se solicita,

1º se declare que el Auto de 1 de diciembre de 2008 -confirmado en el de 26 de febrero de 2009 de la Sala Penal (Pleno) de Audiencia Nacional, y en el Auto del 5-11-2010 y la Providencia de 29-11-2010 del Tribunal Supremo (Sala II)- ha vulnerado el derecho fundamental de la recurrente, Da. Carmen NEGRIN FETTER, a un tribunal imparcial, al juez legal, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad entre las partes, al acceso a un proceso con todas las garantías, al debido proceso sin dilaciones indebidas, a acceder a los recursos establecidos en la Ley, a la interdicción de la denegación de justicia, de la incongruencia, de la discriminación en la aplicación de la ley ante actos de genocidio y lesa humanidad cometidos contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas. Derechos amparados por los arts. 10.2, 24.1, 24.2 y 14 de la Constitución española y el Convenio Europeo de DD. HH (artículos 6.1 y 13);

2º se declare la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, así como de las decisiones que lo confirman (Auto de 26 de febrero de 2009 de la misma Sala; Auto de 5-11-2010 y Providencia de 29-11-2010 de la Sala Penal del Tribunal Supremo);

3º se ordene la retroacción de las actuaciones al momento anterior de dictarse el Auto de 1 de diciembre de 2008 para que, en su lugar, tras oír a la recurrente, se dicte una nueva resolución respetuosa con el contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

OTROSI DIGO: SOLICITUD DE SUSPENSION DE LA RESOLUCION RECURRIDA

Sin paralización de la causa, solicito que se suspenda cautelarmente la ejecución del Auto de 1 de diciembre de 2008 y de las resoluciones subsiguientes que lo han confirmado. Baso mi pretensión en los siguientes fundamentos:

1.- Una hipotética estimación del presente recurso en amparo podría conllevar la nulidad de la totalidad de las actuaciones en que hubieran intervenido los Sres. Magistrados recusados, lo que no haría perder al amparo su finalidad pero, en cambio, sí que originaría graves trastornos en la Administración de Justicia.

2.- En el caso presente, no cabe duda que es necesario decretar la suspensión de los referidos Autos, pues tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional en supuestos

análogos, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, a un Juez imparcial, que fluye tanto del derecho fundamental al debido proceso con todas las garantías como del derecho al Juez legal (STC 106/1989, FJ 2.1), de existir tal vulneración, se produciría sin conexión con la resolución material de la causa, consumándose con la simple intervención de un Magistrado no habilitado constitucionalmente para ello (ATC 15 de enero de 1990, R. 2427/1989 (RTC 1990\21 Auto), y 22 de julio de 1987, R. 464/1987 (RTC 1987\946 Auto), citados en el Auto de 4 de junio de 1990, RTC 1990\227, que acuerda la suspensión cautelar de Autos dictados por Magistrados recusados a fin de que no puedan formar Sala en tanto se resuelve el recurso de amparo contra la inadmisión de la recusación).

3.- En la especie, se significa que la absoluta y completa paralización del referido Auto es necesaria para preservar la finalidad del recurso de mi representada, sin que ello entrañe, en modo alguno, interrumpir la causa penal abierta en averiguación de los delitos investigados en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y en interés de la Justicia. El art. 62 de la LECrim. dispone que “*la recusación no detendrá el curso de la causa ...*”.

4.- En efecto, el otorgamiento del amparo por el Tribunal Constitucional conduciría a la anulación del Auto de 1 de diciembre de 2008, lo que obliga a reponer la causa al estado que tenía cuando se cometió la falta, para que se sustancie y termine con arreglo a Derecho [LECrim, arts. 851.6 y 901 bis-a)].

5.- No es óbice a lo anterior el principio de conservación de las actuaciones procesales (LOPJ, art. 242), fundado en razones de economía procesal y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Pues, en la especie, permite considerar viciadas de nulidad las decisiones adoptadas en el Auto de 1 de diciembre de 2008 en las que el voto recusado ha participado mayoritariamente, que causan un perjuicio en los legítimos intereses de la parte recusante y que han sido influidos, o han sido susceptibles de ser influidos, por la causa determinante de la recusación. Ello explica que ni la preservación de los efectos de un eventual fallo que otorgara el amparo, ni la economía procesal, ni el principio de mínima interferencia, conducirían a extender los efectos de la suspensión a la totalidad del proceso penal, ni a las diligencias practicadas en averiguación de los delitos y sus autores, sino tan sólo a aquel acto judicial susceptible de ser anulado, en la hipótesis de que se estimara el recurso, es decir exclusivamente el Auto de 1 de diciembre de 2008 (y las decisiones que lo confirman).

6.- Existe un acentuado interés público en la pronta y expedita tramitación de todos los procesos judiciales, como se deduce inequívocamente del art. 24 de la Constitución, y de la jurisprudencia dictada al amparo del art. 56 LOTC, que sólo de manera excepcional y restrictiva acepta la paralización, aún cautelar, de procesos abiertos. Ese interés obliga a reducir al mínimo posible la suspensión para garantizar la integridad del

proceso constitucional de amparo. Pero esta ponderación de intereses arroja un resultado contrario respecto a todas las demás actuaciones que deben ser desarrolladas en el seno del proceso penal. Por ello no procede una paralización total y completa de la causa y de las diligencias de instrucción del Sumario 53/2008, que provocaría perjuicios al derecho de las partes, y a la misma recurrente, a una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas; y que, en cualquier caso, siempre podrían ser remedias mediante la anulación del acto o actos que las causara específicamente, si se llegara a desestimar el recurso o, en su caso, el amparo.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: que sin paralización de la causa objeto del Sumario 53/2008, suspenda cautelarmente la ejecución del Auto del 1 de diciembre de 2008 (y de las decisiones que lo confirman) hasta tanto recaiga resolución firme y definitiva en el presente recurso de amparo.

OTROSI SEGUNDO DIGO: Que por serme necesario para otros pleitos, solicito el desglose y entrega del Poder que acompaña, dejando en autos testimonio del mismo.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: el desglose del Poder que acompaña,

Madrid, 7 de diciembre de 2010

Ldo. Joan E. Garcés
Colegiado nº 18.774
I. Colegio de Abogados de Madrid

DOCUMENTOS ANEXOS

No.

- 1 Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional (Expte. 34/2008 sobre competencia, por el cauce del art. 23 LECrim)
- 2 Propuesta de recusación formulada en escrito de 8 de noviembre de 2008 (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 3 Petición de nulidad de actuaciones de 16 de diciembre de 2008 contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 4 Auto de 26 de febrero de 2009 que desestima la petición de nulidad de actuaciones formulada el 16 de diciembre de 2008 (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 5 La recurrente es parte, como acusación particular, en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5. Providencia de 24 de octubre de 2008
- 6 a 8 Escritos de la recurrente dirigidos en fechas 6 de diciembre de 2008, 15 de enero y 16 de febrero de 2009 a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, reiterando que se de curso a la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008 (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 9 Auto de la Sala de lo Penal (Pleno) de la A. Nacional de 7 de noviembre de 2008 (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 9 bis Recurso de súplica de 7-11-08 contra el Auto de 7-11-2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional
- 10 Auto de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional que resuelve que contra su Auto de 1 de diciembre de 2008 no cabe recurso de súplica ni de casación (Expte. 34/2008, Sala Penal de la Audiencia Nacional-Pleno)
- 11 Tribunal Supremo (Sala II, Expte. 34/2008), recurso de queja de 26 de marzo de 2009 contra el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional que inadmite el recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la misma Audiencia

- 12 Tribunal Supremo (Sala II, Expte. 34/2008), Auto de 5 de noviembre de 2010 desestimando el Recurso de queja contra el Auto de 26 de febrero de 2009 de la Audiencia Nacional
- 13 Tribunal Supremo (Sala II, Expte. 34/2008), incidente de nulidad formulado el 25 de noviembre de 2010 por el cauce del art. 241.1 de la LOPJ contra el Auto de la Sala II del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2010
- 14 Tribunal Supremo (Sala II, Expte. 34/2008), Providencia de 29 de noviembre de 2010, notificada el 3 de diciembre de 2010, que sin motivación alguna, alterando la causa de pedir y con palmaria incongruencia, inadmite el incidente de nulidad de 25 de noviembre de 2010 contra el Auto de la misma Sala II de 5 de diciembre de 2010
- 15 Cable de 14-05-2008 de Embajada de EE.UU. en Madrid sobre comunicaciones del Presidente de Sala Penal y el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional
- 16 Cómo el Presidente de la Sala Penal y el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional cierran el acceso de una víctima a los Tribunales. El País 1 de diciembre de 2010
- 17-18 Juzgado Central de Instrucción No 5 (Dil. Previas 399/2006), Autos de 16 y 18 de octubre de 2008 que, por primera vez desde el 17 de julio de 1936, aceptan investigar actos de naturaleza genocida y delitos de lesa humanidad cometidos hasta el 15 de junio de 1977 contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno y de convicciones laicas, en conexión con delitos de insurrección armada contra las Instituciones y las Altas Autoridades del Estado
19. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009), Auto de 26 de mayo de 2009 admite a trámite una querella contra el Juez Central de Instrucción N° 5 por incoar Diligencias sobre actos de naturaleza genocida, delitos de lesa humanidad y otros conexos cometidos en España entre el 17 de junio de 1936 y el 15 de junio de 1977 (Causa especial 20048/2009). Este Auto afirma que estarían prescritos y amnistiados los actos de genocidio y lesa humanidad cometidos en España entre el 17 de junio de 1936 y el 15 de junio de 1977 (FJ4º)
- 20 Vacío
21. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Recurso de súplica del JCI5, de 30-05-2010 contra el Auto de 26 de mayo de 2010
22. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 23 de marzo de 2010 desestima el Rº de apelación de 9-02-2010 y anticipa que comparte las valoraciones del Juez Instructor de la Causa Especial 20048/2010

23. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor en Causa Especial 20048/2010 imputa al JCI5 delito de prevaricación por haber incaido Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad
24. Sala II del Tribunal Supremo. R^a de reforma de 10-04-2010 frente al Auto de 7 de abril de 2010 en la Causa Especial 20048/2010
25. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 11 de mayo de 2010 de apertura del juicio oral en la Causa Especial 20048/2010
26. Sala II del Tribunal Supremo. Personación el 18-04-2010 de victimas de actos genocidas en la Causa Especial 20048-2010, piden ser oídos
27. Sala II del Tribunal Supremo - Providencia de 18-05-2010 inadmite personación en la Causa Especial 20048-2010 de las víctimas que denunciaron los delitos impunes ante el JCI5
28. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). R^o de Súplica de las víctimas de 12-06-2009 contra la Providencia de 8-06-2010
29. Sala II del Tribunal Supremo - Auto de 15-06-2009 inadmite R^o de Súplica de 12-06-2009 c Providencia de 8-06-2009 en la Causa Especial 20048-2010
30. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009) - Auto de 3-02-2010 del Instructor inadmite petición de sobreseer la Causa Especial 20048-2010
31. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009)- R^a de apelación contra el Auto de 3-02-2010
32. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009)- La Providencia 26-03-2010 traslada a esta Causa Especial -donde las partes personadas en el Sumario 53/2008 del JCI5 no pueden ser oídas- la resolución de la cuestión de competencia negativa (Recursos 6/200380/29009 y 006/0020431/2009) planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial con el JCI5
33. Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1^a LECrim). Providencia de 1-7-2009 deniega a la recurrente ser oída en la cuestión de competencia

- 34.** Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1^a LECrim). Rº de súplica c. el Auto de 1-7-2009 en cuestión de competencia
- 35.** Sala II Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1^a LECrim). Providencia de 9-07-2009 inadmite el Rº de súplica contra el Auto de 1-7-2000
- 36.** Sala II del Tribunal Supremo -Rº de nulidad c Providencia de 27-7-2009 (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1^a LECrim)
- 37.** Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1^a LECrim). Providencia de 29-09-2009. Deniega oír a las víctimas de los delitos y partes acusadoras en el Sumario 53/2008 del JCI5