

Secretaría: Ilma. Sra. Da. María Antonia Cao Barreda  
R°. de queja: 20150/2009  
Contra Auto de 2.12.2008 de Sala Penal de la Audiencia Nacional (Pleno)  
Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim)

## A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según consta en el Expediente 34/2008 de la Sala de lo Penal (Pleno), dimanante del Juzgado Central de Instrucción nº 5, Sumario 53/2008, comparezco ante la Sala y respetuosamente, en la representación que ostento, DIGO:

En fecha 19 de noviembre de 2010 se me ha notificado el Auto del anterior día 5 que no admite el recurso de queja interpuesto contra la denegación del acceso a la casación contra el **Auto de 2 de diciembre de 2008** de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional. El art. 871 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que contra dicha decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo no se da recurso alguno. Con el debido respeto y en ejercicio del derecho de defensa, por el cauce del artículo 241.1 de la LOPJ, previo al recurso de amparo, formulo incidente de nulidad de actuaciones del Auto de 5 de noviembre de 2010 y solicito que se retrotraigan al momento anterior a su dictación, lo que fundamento acto seguido.

### Cuestiones nuevas que suscita el Auto de 5-11-2010

PRIMERA y SEGUNDA CUESTION NUEVA.- Los dos hechos nuevos sobrevenidos consistentes en la entrada en vigor, el 23 de diciembre de 2010, de

1- las modificaciones al Código Penal introducidas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio RCL\2010\1658, en cuya virtud el art. 131 del C. P. español dispone:

*“4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 5. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave»;*

2- la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de la que España es parte, que dispone (subrayado nuestro):

- art. 5: “La práctica generalizada o sistemática de la desaparición forzada constituye un crimen de lesa humanidad tal como está definido en el derecho internacional aplicable y entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable”,

es decir es un delito imprescriptible, no amnistiable, no susceptible de ser considerado un delito de motivación política (art. 13).

- Artículo 8: “(...) 1. Cada Estado Parte que aplique un régimen de prescripción a la desaparición forzada tomará las medidas necesarias para que el plazo de prescripción de la acción penal: (...) b) Se cuente a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito. (....)

- art. 20: “2. (...) el Estado Parte garantizará a las personas a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 18, el derecho a **un recurso judicial rápido y efectivo** para obtener sin demora las informaciones previstas en esa disposición. Ese derecho a un recurso no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia.

- art. 22: “(...) cada Estado Parte tomará las medidas necesarias para **prevenir** y sancionar las siguientes prácticas: a) **Las dilaciones o la obstrucción de los recursos** previstos en el inciso f) del párrafo 2 del artículo 17 y el párrafo 2 del artículo 20”

En conformidad con la Constitución española -arts 96.1, 10.2, 24, 14, 9.3- y del Código Civil (art. 1.5), desde el 23 de diciembre de 2010 la Sala Penal debe interpretar y aplicar las normas internas en conformidad con el espíritu y la letra de esta Convención.

Respetuosamente así se pide, la cuestión formal sobre competencias siendo inseparable del fondo del asunto en el presente incidente.

Se razona esta cuestión en los subsiguientes FUNDAMENTOS VI – “denegación del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas”- y X – “interpretación-aplicación inconstitucional de la Ley 46/1977, de amnistía”.

### TERCERA, CUARTA y QUINTA CUESTIONES NUEVAS.-

Los hechos tercero y cuarto sobrevenidos son las sentencias de 17 y 14 de diciembre de 2010, que se citan en cuanto que ambas aplican los mismos principios amparados por el CEDH y el Convenio contra la desaparición forzada de personas –vinculantes para España (arts. 96.1 y 10.2 de la Constitución; art. 1.5 del Código Civil)- que los recurridos Autos de 5-11-2010 y 2-12-2008, a petición del Fiscal, han ordenado no aplicar en España, a saber:

- la Sentencia de 17 de diciembre de 2010 -tercera cuestión nueva- de la Cour d’Assises de Paris, que en conformidad con el CEDH condena a cadena perpetua a los generales Contreras y Espinosa; a treinta años de cárcel a los generales Brady e Iturriaga Neumann, todos del Ejército de Chile, y a veinticinco años de cárcel a otros oficiales y dos civiles, por el secuestro en Chile en 1973-1975, seguido de torturas y desaparición forzada, de cuatro ciudadanos, delitos que declara no susceptibles de prescripción ni de amnistía -la ley chilena y francesa establecen en 20 años el plazo máximo para la prescripción de un crimen; la ley de amnistía chilena es de 1978 (**doc. anexo N° 33**);

- la Sentencia de 14 de diciembre de 2010 de la Corte Interamericana de DHHH (CIDH, **doc. anexo N° 31**) -cuarta cuestión nueva- que condena a Brasil (párrafo 172) por vulnerar su Corte Suprema garantías establecidas en el Convenio Interamericano de DDHH –y también en el CEDH- consistentes

1) en la obligación de investigar, y en su caso sancionar, graves violaciones de derechos humanos, según el derecho internacional, cometidos en fecha anterior a la ratificación del Convenio internacional;

2) la obligación de no aplicar la ley de amnistía -de 1979- a graves violaciones de derechos humanos cometidas antes del año 1979,

En efecto, esta Sentencia condena a Brasil en virtud de principios amparados por el CEDH y el TEDH que expresamente invoca, en los términos siguientes (subrayado nuestro):

*“145. Por su parte, **en el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** ha considerado que en casos de violaciones al derecho a la vida o a la integridad personal, la noción de un "recurso efectivo" implica, además del pago de una compensación cuando proceda y sin perjuicio de cualquier otro recurso disponible en el sistema nacional, la obligación del Estado demandado de llevar a cabo una investigación exhaustiva y eficaz, capaz de conducir a la identificación y castigo de los responsables, así como el acceso efectivo del demandante al procedimiento de investigación<sup>1</sup>”.*

*“161. **En el Sistema Europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos** consideró que es de la mayor importancia, para efectos de un recurso efectivo, que los procesos penales referentes a crímenes como la tortura, que impliquen violaciones graves a los derechos humanos no sean prescriptibles y que no se deben permitir amnistías o perdones al respecto.<sup>2</sup>”*

*“256 (...) Teniendo en cuenta lo anterior, así como su jurisprudencia, este Tribunal dispone que el Estado debe conducir eficazmente la investigación penal de los hechos del presente caso a fin de esclarecerlos, determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea<sup>3</sup>. Esta obligación debe ser cumplida en un plazo razonable (...) inter alia:*

*a) iniciar las investigaciones pertinentes en relación con los hechos del presente caso, tomando en cuenta el patrón de violaciones de derechos humanos existente en la época (...);*

*b) determinar los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de las víctimas y de la ejecución extrajudicial. Además, (...) el Estado no podrá aplicar la Ley de Amnistía en beneficio de los autores, así como ninguna otra disposición análoga, prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ne bis in idem o cualquier excluyente similar de responsabilidad para excusarse de esta obligación (...), y*

*c) asegurarse que: i) las autoridades competentes realicen las investigaciones*

---

<sup>1</sup> Cfr. T.E.D.H. *Case of Aksoy v. Turkey*. Application No. 21987/93, Judgment of 18 December 1996, para. 98; T.E.D.H. *Case of Aydin v. Turkey*. Application No. 23178/94, Judgment of 25 September 1997, para. 103; T.E.D.H. *Case of Selçuk and Asker v. Turkey*. Applications Nos. 23184/94 and 23185/94, Judgment of 24 April 1998, para. 96, y T.E.D.H. *Case of Keenan v. United Kingdom*. No. Application 27229/95, Judgment of 3 April 2001, para. 123.

<sup>2</sup> Cfr. T.E.D.H., *Case of Abdulsamet Yaman v. Turkey*, Judgment of 2 November 2004, Application No. 32446/96, para. 55.

*correspondientes ex officio, (...) ii) las personas que participen en la investigación (...) cuenten con las debidas garantías de seguridad, y iii) las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.*

*257. Particularmente, el Estado debe garantizar que las causas penales que se inicien por los hechos del presente caso en contra de presuntos responsables que sean o hayan sido funcionarios militares, se tramiten ante la jurisdicción ordinaria y no en el fuero militar (...)*”.

La QUINTA CUESTIÓN NUEVA es que los referidos Autos de 5-11-2010 y 2-12-2008 sitúan a España fuera del sistema democrático europeo, al interferir con garantías amparadas 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 (CEDH), así como por el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (en relación con los artículos 14, 24.1, 24.2, 96.1, 10.2, 9.3 de la Constitución española).

Desarrollaré estas tres cuestiones nuevas en el subsiguiente FUNDAMENTO XI. “*El CEDH y las matanzas-torturas sistemáticas que tuvieron lugar en España antes de su ratificación*”.

SEXTA CUESTION NUEVA.- El Auto de 5 de noviembre de 2010 fundamenta su parte dispositiva en la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1038/2009 de 3 noviembre (RJ 2009\7826), según la cual

*“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 (...)” (subrayado nuestro).*

El Auto, sin embargo, no ha aplica la doctrina de la propia Sentencia que invoca en el Fallo de la presente cuestión de competencia, planteada precisamente por el cauce del artículo 23 de la LECrim.

Desarrollaré esta cuestión en el subsiguiente FUNDAMENTO I. “*Denegación del derecho de acceso al recurso de casación.*”

SÉPTIMA CUESTION NUEVA.- La publicación el 1 de diciembre de 2010 del cable de la Embajada de EE.UU. en Madrid correspondiente a seis meses antes del Auto de 2-12-2008. Desvela y confirma la concertación entre los Ilmos. Sres. Presidente de la Sala Penal y Fiscal de la Audiencia Nacional en orden a impedir el acceso a un recurso eficaz (**docs. anexos nos. 27 y 28**).

Esta concertación –resumida en la sección “Antecedentes procesales” de este escrito– también se ha dado en el presente Expediente, en orden a crear la situación de denegación de justicia global que el Auto de 5-11-2010 consolida.

Desarrollaré esta cuestión en los subsiguientes FUNDAMENTOS IV. “*Discriminación en la aplicación de la ley*”; V. “*Denegación de justicia en cuanto a actos de genocidio y lesa humanidad*”; IX. “*Denegación del derecho a un Tribunal imparcial*”; VIII. “*Denegación del derecho al juez legal*”.

OCTAVA CUESTION NUEVA.- Interferencia del Auto de 5-11-2010 con las específicas garantías constitucionales, que expondré en los subsiguientes FUNDAMENTOS II. “Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión planteada”; III. “Incongruencia”; VII. “*Denegación del derecho de acceder al recurso de súplica contra el Auto de 1 de diciembre de 2008*”, según el siguiente orden

	<u>Página</u>
<b><u>FUNDAMENTOS DEL PRESENTE INCIDENTE DE NULIDAD</u></b>	6
Concurren los requisitos procesales	6
<u>Motivos de naturaleza constitucional</u>	
I. Denegación del derecho de acceso al recurso de casación	6
II. Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión planteada	7
III. Incongruencia	8
IV. Discriminación en la aplicación de la ley	9
V. Denegación de justicia en cuanto a actos de genocidio y lesa humanidad	14
VI. Denegación del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas	18
VII. Denegación del derecho de acceder al recurso de súplica contra el Auto de 1 de diciembre de 2008	19
VIII. Denegación del derecho al juez legal	22
IX. Denegación del derecho a un tribunal imparcial	23
X. Interpretación-aplicación inconstitucional de la Ley 46/1977, de amnistía	24
XI. El CEDH, las matanzas y torturas sistemáticas antes de su ratificación y la responsabilidad internacional del Reino de España por no investigarlas tras entrar en vigor el CEDH	41
<u>Antecedentes procesales del presente incidente</u>	44
<b>SUPPLICO</b>	51
Otrosí	51
Relación de documentos anexos	54

\*\*\*\*

## **FUNDAMENTOS DEL INCIDENTE DE NULIDAD DEL AUTO DE 5.11.2010**

El incidente de nulidad previo al recurso de amparo se interpone dentro del plazo de veinte días establecido en el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya virtud una parte legítima puede pedir por escrito la nulidad de actuaciones fundada en cualquier violación de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinaria.

Todos estos requisitos concurren en el Auto de 5.11.2010: infringe garantías amparadas por la Constitución, pone fin al proceso en el que es parte la recurrente y no es susceptible de recurso alguno.

### **I. Denegación del derecho de acceso al recurso de casación**

Vulneración del Art. 24.1 de la Constitución

El recurrido Auto fundamenta el Fallo en una sola Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, la núm. 1038/2009 de 3 noviembre (RJ 2009\7826), dictada en un recurso contra actos en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena o sustitución de las penas privativas de libertad. Supuestos éstos distintos a los del presente procedimiento

Esa misma Sentencia núm. 1038/2009, de 3 noviembre, tras reafirmar la de 7 de mayo de 2002 en los siguientes términos

*“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, (...)”*

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).

De lo que se desprende que, de forma inmotivada, el Auto de 5-12-2010 no aplica el derecho material y la doctrina en que expresamente ha fundamentado su Fallo.

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.

En este sentido la STC 122/2007 de 21 de mayo (RTC 2007, 122), FJ. 4º, precisa que

*"...La lesión constitucional denunciada se enmarca, por consiguiente, en la vertiente del derecho de acceso al recurso, que se integra, como es conocido, en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien es cierto que, a diferencia del acceso a la jurisdicción, que se alza como elemento esencial del mismo, el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal que, con excepción de los recursos contra Sentencias penales de condena, se incorpora a aquel derecho en las condiciones fijadas por cada una de las leyes procesales".*

\*\*\*

## **II. Denegación de justicia. No respuesta a la pretensión planteada**

Vulneración del artículo 24.1 de la Constitución

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 imprejuizada 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).*

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

-a) las pretensiones formuladas en el recurso de queja contra el Auto de 2 de diciembre de 2008,

y, de otra parte,

b) la relación de hechos y los fundamentos de derecho del Auto aquí recurrido

muestra la absoluta falta de respuesta a las pretensiones formuladas

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

2) en el recurso de nulidad de 10 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional, y

\*\*\*

### **III. Incongruencia del Auto de 5 de noviembre de 2010**

El Auto no ha valorado las pretensiones formuladas en el recurso de queja y no ha expresado los motivos de la respuesta tácita a aquellas (por consiguiente, tampoco las del recurso de nulidad de 10 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional).

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 en el recurso de queja y en el de nulidad de 10 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional.

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.

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).

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).

\*\*\*

#### **IV. Discriminación en la aplicación de la ley**

Vulneración del artículo 14 de la Constitución.

El Auto de 5-11-2010 es manifiestamente discriminatorio respecto del grupo nacional español de opiniones republicanas y laicas víctima de los delitos denunciados cuya investigación recayó legalmente en el Juzgado Central de Instrucción Nº 5 de la Audiencia Nacional.

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, sin motivación alguna, no ha aplicado la Ley y la Constitución española según sus propios y consolidados criterios.

El Auto de 2.12.2008 de la Audiencia Nacional es recurrible en casación según los criterios de la Sala Penal del Tribunal Supremo

#### **1er criterio**

El Auto que resuelve una cuestión de competencia por el cauce de los artículos 23 y 22 de la LECrim tiene acceso a la casación, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo que, interpretando el sentido de la expresión “*sin ulterior recurso*”, común a dichos artículos y al art. 52 de la LOPJ, bajo el imperio del artículo 24 de la Constitución y del art. 13 del Convenio europeo de DD.HH. admite el recurso de casación en el caso de los art. 23 y 22 de la LECrim. Así en

-la Sentencia de 22 febrero 1983 (RJ 1983\1708, Ponente Excmo. Sr. García Miguel): planteada cuestión de competencia por el cauce del art. 23 de la LECrim. ante la AT de Barcelona, ésta la desestima. Interpuesto recurso de casación con apoyo en el núm. 1.º del art. 849 de la L. E. Grimm. y denunciada infracción del art. 23 de la L. E. Crim., tanto la AP de Barcelona (Pleno) como el Tribunal Supremo admiten a trámite el recurso de casación;

- la Sentencia de 12 de junio de 1993 (RJ 1993\5420, Ponente Excmo. Sr. Cándido Pumpido), directamente aplicable en el ámbito del art. 23 de la LECrim.:

FJ 2º: “*la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635 y ApNDL 8375) ha modificado, en este aspecto, el marco positivo entonces existente y en su art. 52 señala que «el Juez o Tribunal Superior fijará, en todo caso y sin ulterior recurso, su propia competencia», norma incluida en el capítulo referido a la regulación de las cuestiones de competencia. (...) La interpretación debe conjugar los términos literales del art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los arts. 25 y 782 de la Ley Procesal Penal y, finalmente, los principios y derechos atinentes al enjuiciamiento penal, entre los que destaca el principio general en favor de la impugnabilidad de las resoluciones judiciales, por el que las afirmaciones de irrecurribilidad que pudieran expresarse en la Ley han de ser interpretadas con carácter restrictivo, tesis que tiene también su apoyo en el Convenio de Roma sobre Derechos Humanos (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) y el Pacto Internacional de Derechos Humanos, Civiles y Políticos de Nueva York (RCL 1977\893 y ApNDL 3630).*

*“La resolución que es objeto de impugnación ha sido dictada por el Tribunal que ha fijado la competencia para el enjuiciamiento de un hecho, constando la oposición expresa de quien ahora recurre, sin que esa resolución obedeciera al planteamiento de una cuestión de competencia previa que obliga a una decisión resolutoria del conflicto planteado, sino que se trata de una resolución sobre la competencia objetiva de los Juzgados y Tribunales cuyo contenido debe acomodarse a criterios generales que otorguen seguridad jurídica sobre la cuestión debatida, tanto en el marco territorial al que se refieren las impugnaciones, como en todo el territorio nacional, y clarifiquen el contenido del derecho al Juez predeterminado por la Ley con criterios generales para toda la Nación.*

*“De lo anterior se deriva que el art. 52 de la Ley Orgánica del Poder Judicial debe ser entendido como una consecuencia del mandato legal que prohíbe el planteamiento de cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionalmente subordinados entre sí, sin que sea de aplicación a los supuestos en los que, como los de las impugnaciones, la resolución dictada confiere la competencia para el enjuiciamiento sin conflicto de competencia previo” (subrayado nuestro).*

- en igual sentido, las Sentencias que resuelven cuestiones de competencia objetiva de 30 de abril de 1994 (RJ 1994\3324); 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4800); 11 de diciembre de 1993 (RJ 1993\9284) y de 22 noviembre de 1993, RJ 1993\8705).

En contraste, el Auto de 2-12-2008 se fundamenta sólo en los Autos del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1998 y 19 de diciembre de 2006, ninguno de los cuales resuelve cuestiones de competencia planteados por el cauce del art. 23 de la LECrim.

El primer Auto no se refiere al art. 23 de la LECrim.

El segundo Auto (JUR 2007\22625) menciona tangencialmente el art. 23 LECrim. al estudiar una declinatoria de competencia planteada por el cauce del art. 32 LECrim en el que al pronunciamiento del Jº de Instrucción sigue, en apelación, el de la Audiencia Provincial. Este Auto desestima el recurso de casación por dos motivos:

1) porque la cuestión de competencia había sido objeto de “doble examen, por dos Tribunales distintos”,

2) porque el Auto de la Audiencia no es definitivo ya que tenía declarada su competencia el Juzgado de Instrucción N° 3 de La Coruña, que no cuestionaba la Audiencia.

En la especie, sin embargo, ninguno de estos supuestos concurre, pues ni ha habido doble examen por dos Tribunales distintos, ni el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional atribuye la competencia a ningún Juzgado que tenga declarada su competencia, más bien clausura el Sumario “*de facto*” y “*contra legem*”.

\*\*

### **2º criterio**

El art. 852 de la LECrim. permite el recurso de casación cuando la resolución ha infringido garantías constitucionales (SS. TC de 24 abril de 2002 (RTC 2006\116), FJ 5) y 3 de abril de 2002 (RTC 2002\70), FJ 7(c), con cita de otras). En el presente caso se ha infringido el art. 24 de la Constitución.

\*\*

### **3er criterio**

El 18 de noviembre de 2008 el Juzgado Central de Instrucción No 5 dictó un Auto de inhabilitación parcial a favor de otros Juzgados de Instrucción.

Conforme al último párrafo del artículo 25 de la LECrim., contra los Autos de las Audiencias en materia de inhabilitación “*podrá interponerse el recurso de casación.*”

El Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional no ha sido dictado al conocer de un recurso de apelación deducido contra el auto de inhabilitación del Juez de Instrucción, caso en el que no cabría recurso de casación (v. arts. 25 y 848 LECrim).

El referido Auto de la Audiencia Nacional ha entrado en la esfera del artículo 25 de la LECrim. -que regula la inhabilitación en el conocimiento de la causa- al anular *motu proprio*, sin petición de parte, en una sola instancia, sin previo recurso de apelación, el Auto del Juzgado de Instrucción de 18 de noviembre de 2008 en materia de inhabilitación.

El Auto de 1-12-2008 ha sido dictado, pues, sin previo recurso, sin que la cuestión haya sido objeto de doble examen por dos Tribunales distintos, como exige la jurisprudencia de esta Sala en materia de competencia (Autos de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007\22625, Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo); 29 de abril de 1998 (RJ 1998\4855, Ponente Excmo. Sr. Puerta Luís), entre otros).

La Sentencia de 28 de mayo de 1999 (RJ 1999\4677, Ponente Excmo. Sr. Conde Pumpido) reafirma la consolidada doctrina según la cual

FJ 4º: “*la interpretación lógica-sistemática del art. 25 de la LECrim, permite fácilmente concluir que el párrafo segundo del precepto faculta a los Jueces o Tribunales (Audiencias) para inhibirse de oficio en favor del Órgano Jurisdiccional competente, y el párrafo tercero señala los recursos contra dichas resoluciones de inhibición, en función del órgano que las adopta: si son los Jueces, el recurso procedente es el de apelación, si son los Tribunales (Audiencias), el recurso procedente es el de casación.*”

\*\*

#### **4º criterio**

Cabe recurso de casación cuando ha concurrido a dictar la resolución impugnada algún magistrado cuya recusación ha sido intentada en tiempo y forma y fundada en causa legal, según el art. 851.6 de la LECrim. y la jurisprudencia (S. 542/2006, de 23 mayo, RJ 2006\3576).

En la especie, han concurrido con su voto a aprobar el Auto de 2 de diciembre de 2008 nueve Sres. Magistrados cuya recusación ha sido intentada, en tiempo y forma, el 9 de noviembre anterior, fundada en causa legal e instando en el Suplico comunicar la propuesta “*a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal*”.

El Auto de 2 de diciembre de 2008 ha sido dictado sin haber dado curso a la propuesta de recusación

\*\*

#### **5º criterio**

Es causa de acceso a la casación que en la resolución se consignent como hechos **probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo**, según dispone el Art. 851.1 de la LECrim.

En el Auto de 2 de diciembre de 2008 votado por la mayoría de la Sala, y en el voto particular concurrente del Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro, hay constancia de “contaminación” objetiva contacto con el fondo de la causa al estar fundamentado el escrito del Ministerio Fiscal de 21 de octubre de 2008 directamente en cuestiones de fondo (cual es la valoración fáctica y calificación jurídica de los elementos pre-probatorios en que se fundamenta el Auto del Instructor de 16-10-2008), a saber

- ha formulado valoraciones concretas sobre la prueba, posicionándose sobre el alcance de la misma;

- ha partido del relato fáctico de los autos en el que el instructor, con carácter indiciario y provisional, relataba el presupuesto de hecho sobre el que iba a versar el futuro proceso;
- ha hecho una valoración provisional de los posibles preceptos aplicables, emitiendo juicio sobre la valoración de los elementos pre-probatorios que sostenían el relato factual del auto del instructor y, en su caso, sobre la culpabilidad de los acusados.

Así se lee, en efecto, en el Auto de 2-12-2008 (puntos 5 y 6) y, también, en el voto particular concurrente del Ilmo. Sr. Martínez Lázaro

- al considerar el hecho de la insurrección en armas desde el 17 de julio de 1936 no como un delito continuado contra el sistema de Gobierno y los Altos Organismos de la Nación para cometer una pluralidad de crímenes contra la Humanidad hasta 1951 -fecha retenida indiciariamente en el Sumario 53/2008- sino como una mera rebelión, valorando los posibles preceptos legales aplicables (punto 4 del Auto de 2-12-2008);

- al considerar que las personas responsables de los referidos hechos están **todas** “premuertas” o fallecidas, como sostienen el punto 5 del Auto y el voto particular del Sr. Martínez Lázaro –en contradicción

- con el párrafo final de la página 4 del propio Auto recurrido (donde afirma que en la resolución de un incidente sobre competencia hay que excluir la materia relativa a “*si hay o no personas presuntamente responsables*” de los delitos investigados en el Sumario 53/2008);
- con el Auto del Instructor de 18 de noviembre de 2008, al que el de la Sala de 2-12-2008 atribuye, con manifiesto error, que habría declarado el “*fallecimiento de **todos** los imputados contra los que seguía la causa*”, cuando apenas se han iniciado las diligencias (que han mandado suspender los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia).

Cuestiones éstas que pueden haber afectado a algunos de los magistrados que concurren en el Fallo con prejuicios o predisposiciones dimanantes de ese contacto con el fondo de la causa, siendo así que es la Instrucción la que debe determinar si TODOS los partícipes o intervinientes han fallecido, no el Tribunal en ocasión de una cuestión de competencia planteada por la vía del art. 23 LECrim.

El hecho de que el referido Auto de 18 de noviembre de 2008 del Sumario 53/2008 haya declarado extinguida la responsabilidad penal, por fallecimiento, de los principales responsables del delito de rebelión armada contra la Instituciones y el Gobierno legítimos de España –no de otros responsables que hoy viven, partícipes en algunos de los delitos investigados- en modo alguno puede invalidar, sin embargo, la aplicación de las normas procesales que determinan la conexión en los arts. 300, 17, 19, 22, 25, 14.3 de la LECrim.

\*\*

El cambio de criterios en el presente caso, sin embargo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no lo ha expreso ni razonado; es por ello arbitrario y discriminatorio.

Sin perjuicio de que, además, el criterio aplicado en el Auto de 5 de noviembre de 2010 es incompatible con garantías constitucionales y del CEDH que el Tribunal está obligado a respetar y aplicar de manera efectiva. Tiene declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, entre otras en las SS. 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.

El Auto de 5-11-2010 no ha observado estos requisitos.

\*\*\*

## **V. Denegación de justicia en cuanto a la investigación judicial de actos de genocidio y lesa humanidad**

### **Denegación de acceso a la jurisdicción.**

Vulneración de los artículos 24, 25, 14, 10.2 y 9.3 de la Constitución española.

Al consolidar el continuado cierre de los Tribunales de justicia, desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy, a las víctimas de los actos de naturaleza genocida, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad en conexión con el de alzamiento en armas contra las Instituciones y Autoridades del Estado, investigados en el Sumario del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, el Auto de 5-11-2010 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,

El Auto de 5 de noviembre de 2010 se articula con decisiones interrelacionadas con el presente procedimiento adoptadas por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo después de interpuesto el recurso de queja, que predeterminan la envergadura de la indefensión y denegación de justicia por parte del Auto recurrido. Las resumimos a continuación:

1. orden directa de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, al margen de los recursos establecidos en la ley, al Juez Central de Instrucción N° 5 de no practicar diligencias de prueba de los referidos delitos de naturaleza genocida y lesa humanidad (Auto de 1 de diciembre de 2008).

La orden, en sí misma inconstitucional es resultado de la previa concertación entre el Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, Ilmo. Sr. Gómez-Bermúdez, y el Fiscal Jefe de la misma, negando a la recurrente el derecho a un tribunal imparcial, reduciéndola a indefensión e impidiéndole acceder a un recurso eficaz, según se ha acreditado en el recurso contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la misma Sala Penal (**documentos anexos Nos 24 a 26**), tramitado en paralelo al presente recurso y dentro del mismo procedimiento.

El precedente de semejante concertación es de conocimiento universal tras la publicación del cable de la Embajada de EE.UU. en Madrid de seis meses antes del Auto recurrido -14 de mayo de 2008- (**documentos anexos Nos 27 y 28**), que en la parte pertinente dice:

***1. (SBU) El 13 de mayo, el Juez Javier Gómez Bermúdez, Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, y Javier Zaragoza, Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, telefonaron 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"***<sup>3</sup>

2. Tras el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional, la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Causa Especial N° 20048/2009:

---

<sup>3</sup> Cable publicado por WikiLeaks y el diario EL PAIS (Madrid) el 1-12-2010. La versión original en inglés es la siguiente: "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 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".

2.1. admite a trámite las querellas, interpuestas por personas identificadas con la impunidad de los referidos delitos, contra el Juez Central de Instrucción No 5 que inició la investigación de la que toma causa este procedimiento (**documento anexo n° 2**);

2.2. hace supuesto de la cuestión declarando prescritos y amnistiados tales actos de naturaleza genocida y lesa humanidad (Auto de 26 de mayo de 2009, FJ 4°, **documento anexo n° 1**);

2.3. anticipa que comparte (Auto de 23 de marzo de 2010, **docs. anexos nos. 10 y 12**)

*“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 2°];*

2.4 tras lo cual, el Juez Instructor

- imputa al Juez Central de Instrucción N° 5 prevaricación por incoar Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad (Auto de 7 de abril de 2010, págs. 13-14, **doc. anexo n° 14**), y, en el Auto de 11 de mayo de 2010,
- “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. 15 y 18**),
- “orden” que el Tribunal Supremo cumple en el Auto de 13 de diciembre de 2010 (**doc. anexo n° 30**);

2.5. en las Providencia de 18 de mayo de 2010 y 26 de mayo de 2010 deniega personarse en la Causa Especial N° 20048/2009 a las partes denunciante en las referidas Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 (**docs. anexos nos. 16, 19, 21, 22**);

2.6. en el Auto de 3 de febrero de 2010 (**doc. anexo n° 9**), el Excmo. Sr. Instructor de la Sala Penal del Tribunal Supremo desestima el recurso de súplica del Ilmo. 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);

3. como complemento, deniega a la recurrente el derecho a ser parte y a ser oída 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 N° 5 en el procedimiento del que toma causa el presente incidente (**docs. anexos nos. 3 a 7**). 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).

Por el contrario, la Providencia de la Sala Penal de 26 de marzo de 2010 ha criminalizado la cuestión de competencia al resolverla como una “cuestión prejudicial penal” en la Causa especial No 3/220048/2009 (**doc. anexo n° 13**).

4. En este contexto, admitir el recurso de queja en el presente procedimiento entraría en contradicción con el contenido y sentido de las resoluciones adoptadas en la Causa Especial N° 20048/2009 y en los Recursos sobre competencia 6/200380/29009 y 006/0020431/2009; habría podido ser interpretado en el sentido de que la Sala de Penal del Tribunal Supremo no habría decidido ya, sin la participación de las partes personadas, que constituye delito investigar los crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos contra el grupo nacional de los republicanos y laicos españoles.

5. El Auto de 5 de noviembre de 2010 emerge así como un acto procesal predeterminado, necesario, para mantener el continuado cierre de los tribunales españoles a la investigación y enjuiciamiento de los referidos delitos de genocidio y contra la Humanidad contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana y laica de gobierno.

6. Lo que constituye una manifiesta vulneración de los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3 de la Constitución española en conformidad con el Convenio Europeo de DD. HH.

Según el TEDH, los delitos de genocidio y lesa humanidad no son prescriptibles ni amnistiables (casos contra Estonia acumulados de *August Kolk* y *Petr Kislyiy*, el TEDH estudia en su Sentencia de 2004 (página 9) actos cometidos en 1944 en relación con el párrafo 2 del artículo 7 del CEDH, ratificado en 1991 por Estonia).

En la Sentencia del *Ould Dah c. Francia*, de 17 de marzo de 2009, el TEDH 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, subrayado nuestro).

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.

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).

\*\*\*

## **VI. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y sin dilaciones indebidas**

El desconocimiento de esta garantía en el Auto de 2 de diciembre de 2008 ha sido tan flagrante que varios magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional formularon un voto discrepante, cuya fundamentación asume la recurrente y se tiene aquí por íntegramente reproducida en apoyo del presente motivo de nulidad.

El Auto de 1-12-2008 ha iniciado el *iter* de la indefensión y denegación de justicia que prohíbe la investigación de los delitos y completan las decisiones de la Sala Penal del Tribunal Supremo indicadas en la Sección V anterior, previas al Auto de 5 de diciembre de 2010.

El primer medio utilizado para cometer la violación de las garantías constitucionales ha sido un fraude de una norma legal, el art. 23 LECrim., pues

1. ningún Juzgado habiendo recabado para sí la competencia al JCI5; no existe “conflicto de competencia”;

2 a pesar de ello el Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central N° 5 y la casi totalidad de la prueba practicada, con la consiguiente indefensión y daño a las víctimas de los delitos cuya investigación ha prohibido.

3. El Auto de 5-11-2010 del Tribunal Supremo consolida dos años después esta vulneración del art. 24 de la Constitución y de los artículos 6 y 13 del CEDH en sus dimensiones -diferentes aunque interrelacionadas en el presente caso- de acceso a la jurisdicción; al proceso; sin dilaciones indebidas; a la tutela judicial efectiva; sin indefensión (STC núm. 237/2001 de 18 diciembre, RTC 2001\237).

Si alguna duda cabe al respecto, la entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010 desvirtúa todas las premisas del escrito del Fiscal en cuya virtud la Audiencia Nacional ha adoptado el Auto de 2.12.2008, a saber la desaparición forzada de más de 100.000 españoles del grupo nacional republicano y convicciones laicas es un crimen de lesa humanidad, no amnistiable, imprescriptible, no político (art. 5), continuado hasta el día que cesa la desaparición forzada (art. 8), el Estado (del que forma parte el órgano judicial) debe garantizar *un recurso judicial rápido y efectivo para obtener sin demora las informaciones previstas en esa disposición. Ese derecho a un recurso no podrá ser suspendido o limitado bajo ninguna circunstancia (art. 20) y prevenir las dilaciones o la obstrucción de los recursos (art. 22).*

\*\*\*

## **VII. Vulneración del derecho de acceder al recurso de súplica contra el Auto de 2 de diciembre de 2008**

El Auto de 5-11-2011 de la Sala Segunda consuma, asimismo, la arbitraria e infundada inadmisión del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2008:

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

En la especie así lo reconoce el voto particular del Auto de 2-12-2008: “*la investigación, a la que tienen derecho las víctimas, según el derecho internacional, en virtud de la presente decisión ha sido clausurada*” (Sección III, punto 3);

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

según doctrina consolidada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional (Auto de la Sala del TS denominada del art. 61 de la LOPJ de 28 febrero de 1999 (RJ 2001\5275); Sentencias del Tribunal Constitucional 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)).

3. 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 este caso.

4. Es de aplicación en la especie la doctrina del TEDH en el caso Gómez de Liaño c. el Reino de España.

En este procedimiento el acusado Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Gómez de Liaño 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, 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 LECrim).

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 Sala del artículo 61 del Tribunal Supremo, la mayoría del Alto Tribunal 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 de la Sala del art. 61 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 de la Sala II del Tribunal Supremo y, por el contrario, estima 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, subrayado nuestro):

*« que la demande de récusation a été déclarée tardive [par le Tribunal Constitutionnel], au motif que le requérant l'avait introduite non pas après la décision de renvoi en jugement mais une fois que cette décision fut devenue définitive. Cette interprétation de la législation procédurale, contestée par cinq magistrats de la chambre spéciale du Tribunal suprême et par le magistrat-rapporteur du Tribunal constitutionnel, apparaît en l'occurrence par trop rigoureuse et formaliste, car elle a privé le requérant de la possibilité de faire examiner au fond le grief relatif à la prétendue partialité du tribunal et de prévenir, le cas échéant, une situation contraire à l'exigence d'impartialité découlant de l'article 6 § 1 de la Convention. La Cour rappelle à cet égard l'importance de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable (Remli c. France, arrêt du 23 avril 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-II, § 48).*

*1. En tout état de cause, la Cour observe que le requérant a demandé à deux reprises, le 16 novembre 1998 et le 20 décembre 1998, à la chambre en question de s'abstenir de l'examen de sa cause, en invoquant l'arrêt Castillo Algar. Or, les membres de la chambre, pourtant conscients des appréhensions du requérant, n'estimèrent pas nécessaire de se déporter de leur propre initiative (voir, mutatis mutandis, Hauschildt c. Danemark du 24 mai 1989, série A n° 154, p. 21, § 1). A cet égard, elle relève qu'il existe en droit espagnol une disposition d'ordre général, l'article 221 de la Loi organique portant sur le pouvoir judiciaire, en vigueur au moment des faits, qui oblige le juge concerné par l'une des causes d'abstention ou de récusation prévue par la loi à s'abstenir de connaître l'affaire sans même attendre d'être récusé (voir arrêt Pescador Valero c. Espagne, n° 62435/00, § 24, CEDH 2003-VII). (...)*

*2. Dans ces conditions, on ne saurait soutenir que les autorités nationales n'ont pas eu la possibilité de redresser la violation alléguée de l'article 6 § 1 (voir, mutatis mutandis, Castillo Algar c. Espagne, arrêt du 28 octobre 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, § 35, et Romero Martín c. Espagne (déc.), n° 32045/03, 12 juin 2006). La Cour estime que ce serait faire preuve d'un « formalisme excessif » que de considérer que le requérant a omis d'épuiser les voies de recours internes en ne respectant pas les règles procédurales prescrites (voir, mutatis mutandis, Corcuff c. France, n° 16290/04, § 27, 4 octobre 2007).*

*3. En conséquence, l'exception du non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement ne saurait être accueillie.*

4. La Cour constate que le grief tiré du droit à un tribunal impartial n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. La Cour relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable. »

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

- la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008,
- la ratificación de ésta en el primer Otrosí del recurso de súplica contra el Auto de 1-12-2008,
- la propuesta independiente y nueva de recusación que se formula en el Otrosí Segundo de la misma súplica.

El Auto de 5-12-2010 vulnera por este motivo el artículo 24 de la Constitución y los artículos 6 y 13 del CEDH.

\*\*\*

### **VIII. Vulneración del derecho al juez legal**

1. La declaración de incompetencia del Juzgado Central de Instrucción que consolida el Auto recurrido es contraria a criterios reiterados del Tribunal Supremo en materia de competencia, que tiene afirmado:

*“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.

La fundamentación de este motivo ha sido desarrollada en el escrito de esta parte de fecha 5 de noviembre de 2008 –de oposición a la petición del Fiscal de 21.10.2003: Otrosí, Hechos TERCERO y CUARTO, que damos aquí por íntegramente reproducidos. En particular, el Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1999 (RJ 1999\6677) –invocado en el Auto de la Audiencia de 2-12-2008 como único apoyo (FJ 2º)- 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 (hecho que el ATS no cuestiona), mientras que en la especie ni el Sr. Fiscal ni el Auto de 2-12-2008 atribuyen la competencia a ningún órgano judicial distinto del Juzgado Central de Instrucción N° 5, y, sin embargo, la niegan al único que investiga los 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”<sup>4</sup>;*
- 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 inculpaado 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 n° 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 inculpaación 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”<sup>5</sup> (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., contrariamente a lo que acuerda el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional.

El Auto de 5-12-2010 vulnera por este motivo el artículo 24 de la Constitución y los artículos 6 y 13 del CEDH.

\*\*\*

## **IX. Vulneración del derecho a un tribunal imparcial**

El contenido y sentido de los relatados actos procesales, en particular en el Fundamento VIII del presente escrito, vienen a confirmar el fundado temor de la recurrente a la falta de imparcialidad en el presente procedimiento de los Magistrados del Tribunal Supremo que han jurado ante Dios lealtad al Caudillo Francisco Franco y a los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional, sobre actos de naturaleza genocida y lesa humanidad contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana y laica de gobierno. Un conflicto aparente de lealtades en cuya virtud ha formulado la respetuosa propuesta de abstención-recusación de 27 de noviembre 2009 (**doc. anexo N° 8**).

---

<sup>4</sup> GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, pág. 437.

<sup>5</sup> Ibid., pág. 450. Las cursivas son del autor, el subrayado nuestro.

No aceptada la abstención ni la recusación por la Sala Penal del Tribunal Supremo cuyos dos tercios prestaron el referido juramento, ha correspondido pronunciarse sobre aquella a la Sala denominada del artículo 61 de la LOPJ integrada, a su vez, por dos tercios de Magistrados que también prestaron el mismo juramento. Al concurrir idéntica causa objetiva de abstención fue también propuesta su abstención-recusación, la que no fue admitida a trámite por los propios recusados, con la consiguiente vulneración del principio *nemo iudex in causa sua*, amparado en el artículo 24.2 de la CE (**docs. anexos 11, 17, 20, 23**).

El Auto de 5 de noviembre de 2010 vulnera en este motivo el artículo 24.2 de la Constitución.

\*\*

#### **X. Interpretación-aplicación inconstitucional de la Ley 46/1977, de amnistía**

El inicio del *iter* de indefensión y denegación de justicia este procedimiento es el escrito de 21 de octubre de 2008 en que el Ministerio Fiscal, al margen de los recursos establecidos en la Ley, pide a la Sala Penal de la Audiencia Nacional que, sin oír a las restantes partes personadas, prohíba al Juzgado Central de Instrucción Nº 5 investigar los actos de naturaleza genocida en conexión con alzamiento armado contra las Instituciones y Autoridades del Estado objeto de las Diligencias Previas 399/2006.

En su segundo escrito de 21 de octubre de 2008, el Ministerio Fiscal ha planteado a la misma Sala Penal, al margen del proceso debido, una interpretación de la Ley 46/1977, de Amnistía (BOE 17.10.1977), sin precedente en los tribunales de justicia:

*“Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la CE, la norma tuvo plena efectividad y vigencia jurídica hasta ese momento, con aplicación a situaciones nacidas con anterioridad a su vigencia y que no habían producido efectos jurídicos en el momento de su entrada en vigor. Esto es lo que constitucionalmente se llama retroactividad tácita o aplicación inmediata de las normas jurídicas, que aplicado al caso supondría la aplicación a un hecho jurídico - ilícito penal cometido no perseguido hasta la fecha y con posibles responsabilidades no extinguidas- de una consecuencia jurídica inmediata: la extinción de la responsabilidad penal una vez entrada en vigencia. Es decir, que aún en el supuesto de que se considerara el dato de la desaparición física de la persona como elemento que determinara la inexistencia de la extinción de la responsabilidad civil por prescripción, ello también implicaría la aplicabilidad de la ley de Amnistía a estos delitos, toda vez que precisamente, se encaminaba a acabar con las posibles responsabilidades pendientes en el momento de los hechos” (pág. 15-16).*

Esta interpretación del Fiscal, introducida por el cauce del art. 23 de la LECrim., ha sido asumida por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el citado Auto de 26 de mayo



de 2009 (doc. anexo nº 1, FJ4º), y en la Causa Especial 20048/2009 -donde ha denegado la personación de las restantes partes acusadoras en las Diligencias Previas 399/2006.

Semejante interpretación de la Ley 46/1977 vulnera garantías constitucionales amparadas en los artículos 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española en relación con los artículos 7, 2, 3, 4, 5, 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), según paso a exponer.

### **1. Los hechos: impunidad continuada, desde el 17 de julio de 1936 hasta hoy, de actos de naturaleza genocida y delitos contra la humanidad**

En las Diligencias Previas 399/2006 se denuncian actos cometidos contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana y laica de gobierno:

- secuestro de más de 30.000 niños de familias republicanas de convicciones laicas, en el extranjero y España, y su traslado por fuerzas a otro grupo nacional, cambiándoles su identidad,
- desaparición forzada de más de 115.000 republicanos de convicciones laicas, matanza mediante ejecución de más de 300.000 republicanos laicos,
- sometimiento intencional de decenas de miles de prisioneros republicanos de convicciones laicas a trabajo esclavo, acarreado su destrucción parcial,
- la detención y torturas de centenares de miles de republicanos de convicciones laicas;
- el desplazamiento de alrededor de otro medio millón de republicanos y convicciones laicas hacia el exilio.

### **2. Principales tratados y doctrinas internacionales de aplicación directa a los hechos**

En conformidad con el art. 1.5 del Código Civil, de 1889, y los arts. 96.1 y 10.2 de la Constitución española de 1978, habrá que tener presente:

- el Convenio (II) de La Haya, de 29 de julio de 1899, relativo a las leyes y usos de la guerra terrestre, y su anejo, el Reglamento sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre (La Gaceta de Madrid, 22 de noviembre de 1900; Dicc. A. 9623);
- el Convenio de Ginebra, de 27 de julio de 1929, relativo al tratamiento de los prisioneros de guerra (La Gaceta de Madrid, 11 de octubre de 1930; Dicc. A. 1365);
- el Convenio contra el trabajo forzado, adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930, ratificado por España el 29 de agosto de 1932;
- el Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948 (BOE 8-02-1969 y 18-09-1985), según es interpretado por la Corte Internacional

de Justicia dado que el Reino de España ha retirado su reserva a la totalidad del artículo IX<sup>6</sup> (BOE 9.12.2009);

- el Pacto de Derechos Civiles y Políticos –PIDC- (BOE 30 de abril de 1977), también vigente cuando se aprueba la Ley 46/1977, de amnistía;

- el Convenio Europeo de Derechos Humanos (BOE 10 de octubre de 1979) y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, vinculante para España según el art. 10.2 de la Constitución y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional;

- el Convenio sobre prevención de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes (BOE 5 de julio de 1989);

- el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998 y el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (BOE 5 de octubre de 2000);

- la Convención de NNUU sobre desaparición forzada de personas, de 20.12.2006, en vigor desde el 25 de diciembre de 2010, firmada por España el 27 de septiembre de 2007 y, por consiguiente, obligada a no frustrar su objeto y fin (art. 18 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 22 de mayo de 1969 (BOE, 13-6-1980));

### **3. Naturaleza jurídica de los actos delictivos investigados en las Diligencias Previas 399/2006**

Son susceptibles de ser subsumidos en el tipo de actos de naturaleza genocida o de lesa humanidad.

De naturaleza genocida, porque se dirigen a destruir, en todo o en parte, a un grupo nacional y social de convicciones laicas, claramente identificado como tal por las jerarquías religiosas y del Movimiento Nacional contra el llamado a “*cruzada*” por motivos y con fines de naturaleza religiosa, entre otros.

De lesa humanidad, por constituir un ataque sistemático y generalizado contra la población civil por razones ideológicas y sociales, entre otras.

En ambos casos, los actos han tenido lugar sustancialmente bajo el mando, la coordinación, complicidad y/o encubrimiento de autoridades y funcionarios que prestaron el juramento de lealtad al general Franco y los principios fundamentales del régimen del Movimiento Nacional, jueces y fiscales incluidos.

---

<sup>6</sup> Art IX: “Las controversias entre las Partes Contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia.”

#### 4. Estos delitos son imprescriptibles e inamnistiables

El art. 131.4 del C. Penal los declara imprescriptibles. No los incluye la ley 46/1977, de amnistía.

Su investigación y sanción en España no constituye una aplicación retroactiva de la ley penal.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que los delitos de lesa humanidad son inamnistiables (Sentencia Ould Dah c. Francia, de 17-03-2009<sup>7</sup>).

En las Sentencias del caso Jorgic c. Alemania, de 12 de julio de 2007<sup>8</sup>, Kolk y Kislyiy c. Estonia, de 17 de enero de 2006<sup>9</sup>, el TEDH considera que se respeta el principio de legalidad penal al aplicar hoy la ley penal que estaba vigente en el momento del acto delictivo- *tempus delicti commissi* – que sancionaba, p. ej., asesinato, lesiones, secuestro, detenciones ilegales, violaciones, robos, etc., la que debe ser ahora interpretada según los principios de un Estado de Derecho. Agrega que al interpretar el CEDH, las jurisdicciones nacionales pueden no interpretar literalmente el concepto “grupo”, y aplicarlo a un “grupo social” (Jorgic, p. 108). Así lo ha hecho, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 12 de diciembre de 2000:

*“la definición legal del genocidio defiende la idea de una protección legal que, más allá del individuo, se extiende a la existencia social del grupo (...) la intención de destruir el grupo (...) va más allá del exterminio físico y biológico (...). Por lo tanto, el texto de la ley no implica que la intención del culpable sea exterminar físicamente al menos una parte importante de los miembros del grupo”* (pp. 76-82)

En la Sentencia del caso *sobre la aplicación del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 26 de febrero de 2007<sup>10</sup>, la CIJ ha determinado la noción de grupo protegido según el método positivo, diferenciando el grupo en virtud de lo que los propios autores del crimen consideran características nacionales, étnicas, raciales o religiosas del grupo (párrafo 196).

La jurisprudencia del Tribunal Internacional para ex Yugoslavia (Jelusic, pp. 67-71; Krstic, p. 557) y para Ruanda (Akayesu, p. 515; Kayishema, p. 98 ; Rutanga, p. 56 y ss.; Musema, pp.160-167; Bagilishema, p.65), admite integrar en el delito de genocidio la acción de un Gobierno para físicamente a un grupo nacional opositor a su ideología o a su proyecto.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Accesible en [http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf\\_Ould\\_Dah\\_c.\\_France\\_Conseil\\_de\\_l\\_Europe\\_.pdf](http://www.cfcpi.fr/IMG/pdf_Ould_Dah_c._France_Conseil_de_l_Europe_.pdf).

<sup>8</sup> Accesible en <http://weblog.leidenuniv.nl/media/blogs/76039/1948/jorgic%5B1%5D.pdf>.

<sup>9</sup> Accesible en inglés en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolk.html>, traducción libre en castellano en <http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>

<sup>10</sup> Accesible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13684.pdf>

<sup>11</sup> Así lo ha considerado también el hecho probado 1.2, pág. 27, inciso último, primer párrafo, de la Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España de 19 de abril de 2005 (caso Scilingo, oficial de la Marina de Guerra argentina).

La Ley española 44/1971, de 15 de noviembre, en el artículo 137 bis del Código Penal ha incluido explícitamente al “grupo social” en el tipo de genocidio. Modificado por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de Junio, de Reforma Parcial y Urgente del Código Penal, la Exposición de Motivos no hacía referencia alguna al delito de genocidio. ¿Pretendió el legislador algo más que adaptar el precepto a la literalidad del texto de Nueva York, como eliminar la punición del exterminio de los grupos sociales, cuando en la Exposición de Motivos no se manifiesta intención de disminuir la extensión del bien jurídico protegido?

La Sentencia del Tribunal Supremo español de 1 de octubre de 2007 (RJ 2009\4711) define “grupo” en el marco de este Convenio como “*un número relevante de personas relacionadas entre sí por características que las diferencias de los demás miembros de la población*” (FD 10.4). En su voto particular el Magistrado D. Joaquín Giménez García estima que el

*“grupo nacional incluye el exterminio de los grupos políticos de la misma nacionalidad (...) carece de sentido excluir del genocidio la política de exterminio ejecutada contra un subgrupo nacional por razones políticas cuando, por el contrario, la muerte o la práctica de cualquiera de las conductas que integran el crimen de lesa humanidad dirigidas por un grupo contra otro de la población civil, o parte de ella, son considerados tales crímenes”.*

## **5. Principales normas aplicables**

Son de aplicación las normas penales sustantivas vigentes en España en la fecha del acto delictivo, o la norma posterior si fuera más favorable. Por ejemplo, el artículo 474 del Código Penal de 1932 contemplando la detención ilegal<sup>12</sup>, ésta sería la norma aplicable a las detenciones ilegales seguidas de desaparición cometidas después del 17 de julio de 1936 por el Movimiento Nacional.

En cuanto a los delitos de genocidio y lesa humanidad, deben ser considerados en conformidad con los arts. 10.2 y 25.1 y la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación, en particular, con los arts. 7, 2, 3, 4, 5, 6 y 13 de CEDH, y los arts. 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española de 1978, teniendo presente:

1.- el principio afirmado en la sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg de 1946<sup>13</sup>, según el cual son imputables ante los Tribunales de Justicia los crímenes contra la humanidad cometidos al menos desde el 23 de marzo de 1933<sup>14</sup>;

---

<sup>12</sup> Ley de 27 de octubre de 1932 reformativa del Código Penal de 18 de junio de 1870.

<sup>13</sup> “(...) *With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale,*

2.- el Convenio para la sanción y prevención del delito de genocidio, de 1948, que no instituye ni crea este delito sino que, como declara su artículo primero, “constata” su existencia;

3.- el Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 (artículos 26 y 27);

4.- el art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

5.- el artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD. HH., tal como es interpretado y aplicado por el TEDH, por ejemplo

- en el caso K.H.W. c. Alemania (TEDH 2001\230, pp. 45, 64, 82, 83, 85, 248, y las opiniones concordantes de los jueces Loucaides y Pellonpää);

- en el caso Streletz y otros c. Alemania, cuya sentencia<sup>15</sup> considera que el artículo 7.2 del CEDH

*«constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) Es fácil imaginar un asunto análogo en el que los demandantes fueran altos magistrados (...) que hubieran participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial (jurisprudencia) de impunidad. ¿Diríamos entonces que este «elemento de interpretación judicial» (apartado 82 de la sentencia) es válido como «ley que define el delito»? Como el teórico jurista alemán von Ihering subrayó justamente, el Estado de derecho reposa en la significación formal de las redacciones jurídicas. Si se quiere proteger el Estado de derecho, esta significación objetiva debe permanecer independiente y estrictamente separada, en último análisis, de cualquier interpretación subjetiva y arbitraria, por muy generalizada que dicha interpretación pueda estar en el contexto de una «práctica del Estado» dada. Esto es todavía más cierto si esta interpretación arbitraria reinante del «Derecho en (in)acción» que contradice el Derecho escrito es el resultado de una confabulación entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial del Estado»<sup>16</sup>;*

o que

*“6 (...) los mismos textos jurídicos (la Constitución (...) o el Pacto internacional relativo a los derechos civiles y políticos) conducen a resultados diferentes según que sean aplicados siguiendo uno u otro método del derecho propio del orden político contemplado. 7 Esto nos lleva a la cuestión de saber si, tras un cambio a través del cual un orden político (...) pasa a ser democrático, es legítimo aplicar «el antiguo» Derecho establecido por el régimen anterior no democrático siguiendo los métodos de*

---

*and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt”.*

El texto íntegro de la Sentencia es accesible en [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp).

<sup>14</sup> El 23 de marzo de 1933 el Reichstag –mientras ocupado por las SS y otros cuerpos armados nazis– aprobó el acta de habilitación que confirió al Canciller Adolf Hitler los plenos poderes con los que se llevaron a la práctica crímenes generalizados y sistemáticos.

<sup>15</sup> Accesible en [http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01\\_2/Streletz.pdf](http://www.menschenrechte.ac.at/orig/01_2/Streletz.pdf).

<sup>16</sup> TEDH, Sentencia Streletz y otros c. Alemania, de 22 de marzo de 2001, voto concurrente del Juez ZUPANČIČ (TEDH\2001\229). Ver en igual sentido el punto 81 de la misma Sentencia; el caso K-HW (2001) 36 E.C.H.R. 59 ECHR en [83]; el voto particular del citado Juez en el caso Zdanoka (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECHR; el caso Clusters (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECHR en [85]-[86].

*interpretación y de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático nuevo. 8 Quiero señalar que, en mi opinión, no hay lugar para otras soluciones. Los Estados democráticos únicamente pueden autorizar a sus instituciones a aplicar el Derecho –incluso si se trata de normas anteriores dictadas bajo un régimen predemocrático– de una manera inherente al orden político democrático (en el sentido en el que esta noción es comprendida en las democracias tradicionales). El recurso a cualquier otro método de aplicación del Derecho (implicando que se llegue a resultados diferentes a partir de los mismos textos jurídicos) atentaría contra la sustancia misma del orden público de un Estado democrático. 9 Los mismos principios son igualmente válidos en lo que se refiere a la interpretación y la aplicación de las normas del Derecho internacional, como las del Pacto internacional sobre los derechos civiles y políticos. El Pacto fue firmado y ratificado por la mayoría de los Estados del mundo – democráticos y no democráticos (incluida la ex-RDA) –. Un Estado democrático únicamente puede interpretar y aplicar este instrumento (y otras normas jurídicas internacionales) siguiendo los métodos de aplicación del Derecho que son inherentes al orden político democrático. (...). 10 En consecuencia, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas nacionales o internacionales siguiendo los métodos propios de los regímenes (...) no democráticos (con resultados intolerables para un sistema democrático) deben ser consideradas erróneas, desde el punto de vista de un sistema democrático. Esto es válido tanto para una apreciación «ex post facto» de la práctica jurídica que estaba en curso bajo un régimen no democrático anterior (como en este caso, pero el problema puede plantearse evidentemente en otras nuevas democracias), como para la apreciación de la práctica jurídica actual (por ejemplo, en lo que se refiere al Pacto) en vigor en un régimen no democrático actual. Esta práctica debe ser contemplada como una desviación del Derecho. Una vez realizada la transición hacia un orden político democrático, las personas responsables no podrían justificar su comportamiento atrincherándose detrás de la manera «específica» en la que el Derecho es interpretado en los regímenes no democráticos. 11 En mi opinión, ésta es una conclusión obligatoria resultante del carácter universal de los derechos humanos y de los valores democráticos, que se imponen a todas las instituciones democráticas. Por lo menos desde la época del proceso de Nuremberg, esta concepción del orden democrático es bien comprendida en el mundo y por lo tanto previsible para todos. 12 Lo que atestiguan igualmente, me parece, las conclusiones de la presente sentencia”<sup>17</sup>;*

- en el caso Zdanoka c.Letonia, cuya sentencia reitera que

*»Ni siquiera el derecho internacional puede borrar un período histórico de cincuenta años de duración. Por ello, si la actividad (...) debía ser declarada a priori ilegítima o ilegal, muchos acontecimientos sobrevenidos [en el régimen de facto] deberían haber sido declarados a posteriori ilegítimos o ilegales. Ex factis ius oritur [el derecho nace de los hechos], la historia está quizás en condiciones de hacer un enjuiciamiento semejante, pero no el derecho. El campo del derecho está determinado por el poder estatal establecido. La historia, por el contrario, es escrita por el vencedor (...). El travestismo operado por antiguos opresores que después se identifican con y profitan de la democracia y del estado de derecho (...) [está] demostrado en varios asuntos de los que ha conocido el Tribunal.<sup>18</sup> (...) Revindican de manera desvergonzada los mismos derechos fundamentales que toda su vida han negado a los otros, y a menudo violado a sangre fría de la manera más brutal. (...) En derecho internacional, el proceso de Nuremberg es una ilustración histórica de la manera como el estado de*

<sup>17</sup> Sentencia Streletz y otros c. Alemania, cit., voto concurrente del Juez LEVITS.

<sup>18</sup> Voir, par exemple, Streletz, Gessler et Kenza c. Allemagne [GC], n<sup>os</sup> 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II.

*derecho responde a la barbarie, del que el poder de la lógica jurídica prevalece ex post facto sobre la lógica hobbesiana del poder. Resulta claramente del ya citado caso Streletz, Kessler y Krenz que, por razones más restrictivas, la práctica sistemática de la impunidad, a pesar de la existencia puramente formal de normas punitivas precisas que van en sentido opuesto, no puede justificar después del hecho un medio de defensa activo que se basa en un error de derecho excusable. Una vez restablecido el estado de derecho, se aplica la norma positiva, incluso si estaba latente antes. (...) Este caso [Streletz, Kessler y Krenz] prueba que la norma punitiva, incluso si está durmiendo y es objeto de una denegación selectiva y sistémica –es decir, de una práctica generalizada de impunidad- y que es, pues, susceptible de hacer resumir a los actores que no será nunca aplicada, existe siempre positivamente, años después (...)*<sup>19</sup>».

## 6. El objeto de la Ley 46/1977, de amnistía, no son los actos genocidas y de lesa humanidad

Según el orden establecido en el art. 3 del C. C., la norma deberá interpretarse según el “*sentido propio de las palabras, en relación el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

### 6.1 Sentido propio y contexto de los términos de la Ley 46/1977

Según el artículo 1, la amnistía se aplica a “**actos de intencionalidad política**”.

El artículo 5 confiere primacía a “**las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad**”.

El artículo 9 dispone que: “*la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes*” (...) **de acuerdo con las leyes procesales en vigor**”.

Ni el Convenio contra el genocidio (artículos 1 a 4) ni el PIDCP (art. 15.2) admiten la excepción de intencionalidad política, ni en tiempos de paz ni de guerra.

Determinar cuáles son los delitos a los que la Ley 46/1977 es susceptible de aplicación requiere necesariamente la interpretación de ésta en conformidad con la doctrina resumida en el citado caso K.H.W. c. Alemania (Sentencia de 22 de marzo de 2001), que considera que la ley vigente en 1989 -durante un régimen de dictadura- debe ser interpretada, en 1993 – en un Estado de Derecho- según la doctrina del TEDH:

“82. ... **el hecho de que el recurrente no ha sido inquietado [durante el régimen anterior], sino que ha sido demandado y después condenado (...)** [más que] por las jurisdicciones alemanas después de la reunificación en base a las disposiciones legales aplicables en la RDA en la época de los hechos, de ninguna manera significa que sus acciones no constituían una infracción según la ley de la RDA.

83. **En este sentido, el Tribunal señala que el problema (...) en cuanto a la actitud a adoptar con respecto a personas que cometieron delitos bajo un régimen anterior, se**

---

<sup>19</sup> TEDH Caso Zdanoka c.Letonia, de 16 de marzo de 2006, Voto particular del juez ZUPANČIČ

*ha planteado igualmente a cierto número de otros Estados que han experimentado una transición a un gobierno democrático.*

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

*85. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34 -36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente – párrafo 45 más arriba). (...).”*

La aplicación de la Ley 46/1977 requiere, en primer lugar, que el órgano judicial determine la existencia del hecho delictivo y su presunto autor. Así lo dispone su artículo 9: “*la aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales correspondientes*” y “*de acuerdo con las leyes procesales en vigor*”, es decir, hoy, las subordinadas a la Constitución de 1978 (artículo 5 de la LOPJ).

El artículo 10.2 de la Constitución reenvía al PDCP y al CEDH y a la doctrina del TEDH, vinculantes para España según constante jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así lo ha hecho en el Auto de 16 de octubre de 2008 en las Diligencias Previas de las que toma causa este procedimiento<sup>20</sup>, a diferencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo en el proceso que ha incoado en 2009 contra el Juez Central de Instrucción nº 5 (docs. anexos 1, 2, 9, 10, 12-16, 18, 19, 21, 22).

Recordemos, a este respecto, las deficiencias técnicas advertidas en la fundamentación del voto de la Ley 46/1977 por el Diputado señor Gómez De Las Rocas:

*“estamos ante un texto legal lleno de imprecisiones jurídicas. Me basta remitirme al artículo 1º de este no estudiado proyecto de ley. Sencillamente, entiendo que **carece de los más elementales requisitos de toda tipificación penal**, y esto es algo que como legisladores no podemos nunca ignorar, este sentido, permítanme los señores Diputados que diga que **estamos trasladando a los Tribunales de Justicia una competencia que es de las Cámaras, o es del Gobierno, pero en modo alguno de los Tribunales de Justicia, la de crear la norma.**”*

En 2º lugar, el órgano judicial tendrá presente que la Ley 46/1977 no establece ningún criterio legal para determinar cuáles son los *delitos de intencionalidad o de naturaleza política*. No los definía el Código penal, ni el de Justicia Militar ni el de la Marina de Guerra. Una sola norma diferenciaba los delitos políticos de los no políticos, a los solos efectos del distinto trato que deben recibir los presos políticos de los comunes, y era la Ley de 15 de febrero de 1873, siguiendo la clasificación que se refiere al Código penal de 1870.

---

<sup>20</sup> Accesible en [http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain\\_20081016.pdf](http://www.elclarin.cl/images/pdf/spain_20081016.pdf)



En 3er lugar, al carecer la Ley 46/1977 de Exposición de Motivos la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SS. de 13 junio 1994 (RJ 1994\5284); 24 febrero 1983 (RJ 1983 \ 999); 15 junio 1983 (RJ 1983\6826)), al igual que la del Tribunal Constitucional (STC (Pleno) de 9 junio, RTC 1986\76), ha integrado la Ley 46/1977 con sus inmediatos precedentes –en particular el RDL 10/1976, de 30 de julio (BOE 4 agosto 1976).

<p><u>RDL 10/1976</u> , de amnistía:</p> <p>- Art.1: “1. <i>Se concede amnistía por todos los delitos y faltas <b>de intencionalidad política</b> y de opinión comprendidos en el Código Penal (R. 1973, 2255 y N. Dicc. 5670), o en Leyes Penales especiales no mencionadas en el apartado siguiente (...).</i>”</p>	<p><u>Ley 46/1977</u>, de amnistía:</p> <p>- “Art. 1. PRIMERO. <i>Quedan amnistiados: a. Todos los actos <b>de intencionalidad política</b>, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976. (...)</i>”.</p>
---	---

El Tribunal Constitucional hemos visto que ha integrado ambas normas en cuanto a las sanciones de naturaleza penal. Así lo ha hecho también el Tribunal Supremo:

1. STS de 13 junio 1994 (Sala III, RJ 1994\5284), en cuanto a las sanciones administrativas:

*“PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la presente apelación se impugna -conforme expresa el F. 1.º de la sentencia recurrida-, «el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Bullas, de 3 agosto 1988, denegatorio de la solicitud del recurrente de que le fuera aplicada la **Ley 46 / 1977, de 15 octubre** (\_RCL 1977\2204\_y ApNDL 479), de Amnistía, y se le reintegrara en el cargo de Oficial Tercero de Administración de dicho Ayuntamiento (...)*”

*QUINTO.- La legislación promulgada en la materia [**RD Ley 10/1976 de 30 julio** (\_RCL 1976\1495\_y ApNDL 472), D. 2393/1976, de 1 octubre (\_RCL 1976\1995\_y ApNDL 476), OM 6 julio 1977] y la línea jurisprudencial mantenida en su aplicación [v. gr. SSTS 5.ª de 24 febrero 1983 (\_RJ 1983\999); 15 junio 1983 (\_RJ 1983\6826); 12 junio 1984 (\_RJ 1984\3618.); 26 septiembre 1984 (\_RJ 1984\4511.), 4 julio 1985 (\_RJ 1985\3548.) y 22 octubre 1991 (\_RJ 1991\8293.)] perfilan el ámbito de la amnistía,(...)”.*

2. STS de 24 febrero 1983 (Sala III, RJ 1983\999):

*“CDO.: Que el ámbito objetivo de la disposiciones dictadas concediendo los beneficios de la Amnistía normalmente comprende los denominados delitos políticos, y manteniéndose en esa línea, en el art. 1.1. del **R. D.-Ley de 30 julio 1976**, se otorga amnistía a todos los delitos y falta de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el C. P. o en leyes especiales cometidos con anterioridad al día 30 julio 1976, y en su art. 3.1. también hace extensiva la amnistía que se concede a las infracciones administrativas cometidas hasta la fecha indicada con la misma intencionalidad; elemento intencional que se reitera en el R. D. de 1 octubre 1976, sobre aplicación de la Amnistía a los funcionarios de la Administración Local, al declarar en su art. 2.º que la Amnistía beneficiará a los funcionarios afectados en las mismas condiciones que señala el R. D.-Ley 10/1976. (...).*”

En igual sentido, la STS de 15 junio 1983 (Sala III, RJ 1983\6826).

3. La Sala Penal del Tribunal Supremo, por su parte, hasta el día de hoy no ha pronunciado Sentencia alguna que haya sostenido una interpretación distinta de la Ley 46/1977.

Las Diligencias Previas 399/2006 se han incoado en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo para instruir las denuncias por crímenes de lesa humanidad y genocidio que por reparto llegaron a su juzgado. Es por ello injusta la orden dada en el Auto de 2 de diciembre de 2008 por la Sala Penal de la Audiencia Nacional prohibiendo investigar los hechos denunciados, como lo es la pretensión del Fiscal de cambiar, *a posteriori*, la jurisprudencia preexistente del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, en una interpretación *contra legem* de la Ley 46/1977 que, a su vez, vulnera garantías amparadas por la Constitución y el CEDH.

En 4º lugar, los actos, delitos y faltas que enumera el artículo 2 de la Ley 46/1977 no son *numerus clausus*, lo que requiere su determinación judicial. La citada STC (Pleno) núm. 76/1986, de 9 junio (RTC 1986\76), cubre este vacío mediante la integración de la Ley 46/1977 con el RDL 10/1976, sobre amnistía, es decir con

*“las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio ( RCL 1976\1495 y NDL 26809 bis), que abarca a «todos los delitos y faltas de intencionalidad política y de opinión comprendidos en el Código Penal, o en las Leyes Penales especiales» [art. 1], a «los delitos de rebelión y sedición tipificados en el vigente Código de Justicia Militar»[art. 2], a los «prófugos y desertores»,[art. 3], o a «los que por objeción de conciencia se hubieran negado a prestar el servicio militar», y la misma extensión objetiva, por lo que a este aspecto se refiere, es posible verla reproducida en la Ley 46/1977, de 15 de octubre ( RCL 1977\2204 ), y en las normas que la desarrollaron, entre ellas, las que extendieron la amnistía a los funcionarios de la Generalidad de Cataluña (...)” [FJ 2].*

En 5º lugar, aplicar la ley 46/1977 requiere la previa comprobación judicial de un hecho delictivo y de su autoría según dispone el artículo 6º:

*“la amnistía determinará en general la extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio. Respecto del personal militar al que se le hubiere impuesto, o pudiera imponérsele como consecuencia de causas pendientes, la pena accesoria de separación del servicio o pérdida de empleo, la amnistía determinara la extinción de las penas principales y el reconocimiento, en las condiciones mas beneficiosas, de los derechos pasivos que les correspondan en su situación.”*

En 6º lugar, también requiere actuación judicial la inexistencia de regulación en cuanto a los efectos procesales de la amnistía en la Ley 46/1977. El art. 666.4 de la LECr. sólo se refiere a la amnistía como artículo de previo pronunciamiento a contar desde la entrega de los autos para calificación de los hechos (art. 667 LECrim.).

En 7º lugar, el objeto de los arts. 1 a 4 de la Ley 46/1977 son las responsabilidades declaradas por los Tribunales antes del 17 de octubre de 1977. Pero también pueden serlo actos sobre las que pende una sentencia, e incluso los que no son objeto de proceso por no haber infringido el ordenamiento, o no ser perseguibles de oficio ni a instancia de parte, pero que pudieran serlo. Así lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en la Sentencia (Pleno) núm. 76/1986 de 9 junio (RTC 1986\76):

*“la amnistía, sea como sea definida, está estrechamente vinculada a la existencia de una **previa responsabilidad por actos ilícitos**, ya sean administrativos, penales o de otra índole: sobre este presupuesto operará la AMNISTÍA extinguiendo la responsabilidad, según unos (el delito o la falta, según otros), para hacer desaparecer, con fundamento en una idea de justicia, las consecuencias de un derecho anterior, que se repudian al constituirse **un orden político nuevo, basado en principios opuestos a los que motivaron la tacha de ilicitud de aquellas actividades**. Un claro ejemplo de esta extensión objetiva de la amnistía se deduce de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio (RCL 1976\1495 y NDL 26809 bis) (...). A la vista de lo anterior queda patente el ligamen amnistía-consecuencias del ilícito, como quiera que el legislador establezca ese ligamen.”*

Este “orden político nuevo” es el basado en los “principios opuestos” [a los del Movimiento Nacional], es decir entre otros los del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el BOE el 30 de abril de 1977, y los de los sucesivos tratados internacionales ratificados por España y cuya raíz se halla en la derrota del nazi-fascismo en 1945 al norte de los Pirineos.

## 6.2 Espíritu y finalidad de la Ley 46/1977

Son sustancialmente los actos cometidos por personas y organizaciones opositoras al Estado del Movimiento Nacional, dirigido por el Partido Único denominado Falange Española Tradicionalista y de las JONS.

Los delitos cometidos por las personas y organizaciones del Movimiento Nacional habían sido auto-amnistiados

- desde el Decreto de 13 de septiembre de 1936, firmado por el Presidente de la “Junta de Defensa Nacional” rebelde, que amnistía a los Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases de tropa por las sublevaciones, por motivos políticos, de 10 de agosto de 1932, y en Alcalá de Henares en la primavera de 1936;

- desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939, firmado por el general rebelde Francisco Franco. El objeto de este Decreto son los delitos de intencionalidad política cometidos por los partidarios del Movimiento Nacional entre el 14 de abril de 1931 (proclamación de la II República) y el 18 de julio de 1936 (sublevación de una fracción de las FFAA contra el Jefe del Estado y la forma de Gobierno):

*“Artículo 1.”.-Se entenderán no delictivos los hechos que hubieran sido objeto de procedimiento criminal por haberse calificado como constitutivos de cualesquiera de los delitos contra la Constitución, contra el orden público, infracción de las Leyes de Tenencia de armas y explosivos, **homicidios**, lesiones, daños, amenazas y coacciones, y*

*de cuantos con los mismos guarden conexión, ejecutados desde el 14 de abril de 1931 hasta el 18 de julio de 1936, por personas respecto de las que conste, de modo cierto, su ideología coincidente con el Movimiento Nacional y siempre de aquellos hechos que por su **motivación político-social** pudieran estimarse como protesta contra el sentido antipatriótico de las organizaciones y gobierno, que con su conducta justificaron el Alzamiento“.*

- Los actos de presunta naturaleza genocida y contra la Humanidad cometidos a partir del 23 de septiembre de 1939 no eran considerados delictivos por el Estado del Movimiento Nacional, sus Fiscales y Jueces todos juramentados con los principios del Movimiento Nacional, al igual que los dos tercios de la Sala Penal del Tribunal Supremo que ha dictado la resolución cuya nulidad se insta.

Al integrar el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo el RDL 10/1976 y el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), con la Ley 46/1977 (BOE 4 agosto 1976), esta última es para la jurisprudencia un desarrollo de dichos Decretos-Leyes. Que el objeto de éstos son, en lo sustancial, las sanciones impuestas a quienes antes y después del 1 de abril de 1939 se opusieron al Movimiento Nacional, se halla explicitado en la Exposición de Motivos del RDL 10/1976 (BOE 4 agosto 1976):

*“La Corona (...) es una de sus principales misiones promover la reconciliación de todos los miembros de la Nación, culminando así las diversas medidas legislativas que ya, a partir de la década de los cuarenta, han tendido a superar las diferencias entre los españoles. Tal es el caso de la reintegración de los derechos pasivos a los militares sancionados después de la pasada contienda [es decir, los del Ejército de la República española] (...). Al dirigirse España a una plena normalidad democrática, ha llegado el momento de ultimar este proceso con el olvido de cualquier legado discriminatorio del pasado en la plena convivencia fraterna de los españoles. Tal es el objeto de la amnistía de todas las responsabilidades derivadas de acontecimientos de intencionalidad política o de opinión ocurridos hasta el presente”.*

*“A partir de la década de los cuarenta”*...se refiere a los indultos concedidos por el régimen del Movimiento Nacional a la resistencia, pues todos los partidarios de aquel estaban amnistiados desde el Decreto de 23 de septiembre de 1939.

¿Cabe interpretar, como hace el Fiscal en el presente procedimiento, que la amnistía del DL 10/1976 incluía los delitos de naturaleza genocida y los crímenes contra la Humanidad impunes hasta entonces? No. Tanto la Exposición de Motivos como su artículo 1 no incluyen entre *los delitos y faltas de intencionalidad política* aquellos que la Fiscalía General del Estado interpreta como *“que por su carácter atroz no pueden ni deben ser dados al olvido”* (Circular Nº 3/1976, de 13-08-1976, para aplicación DL 10/1976, pág. 227).

En esta circular la Fiscalía contrapone los *“delitos comunes”* a los *“delitos políticos”*, y en cuanto a la existencia o no de *“intencionalidad política”* instruye a los Fiscales

*“que los Tribunales habrán que determinar si concurre ese elemento subjetivo en la motivación y finalidad de la infracción a efectos de la amnistía (...). A título de orientación, habrá que presumirse ‘la intencionalidad política’, **salvo que la excluya la***

naturaleza específica de la infracción, los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal –contra la Seguridad Exterior del Estado- y en el Título II del mismo Libro –contra la Seguridad Interior del Estado...”.

Es decir, las infracciones esencialmente cometidas por opositores al régimen del Movimiento Nacional. Pues bien, entre los delitos contra la Seguridad Exterior del Estado se hallaba el de genocidio, cuya naturaleza específica excluye la intencionalidad política (arts. 1 a 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio).

El RDL 10/1976 es desarrollado en el RDL 19/1977, de 14 de marzo, sobre medidas de gracia (BOE 17-3-1977), que extiende la amnistía a los delitos que han afectado a la vida e integridad de las personas, en el sentido que enmarcan la Exposición de motivos y el artículo 2: “delitos de enfoque primordialmente políticos ...determinados delitos contra la seguridad interior del Estado”, en particular “los delitos comprendidos en el Título II del Libro II del Código Penal...”, que no incluye el delito de genocidio.

La STC (Pleno) de 9 junio (RTC 1986\76, FJ 2) “deduce la extensión objetiva” de la amnistía de la Ley 46/1977 “de las normas que la concedieron en el período preconstitucional: del art. 1 del Real Decreto-ley 10/1976, de 30 de julio” (FJ 2).

En igual sentido, la Circular de la Fiscalía General del Estado de 20-10-1977, sobre aplicación de la Ley 46/1977, al interpretar el ámbito objetivo de los delitos de “intencionalidad política” remite a los criterios expuestos en su anterior Circular de 13-08-1976 (págs. 152-153).

7. No existe Sentencia alguna del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo en sentido diferente al aplicado en las Diligencias Previas 399/2006 del JCI5º

Es a posteriori, después de los Auto de 16-10-2008 del JCI5º y de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional, cuando a favor de la expuesta denegación de justicia construye la Sala Penal del Tribunal Supremo está creando una doctrina en sentido opuesto.

D. Miguel Herrero de Miñón, Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia en 1976, aporta el siguiente testimonio de la redacción del RDL 10/1976 en la que participó<sup>21</sup>:

*“Amnistía de los delitos de intencionalidad política. Reivindicación no sólo de la oposición sino, fundamentalmente, de la opinión. (...) [En el] “informe, base de los trabajos posteriores se optaba por amnistiar todos los delitos ejecutados con intencionalidad político-social, en tanto que no afectasen a determinados bienes que, como la vida o la integridad corporal, se reputaban intangibles. (...) Sobre esta base redacté un primer borrador que se presentó ante el Consejo de Ministros. (...) [El proyecto respaldado por el vicepresidente para Asuntos de la Defensa y los tres Ejércitos era más restrictivo y perjudicaba a] militares republicanos y oficiales de la Unión Militar Democrática. (...) Llegamos a un principio de acuerdo en el cual el criterio subjetivo era el general, mientras que el objetivo se aplicaba en lo que se refería al Código de Justicia Militar. (...) [Por otro lado] se comprendían en la amnistía delitos típicamente militares, como el de **rebelión y sedición**, que siempre*

<sup>21</sup> Memorias de Estío, Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1999, pp. 74-79

*suponen, por definición, una intencionalidad política (...) el problema central fue el de si [la amnistía] alcanzaba o no a los militares separados del ejército con ocasión del proceso [abierto] a los miembros de la **Unión Militar Democrática**”.*

Recordemos que la Unión Militar Democrática (UMD) es creada por militares en activo en 1974, y auspiciaba reemplazar el régimen del Movimiento Nacional por otro democrático.

D. Alfonso Osorio – Vice-presidente del Gobierno de Unión del Centro Democrático cuando se redactó la Ley 46/1977-escribe en sus memorias:

*“Desde el primer momento había quedado claro que no debía concederse la amnistía para ningún tipo de delito que hubiese producido daños físicos para las personas, es decir que no se amnistiaban los delitos de terrorismo. (...) si se incluyeron a los militares que estuviesen condenados por los delitos de sedición militar, lo cual afectaba fundamentalmente a los jefes y oficiales recientemente sancionados en consejo de guerra por sus actividades en la Unión Militar Democrática (...) El Decreto Ley de amnistía abría el cauce para la vuelta de la totalidad de los exiliados políticos.”<sup>22</sup>*

Este sería también el objeto del artículo 2.A) de la Ley 46/1977: *“los delitos de rebelión y sedición, así como los delitos y faltas cometidos con ocasión o motivo de ello, tipificados en el código de justicia militar.”*

¿El Congreso y el Senado elegidos en las elecciones pluralistas del 15 de junio de 1977 ampliaron la amnistía del DL 10/1976 y DL 19/1977 a los actos impunes de naturaleza genocida y de lesa humanidad? La respuesta es negativa, por los siguientes motivos

1º La Ley 46/1977 no contiene ninguna disposición en tal sentido;

2º. En su tenor literal, la Ley 46/1997 explicita la primacía de *“las normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad”* (artículo 5º). Entre estos se hallaba vigente el PIDC, tal como ha declarado la doctrina del Tribunal Supremo al aplicar esta ley, por ejemplo la STS de 18 de mayo de 1979 (Sala Social, RJ 1979\2182):

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

o la Sentencia de 7 abril 1979 (Sala Social, RJ 1979\1649):

*“normas y convenios «vigentes en la actualidad», (...) a la entrada en vigor de la Ley de amnistía, es decir el 17 octubre 1977, día de su publicación en el B. O. Estado; que son (...) y el **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales,***

---

<sup>22</sup> OSORIO (Alfonso): Trayectoria política de un ministro de la Corona Barcelona, Planeta, 1980, pág. 160.

*ratificado por España el 13 abril 1977 (RCL 1977\894 y NDL 29530 bis), publicado el 30 del mismo mes e incorporado por tanto desde ese día al derecho interno: art. 1.5 del C. Civ.”.*

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

3º La STC (Pleno) núm. 361/1993, de 3 diciembre (RTC 1993\361), ha buscado la finalidad de la Ley 46/1977 en su “*iter legislativo*”, concluyendo que “(...) *se ha preocupado particularmente por delimitar como beneficiarios a los miembros de una determinada generación, la que sufrió, en razón de la edad, más directamente las consecuencias de la Guerra Civil, padeciendo prisión durante la misma o en la inmediata posguerra, y la que por ello gozó más tardíamente el restablecimiento de las libertades democráticas.* (...)”. Es decir, identifica como beneficiarios de la amnistía a quienes se opusieron a la insurrección armada del Movimiento Nacional y a su régimen.

En efecto, según se lee en el Diario de Sesiones de 14 de octubre de 1977, la única intervención que toda una Cámara puesta en pie aplaudió fue la del senador liberal monárquico D. Joaquín Satrústegui<sup>23</sup>, tras lamentar que los militares leales a la legalidad republicana no fueran amnistiados con igual amplitud que el Decreto de 23 de septiembre de 1939 lo hizo respecto de quienes en julio de 1936 rompiendo la línea de mando institucional se sublevaron contra el Estado Mayor de las FFAA y el Gobierno constitucional (págs. 219-222).

Congruentemente, el grupo parlamentario más identificado con el régimen del Movimiento Nacional, el de la Alianza Popular presidido por Manuel Fraga Iribarne, se abstuvo de votar a favor de la Ley 46/1977 “*porque una democracia responsable no puede estar amnistiando continuamente a sus propios destructores*” (Diputado Sr. Carro, Pág. 959)<sup>24</sup>. Destructores entre los que no incluía, obviamente, a los partidarios del Movimiento Nacional.

Por su parte, en el grupo gubernamental de la UCD afirmaba el Diputado Sr. Arias-Salgado (p. 973) que esta ley obedece “*al propósito de otros grupos políticos*”—es decir, los provenientes de la oposición a la Dictadura- y el Senador D. Marco Tobar que “*apoyo la concesión de la amnistía pensando en todos aquellos que, perseguidos un día por sus ideas políticas, sufrieron, y quizá sufren y padecen, por la firme defensa y convicción de sus principios.*” (pp. 223-224).

---

<sup>23</sup> [http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S\\_1977\\_008.PDF](http://www.senado.es/legis0/publicaciones/pdf/S_1977_008.PDF)

<sup>24</sup> Diario de Sesiones del Senado:

[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L0/CONG/DS/C\\_1977\\_024.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1977_024.PDF)

8. El Convenio contra el Genocidio y el PDCP priman sobre todo la totalidad del articulado de la Ley 46/1977

Las razones expuestas anteriormente en cuanto a la primacía del Convenio contra el genocidio y el PDCP en la interpretación literal, contextual y sistemática de la Ley 46/1977 no excluyen, obviamente, las amnistías especiales contempladas en su artículo 2 de aquella, entre ellos: “ e) *los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público, con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta ley; f) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden publico contra el ejercicio de los derechos de las personas.*”

Si por las razones expuestas entre los delitos de intencionalidad política no se hallan los de genocidio y lesa humanidad, tampoco pueden estarlo los actos esta naturaleza referidos a la investigación y persecución de aquellos delitos.

El principal sujeto de los delitos contemplados en el art. 2.e) son, según indicaba la citada Circular de la Fiscalía General del Estado, los funcionarios policiales y los jueces. Todos ellos habían prestado juramento de lealtad a los principios fundamentales del Movimiento Nacional.

Conclusión:

1. No son objeto de la Ley 46/1977, de amnistía, los delitos de naturaleza genocida ni los crímenes contra la humanidad;

2. en el supuesto caso de que no se compartieran las razones anteriores y se sostuviera que la Ley 46/1977 comprende los delitos de lesa humanidad y de naturaleza genocida, la aplicación efectiva de la doctrina del TEDH sobre los arts. 15 del PIDCP y 7 del CEDH, la doctrina de la Corte Internacional de Justicia sobre el Convenio contra el Genocidio, el Convenio contra la tortura, el Tratado de Roma de 17 de julio de 1998, el Convenio contra la desaparición forzada de personas, todos vigentes en España, prevalecen sobre la ley interna en cuanto a que dichos delitos no prescriben y no son amnistiables;

3. acogerse a los beneficios de la amnistía penal de la Ley 46/1977 requiere seguir el debido proceso ante un Tribunal (art. 9º), a saber:

1. establecer el hecho delictivo;

2. identificar a su autor (art. 6º en relación con los arts. 1º y 2º );

3. que de oficio o a instancia de parte, oídas todas las partes, dentro del plazo de tres meses adoptará la resolución procedente;

4. “*de acuerdo con las leyes procesales en vigor*” (arts. 4.1 y 9 en relación con los arts. 1 a 3), es decir las actuales, todas subordinadas a la Constitución de 1978, cuyos arts. 10.2; 96; 25.1 y 9.3 deben aplicarse en conformidad con las obligaciones que los tratados internacionales imponen a España, los ya vigentes el 17 de octubre de 1977 y los ratificados posteriormente.



5. Por ello la interpretación-aplicación de la Ley 46/1977 que se ha hecho en el presente procedimiento es contraria a su sentido literal y sistemático, y vulnera los artículos 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española y los artículos 7, 2, 3, 4, 5, 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

\*\*

### **XI. El CEDH y las muertes-torturas que tuvieron lugar antes de su ratificación. Responsabilidad internacional del Reino de España por no investigarlas después de entrar en vigor el CEDH**

1. El art. 96.1 de la CE dispone que las disposiciones de los tratados internacionales vigentes “*sólo podrán ser derogados, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional*”.

3. Habida cuenta de los expuestos antecedentes y su contexto, el Auto de 5 de diciembre de 2010 vulnera tanto las obligaciones que imponen a España –*ex* artículos 10.2, 14, 24.1 y 24.2 de la Constitución- los arts. 6 y 13 del CEDH como los artículos 2, 3, 4, 5, 7.2 y 17 de este último.

4. En la sentencia pronunciada el 9 de abril de 2009 en el caso *ŠILIH v. SLOVENIA*, el TEDH (Pleno) ha estudiado alegaciones del Estado demandado semejantes a las asumidas por la Sala Penal del Tribunal Supremo al consolidar en el Auto de 5-11-2010 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional- y en las resoluciones subsiguientes, contextuales y complementarias, en relación con la investigación iniciada en el JCI5- el sentido y finalidad de la orden dada en el Auto de 2 de diciembre de 2008, a saber no investigar actos de naturaleza genocida y de lesa humanidad cometidos en España antes de la ratificación del CEDH.

5. Tras recordar el art. 13 del proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad de los Estados por actos ilícitos internacionales de la Comisión de Derecho Internacional, de 9 de agosto de 2001 (pp. 107-108), el TEDH ha estudiado la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre la competencia *ratione temporis* (pp. 109-110); la resolución del Comité de DD.HH. de las Naciones Unidas en el caso *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso* (Communication No. 1159/2003, 28 March 2006), p. 113; las Sentencias de la Corte Interamericana de DD.HH en los casos *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencias de 29 de julio de 1988, *Godínez Cruz v. Honduras*, de 20 de enero de 1989, *Serrano-Cruz Sisters v. El Salvador*, de 23 de noviembre de 2004 (objeciones preliminares), *Moiwana Village v. Suriname*, de 15 de junio de 2005 - puntos 114-126.

6. El TEDH en pleno ha considerado a continuación las alegaciones del gobierno de Eslovenia sobre la no retroactividad de los tratados (la muerte en cuestión tuvo lugar antes de ratificar el CEDH) y el carácter no continuado del hecho inicial ni de los subsiguientes procedimientos (pp. 127-134).

7. Esta Sentencia del TEDH (Pleno) estudia entonces los aspectos procedimentales de los artículo 2 y 3 del CEDH (pp. 139-151), y se plantea

*“determinar si las obligaciones dimanantes del artículo 2 puede verse como desglosables del acto sustantivo y son susceptibles de ser invocadas en relación con muertes que ocurrieron antes de la fecha crítica o, alternativamente, si se hallan tan inextricablemente ligadas a la obligación sustantiva que la cuestión sólo puede plantearse en relación con muertes que ocurren en fecha ulterior a aquella”<sup>25</sup> (p. 152).*

8. El Pleno del TEDH recuerda su reiterada jurisprudencia en el sentido de que

*“el Tribunal ha interpretado los artículos 2 y 3 del Convenio () teniendo en cuenta el carácter fundamental de estos derechos, que encierran una obligación procedimental de llevar a cabo una investigación efectiva de las alegadas vulneraciones de las dimensiones sustantivas de esas disposiciones (McCann and Others, citado antes, §§ 157-64; Ergi v. Turkey, 28 July 1998, § 82, Reports 1998-IV; Mastromatteo v. Italy [GC], no. 37703/97, § 89, ECHR 2002-VIII; and Assenov and Others v. Bulgaria, 28 October 1998, §§ 101-06, Reports 1998-VIII).” (p. 153)*

*“la obligación del Estado de llevar a cabo una investigación efectiva u ofrecer la posibilidad de incoar procedimientos civiles o penales según las circunstancias del caso (Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I)” (p. 154), ha sido considerada en la jurisprudencia del Tribunal como una obligación inherente en el artículo 2 que requiere, inter alia, que el derecho a la vida esté “protegido por la ley”. Aunque el incumplimiento de tal obligación puede tener consecuencias para el derecho protegido por el artículo 13, la obligación procedimental del artículo 2 es vista como una obligación distinta (ver Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and İlhan, cited above, §§ 91-92).*

*“El Tribunal observa que la obligación procedimental no debe ser considerada como dependiente de si el Estado es finalmente hallado culpable de la muertes. Cuando se alega la privación voluntaria de la visa, el mero hecho de que las autoridades sean informadas de una muerte crea **ipso facto** la obligación bajo el artículo 2 de llevar a cabo una investigación efectiva ((Yaşa v. Turkey, 2 September 1998, § 100, Reports 1998-VI; Ergi, citada antes, § 82; and Süheyla Aydın v. Turkey, no. 25660/94, § 171, 24 May 2005).)” (p. 156)*

*“Si normalmente una muerte en circunstancias sospechosas desencadena una obligación procedimental bajo el artículo 2, esta obligación vincula al Estado durante el período en que las autoridades puede razonablemente esperarse que adoptarán medidas a fin de dilucidar las circunstancias de la muerte y determinar la responsabilidad de la misma (ver, mutatis mutandis, Brecknell v. the United Kingdom,*

---

<sup>25</sup> Now determine whether the procedural obligations arising under Article 2 can be seen as being detachable from the substantive act and capable of coming into play in respect of deaths which occurred prior to the critical date or alternatively whether they are so inextricably linked to the substantive obligation that an issue may only arise in respect of deaths which occur after that date.

no. 32457/04, §§ 66-72, 27 November 2007, and *Hackett v. the United Kingdom*, (dec.) no. 34698/04, 10 May 2005)” (p. 157)

## 9. Concluye el Pleno del Tribunal que

*159. Contra estos antecedentes, el Tribunal concluye que la obligación procedimental de llevar a cabo una investigación efectiva bajo el artículo 2 se ha convertido en un deber separado y autónomo. Aunque está activada por los actos que conciernen a los aspectos sustantivos del Artículo 2 puede dar origen a constatar una “interferencia” separada e independiente en el sentido de la sentencia Blečić (arriba citada, § 88). En este sentido puede ser considerada como una obligación separable que nace del artículo 2 capaz de vincular al Estado aún cuando la muerte haya tenido lugar antes de la fecha crítica.*

*160. Este enfoque halla apoyo también en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y, en particular, de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos, que, aunque bajo diferentes disposiciones, acepta la jurisdicción ratione temporis sobre demandas procedimentales referidas a muertes que han tenido lugar fuera de su jurisdicción temporal (ver párrafos 111-18 arriba).<sup>26</sup>*

10. La medida del incumplimiento de estas obligaciones contractuales por parte del Auto de 2-12-2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y de 5-11-2010 de la del Tribunal Supremo la da el hecho de que, para aplicar el CEDH según esta doctrina, al TEDH le basta que haya una sola persona muerta, aunque sea por negligencia en una hospital, mientras que el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional niega su aplicación cuando hay centenares de miles de asesinatos, desapariciones forzadas, torturas sistemáticas, decenas de miles de niños secuestrados, expolio de bienes a millones de personas, etc. del grupo nacional partidario de la forma republicana de gobierno y convicciones laicas, cuya investigación prohíbe el Auto de 5-11-2010 y confirma el de 2-12-2008.

\*\*\*\*

---

<sup>26</sup> *159. Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent “interference” within the meaning of the Blečić judgment (cited above, § 88). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date. 160. This approach finds support also in the jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee and, in particular, of the Inter-American Court of Human Rights, which, though under different provisions, accepted jurisdiction ratione temporis over the procedural complaints relating to deaths which had taken place outside their temporal jurisdiction (see paragraphs 111-18 above).*

## II

### **ANTECEDENTES PROCESALES DEL PRESENTE INCIDENTE DE NULIDAD**

1. La recurrente ejercita la acción penal y civil como acusación particular en el Sumario 53/1988 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 por presuntos delitos de genocidio, lesa humanidad y otros cometidos en España.

2. En esta condición se ha personado el 27 de octubre de 2008 en el Expte. 34/2008, sobre 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 contra ciudadanos españoles partidarios de la forma republicana de gobierno y con convicciones laicas los graves crímenes contra la Humanidad que hemos sintetizado más arriba.

3. La calificación de estos hechos como delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, su conexión con crímenes contra la Humanidad, está razonada en los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 del Sumario 53/2008 que obran en el presente Expediente.

4. Según consta en el Expediente, 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.”*

5. El mismo día 7 de noviembre de 2008, la recurrente interpuso recurso de reforma contra la resolución así publicitada, instando su nulidad por los motivos que en el mismo se exponen, instando que se le diera traslado de la cuestión de competencia del Fiscal y ser oída al respecto.

6. En fecha 8 de noviembre de 2008 propuso incidente de abstención-recusación en el Expediente 34/2008 el Excmo. Señor Presidente y otros nueve Magistrados de la Sala Penal que participaron en el Pleno de la víspera y aprobaron la propuesta del Ministerio Fiscal sin oír a la recurrente.

7. Los hechos que fundamentan la recusación son anteriores, externos y ajenos a los Fallos notificados el 12 de noviembre de 2008 (Auto fechado el anterior día 7) y 9 de diciembre de 2008 (Auto de 1-12-2008). Tales hechos son descritos en el escrito de 9 de noviembre de 2008 (ANTECEDENTES, puntos 6 a 15), a saber:

*“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 Supremo<sup>27</sup> (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 57.1.2ª 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 Penal no es “el órgano inmediato superior común” al que reenvían el artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 23 de la LECriminal.*

*Este punto ha sido desarrollado en el requerimiento de inhibición al Tribunal Supremo y aportado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que obra en el doc. anexo n° 6, que damos aquí por reproducido en su integridad.*

*8. El 27 de octubre de 2008 mi representada se personó en el referido Expediente 34/2008 e informó al Pleno de la Sala de lo Penal que en la misma fecha había presentado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo un requerimiento de inhibición, y solicitó que en tanto el Tribunal Supremo lo resuelve la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional suspenda la tramitación de la cuestión de competencia así como la práctica de cualquier diligencia que en el Expediente se hubiera dispuesto (doc. anexo N° 6).*

*9. En la mañana del 7 de noviembre de 2008 mi mandante presentó en el Registro de la Sección 1ª 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*

---

<sup>27</sup> Págs. 4 a 7, punto 2.3.

*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.*

*13. A mayor abundamiento, el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y los otros nueve Excmos. Sres. Magistrados han actuado del modo descrito en conocimiento de que pende ante el Tribunal Supremo un requerimiento de inhibición coercitiva en el presente Expediente.*

*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.”*

8. Sin dar curso al incidente de recusación, los propios Magistrados recusados adoptaron por mayoría el Auto de 2 de diciembre de 2008 aceptando la cuestión de competencia del Ministerio Fiscal:

*“declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el Auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008 (...)”.*

9. Tres Magistrados pronunciaron un voto particular en el sentido de rechazar la cuestión de competencia planteada por el Fiscal por el cauce del art. 23 de la LECrim.

10. El 10 de diciembre de 2008 mi representada interpuso frente al Auto de 2 de diciembre recurso de súplica y subsidiariamente de casación. En Otrosí reiteró y ratificó la propuesta de recusación de 9-11-2008, con carácter subsidiario formuló una nueva y autónoma propuesta de recusación:

**“PRIMER OTROSI DIGO:** (...) *Subsidiariamente* (...)

*“en este acto **promuevo incidente de recusación** a los efectos del presente recurso de súplica y subsidiario de casación -independiente del formulado el 9 de noviembre de 2008- así como del recurso de queja del Sr. Fiscal nº 8/2008, contra Don Javier GÓMEZ BERMÚDEZ y los Ilmos. Sres. (...) que no han dado curso a la petición hecha en el Suplico del escrito de 9 de noviembre de 2008 de comunicar el incidente de recusación “(...) a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal”.*

*Fundamento esta petición en la causa legal establecida en el nº 10 del artículo 219 de la LOPJ., que firma también la recusante.*

#### **Antecedentes**

1. Los hechos expuestos en el recurso de Súplica de 7 de noviembre de 2008, que damos aquí por reproducidos en su integridad;

2. los hechos, motivos y principio de prueba expuestos en el escrito de recusación de 9 de noviembre de 2008 (págs. 1 a 12), que damos aquí por reproducidos y reafirmados en su integridad, así como los medios de prueba del incidente propuestos en dicho escrito; a los que agrego, ahora,

3. los hechos conocidos por mi representada en ocasión de las notificaciones hechas en el día 9 de diciembre de 2008 (Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008), consistentes en que

1) ante la aparente connivencia extraprocesal entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y una de las partes, dirigida a prohibir al Juez Instructor la investigación de los crímenes objeto del Sumario 53/2008, violentando el procedimiento, normas

*fundamentales de rango constitucional y en perjuicio de las restantes partes personadas, según se desprende de las apariencias siguientes:*

1. *el mismo día martes 21 de octubre de 2008, en que el Fiscal pide declarar incompetente al Juez Instructor, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez concede tres días a éste para que informe y convoca un Pleno extraordinario para resolver el siguiente día viernes 30 de octubre (hechos descritos en la página dos, punto 2, del Auto de 2-12-2008), sin permitir que las restantes partes personadas fueran oídas, a pesar de que el artículo 52 de la LOPJ ordena “oír a las partes” antes de resolver una cuestión de competencia. Solamente por enfermedad del Juez Instructor –cuyo Informe era preceptivo- accedieron los Magistrados recusados, el jueves 23 de octubre, a posponer el Pleno del 30 de octubre “hasta su reincorporación al servicio”, según consta en la Providencia de 23 de octubre de 2008 (doc. anexo n° 7);*
2. *el mismo día viernes 7 de noviembre de 2008 en que el Fiscal pide suspender las diligencias del Juez Instructor subrogante, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez ordena suspender intempestivamente todas las vistas señaladas para ese día, incluso con preso, convoca a un Pleno extraordinario a celebrar esa misma mañana, también sin dar a esta parte ni a las restantes personadas traslado del escrito del Fiscal, ni posibilidad alguna de ser oídas;*

#### *4. los Sres. Magistrados recusados*

1. *se han negado a instruir el escrito de recusación de 9 de noviembre de 2008 ni han dado traslado del mismo a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional;*
2. *han deliberado y resuelto, mientras estaban recusados, el R° de Súplica de 7 de noviembre de 2008 (hacemos aquí abstracción del Fallo de 1-12-2008 y su sentido) contra el Auto del mismo día, a sabiendas de que mi representada les había manifestado, razonadamente, en el escrito de 9.11.2008, que albergaba serios temores sobre su imparcialidad en base a indicios extra-procesales; de que ésta había invocado el derecho a que el referido R° de Súplica fuera resuelto por un Tribunal imparcial, y, en conformidad con el artículo 6.1 del CEDDHH y la doctrina sentada por el TEDDHH en la Sentencia del caso Castillo Algar c. Espagne, de 28 de octubre 1998, instaba a que se inhibieran de la causa y comunicaran el incidente “(...) a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal”;*
3. *han formado Sala, deliberado y votado, nueve de ellos, el Auto de 2 de diciembre de 2008 (hacemos aquí abstracción del Fallo y su sentido).*

*5.- Asimismo, hoy ha tenido conocimiento mi representada de que en el transcurso de la reunión del Pleno de la Sala del 7 de noviembre de 2008 su Excmo Sr. Presidente explicitó animadversión, pre-concebida y deliberada, hacia el Juez Instructor por negarse este a obedecer sus órdenes extra-procesales de no investigar los delitos objeto del Sumario 53/2008, y agredió al Instructor en términos tan violentos y apasionados que en la Sala provocó protestas de Magistrados (el indicio de prueba obra en el medio de comunicación El Confidencial Digital (documento anexo n° 2). Hasta el punto que cinco de ellos respondieron*



- en su voto particular del 7 de noviembre de 2008 que “el artículo 12.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dispone: ‘No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan’” (la prueba obra en el Auto de 7 de noviembre de 2008);
- en el voto particular de 1 de diciembre de 2008 que se ha intentado “sustentar la orden cautelar de paralización total del proceso en un expediente extraordinario, ‘de plano y sin ulterior recurso’ según el art. 23 de la Lecrim., además sin audiencia de las partes personadas en nombre de las víctimas, incidente del que la Sala ha realizado una lectura preconstitucional aceptando, sin sólidas razones, un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal” (Auto de 1.12.2008, punto 3 del voto particular, subrayado nuestro)

6. Los hechos relatados en los precedentes puntos 3, 4 y 5 hoy conocidos confieren a mi representada la plenitud de su sentido al tomar conocimiento de que los Sres. Magistrados, mientras estaban recusados, han deliberado y fallado las dos citadas resoluciones notificadas el 9 de diciembre de 2008 (**hacemos aquí abstracción de su respectivo Fallo y del sentido de éste**).

7. Antes de transcurrir 10 días, se formula en el presente acto petición de recusación fundada en la causa legal establecida en el artículo 219.10º de la LOPJ de los Sres. Magistrados citados en la presente petición subsidiaria, en base a hechos extra-procesales y con independencia del sentido de los Fallos que han adoptado y que son ajenos a la presente recusación, pues

7.1 han continuado formando Sala, deliberando y adoptando resoluciones;

8.2. saben que no se puede ser juez y parte;

8.3 saben que mi representada, acusadora particular en el referido Sumario 53/1988, ha formulado dentro del plazo establecido en el artículo 223 de la LOPJ y en el artículo 56 de la LECrim., en escrito firmado por Letrado y Procurador con poder bastante -al no hallarse presente la recusante en Madrid (art. 57.2 LECrim);

8.4 saben que mi representada sostuvo que el fundamento de la recusación era el derecho fundamental a un Tribunal imparcial, según la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reiterada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de junio de 2003 (caso Pescador Valerio c. España);

8.5 saben que el SUPPLICO del escrito de 9 de noviembre de 2008 propuso su respetuosa recusación invocando una causal legalmente establecida; con fundamento en los arts. 24 y 10.2 de la Constitución en relación con el art. 6.1<sup>28</sup> del Convenio Europeo de DD.HH.; con los arts. 217, 218.2º, 221.1, 219.10º, 223 y concordantes de la LOPJ, y proponiendo los medios de prueba que se enumeran en el OTROSI de dicho escrito;

8.6 saben que el artículo 69 de la LOPJ dispone que cuando se recusa al Excmo

---

<sup>28</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)”.

*Sr. Presidente y a más de dos Sres. Magistrados de una Sala de la Audiencia Nacional, la recusación será conocida “por una Sala formada por el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de las Salas y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una, o aquel que, respectivamente, le sustituya”;*

*8.8 saben que es práctica de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, ante una propuesta de recusación, se nombra un instructor y la resolución sobre su admisión es adoptada por Magistrados distintos de los recusados. Citaremos, a modo de ejemplo, el Auto de 22 de enero de 2001 (JUR 2001\169417);*

*8.9 saben que el artículo 302 de la LECriminal otorga a las partes derecho a “tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”. Sin embargo han adoptado las dos resoluciones notificadas el 9 de diciembre de 2008 sin haber dado traslado a mi representada de la petición del Fiscal de 7 de noviembre de 2008. Proposición de prueba del presente incidente (...)*

11. El 12 de diciembre de 2008 la recurrente ha ratificado en presencia judicial las propuestas de recusación de 9 de noviembre y 10 de diciembre de 2008.

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

13. En Auto de 26 de febrero de 2009 dicha Sala Penal (Pleno) acordó inadmitir *a limine* el incidente de nulidad del Auto de 2.12.2008 y la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008, omitiendo pronunciarse sobre la formulada con carácter subsidiario en fecha 10 de diciembre de 2008.

14. En Auto de igual fecha 26 de febrero de 2009 la Sala de lo Penal (Pleno) tuvo por no preparado el recurso de casación contra el Auto de 2 de diciembre de 2008. Ha sido pronunciado por los propios Señores Magistrados recusados, sin haber dado curso a la propuesta de recusación formulada con carácter subsidiario en fecha 10 de diciembre de 2008.

15. El 20 de marzo de 2009 la recurrente promovió ante la Sala Penal (Pleno) por el cauce del art. 241.1 de la LOPJ, previo al recurso de casación, incidente de nulidad

*“del Auto de 26 de febrero de 2009 exclusivamente en cuanto que, abstracción hecha del Fallo propiamente dicho, sin motivación alguna tácitamente ha inadmitido a trámite la respetuosa propuesta de recusación formulada con carácter subsidiario en el OTROSI del recurso de súplica formulado el 10 de diciembre de 2008 contra el Auto de 2 de diciembre de 2008; previos los trámites legales, lo estime en su día, declare la nulidad de la resolución dictada, lo sustituya por otro congruente y conforme con la propuesta de mi representada, admita a trámite la recusación y de a la misma el curso legalmente establecido”.*

16. El 6 de marzo de 2009 y al amparo del artículo 862 de la LECriminal, la recurrente ha solicitado del Tribunal *a quo* (Pleno) 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.

17. 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.

18. En Auto de 6 de mayo de 2009, notificado el siguiente día 14 de mayo, el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional inadmitió a trámite el incidente de nulidad planteado el 20 de marzo de 2008.

19. En Auto de 5 de noviembre de 2010 el Tribunal Supremo ha inadmitido a trámite el recurso de queja.

\*\*\*\*\*

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** Que teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo; tener por invocadas las ocho cuestiones nuevas sobrevenidas tras la notificación del Auto de 5 de noviembre de 2010; por interpuesto en tiempo y forma respetuoso incidente de nulidad por el cauce del artículo 241.1 de la LOPJ, previo al recurso de amparo, frente a dicho Auto, que inadmite el recurso de queja contra el de 26 de febrero de 2009 del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional que, a su vez, denegó tener por preparado el recurso de casación de 10 de diciembre de 2008 contra el Auto de 2 de diciembre de 2008; tener por instada la nulidad de pleno derecho del Auto de 5 de noviembre de 2010 y, en el momento procesal oportuno, declararla y, en su lugar, sustituirlo por otro Auto congruente con las pretensiones formuladas en el recurso de queja, declarar tener por preparado el recurso de casación, mandando al Tribunal *a quo* expedir la certificación de la resolución impugnada y practicar los demás trámites previstos en los artículos 858 y 861 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**OTROSI DIGO:** que al amparo del artículo 241.2 de la LOPJ solicito que se suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos de 2 de diciembre de 2008, de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional, y 5 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en virtud de los siguiente fundamentos:

1.- Una hipotética estimación del presente incidente y de la casación por la Sala Penal o, en su caso, del amparo por el Tribunal Constitucional, podría conllevar la nulidad de la totalidad de las actuaciones en que hubieran intervenido los Sres. Magistrados

recusados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, 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, 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 un Juez imparcial, que fluye tanto del derecho fundamental a un 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, la absoluta y completa paralización de los referidos Autos es necesaria para preservar la finalidad del presente recurso, sin que ello entrañe, en modo alguno, interrumpir la causa penal abierta en averiguación de los delitos investigados en el Sumario 53/2008 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, la hipotética estimación del presente incidente y de la casación, o, en su caso, el otorgamiento del amparo por el Tribunal Constitucional, conduciría a la anulación de dichos Autos, adoptados por la Sala Penal de la Audiencia Nacional (y del Tribunal Supremo) cuya mayoría de miembros ha sido recusada. Ello es así porque el régimen de nulidades que asegura la imparcialidad de los juzgadores es matizado: cuando la recusación surte efecto da lugar a que el Juez quede apartado del conocimiento de la causa. Tras haber rechazado indebidamente una recusación fundada, e intentada en tiempo y forma, el indebido mantenimiento de los Magistrados recusados constituye un quebrantamiento de forma 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 los meritados Autos, 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 la nulidad de dichos Autos, 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 aquellos actos judiciales susceptibles de ser anulados, en la hipótesis de que se estimara el recurso, es decir exclusivamente los dichos Autos.

6.-. Por otro lado, los Sres. Magistrados cuya imparcialidad es objeto de controversia legal y constitucional está llamada a adoptar tipos de decisiones totalmente diferentes:

por una parte, la resolución del incidente del que ahora conoce la Sala, y de las restantes cuestiones e incidentes que puedan surgir ulteriormente; por otra parte, la resolución del fondo de la causa, mediante Sentencia y previo el juicio oral, en el supuesto de que corresponda decidir a la Audiencia Nacional. Ambas deben recibir un tratamiento cautelar diferenciado.

Existe un acentuado interés público en la pronta y expedita tramitación de todos los procesos judiciales, como se deduce del art. 24 de la Constitución, y de la jurisprudencia dictada al amparo del art. 56 LOTC. Ese interés obliga a reducir al mínimo posible la suspensión para garantizar la integridad del proceso constitucional de amparo, que se vería amenazada si se llegara a pronunciar resolución por los Magistrados recusados, antes de determinar la alegada vulneración de su derecho a un Juez imparcial. 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 la recurrente, a una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas; y que, en cualquier caso, siempre podrían ser remediados mediante la anulación del acto o actos que las causara específicamente, si se llegara a estimar el recurso o, en su caso, el amparo.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLIICO**: que sin paralización de la causa objeto del Sumario 53/2008, suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos de 2 de diciembre de 2008, de la Audiencia Nacional, y 5 de noviembre de 2010 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, hasta tanto recaiga resolución firme y definitiva en el presente incidente, incluido, en su caso, en el recurso de amparo.

Madrid, 21 de diciembre de 2010

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

## RELACION DE DOCUMENTOS ANEXOS

Preparación de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Actos procesales dimanantes de las Diligencias Previas 399/2006 del JCI5 de las que toma causa el presente Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim), sobrevenidos después del Auto de 5-11-2008 del Tribunal Supremo o de la interposición del recurso de queja contra el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional.

### Doc.

1. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Auto de 26 de mayo de 2009, 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)
2. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009) admite a trámite querrela contra el Juez Central de Instrucción Nº 5 por incoar Diligencias tras una denuncia en 2006 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
3. Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1ª LECrim). Providencia de 1-7-2009 deniega a recurrente ser parte en la cuestión de competencia
4. Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1ª LECrim). Rº de súplica c. Auto de 1-7-2009
5. Sala II Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1ª LECrim). Providencia de 9-07-2009. Inadmite Rº de súplica contra Auto de 1-7-2000
6. Sala II del Tribunal Supremo -Rº de nulidad c Providencia de 27-7-2009 (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1ª LECrim)
7. Sala II del Tribunal Supremo (Recurso 6-200380-29009, sobre competencia, art. 759.1ª LECrim). Providencia de 29-09-2009. Deniega personarse a las partes acusadoras
8. Sala II del Tribunal Supremo (Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim). Propuesta de abstención-recusación de Magistrados de 27-11-2009
9. 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
10. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Recurso de apelación del Juez Central de Instrucción Nº 5 de 9-02-2010 contra el Auto de 3-02-2010 de apertura del juicio oral

- 11.** Tribunal Supremo (Pleno) - Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim). Propuesta de la recurrente de abstención-recusación de Magistrados de 24-02-2010
- 12.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Auto de 23 de marzo de 2010 desestima el Rº de apelación de 9-02-2010 y anticipa que comparte valoraciones del Juez Instructor de la Causa Especial 20048/2010
- 13.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009)- Providencia 26-03-2010 traslada a esta Causa Especial la resolución de la cuestión de competencia negativa (art. 759.1ª LECrim) planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial con el JCI5 (Recursos 6/200380/29009 y 006/0020431/2009)
- 14.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor, imputa al JCI5 delito de prevaricación por haber incoado Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad
- 15.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Rª de reforma de 10-04-2010 frente a Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor
- 16.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa Especial 20048-2009). Personación el 18-04-2010 de víctimas de actos genocidas que son parte en las Diligencias Previas Diligencias Previas 399/2006 del JCI5
- 17.** Tribunal Supremo (Pleno) - Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim). Inadmite propuesta de abstención-recusación de Magistrados-Auto de 26-04-2010
- 18.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Auto de 11 de mayo de 2010 de apertura del juicio oral contra el Juez Central de Instrucción Nº 5
- 19.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009) - Providencia de 18-05-2010 inadmite personación de las partes acusadoras en las Diligencias Previas 399/2006 del JCI5
- 20.** Tribunal Supremo (Pleno). Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim). Rº de súplica de 24-05-2010 contra inadmisión de propuesta de abstención-recusación
- 21.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Partes acusadoras en las Diligencias Previas Diligencias Previas 399/2006 del JCI5 reiteran el 25-05-2010 su personación en esta Causa Especial
- 22.** Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Rº de Súplica de las partes acusadoras en las Diligencias Previas Diligencias Previas 399/2006 del JCI5 c. Providencias de 18 y 24-05-2010
- 23.** Tribunal Supremo (Pleno). Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim). Auto de 11-06-2010 inadmite Rº de súplica c. no admisión de propuesta de abstención-recusación

24. Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional adoptado en el presente procedimiento, en el que en voto particular seis Magistrados señalan que el mismo vulnera garantías constitucionales de la recurrente
25. Incidente de nulidad ante Sala Penal del Tribunal Supremo, de 26-11-2010, razonando las garantías constitucionales vulneradas por ésta y la Audiencia Nacional en relación con el Auto de 1-12-2008 de esta última.
26. Providencia de 29-10-2010 de la Sala Penal del Tribunal Supremo se niega a responder a la alegación de violación de garantías constitucionales en el escrito de 26-11-2010
27. Cable de 14 de mayo de 2008 de la Embajada de EE.UU. en Madrid (ID153919 Data: 2008-05-14 17:11) transcribiendo que el Presidente de la Sala Penal de la Audiencia Nacional le ha informado personalmente que en interés de los EE.UU. ha acordado una resolución procesal que cierra a las víctimas personadas en el caso Couso el acceso al recurso de casación.<sup>29</sup>
28. Cómo cerrar el acceso a la casación de una parte procesal. Artículo en El País de 1 de diciembre de 2010 sobre cables de la Embajada de EE.UU. de 2008 ante el caso Couso.
29. TEDH (Pleno). Sentencia de 9 de abril de 2009 en el caso *ŠILIH v. SLOVENIA*
30. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Auto de 13-12-2010 sobre constitución del Tribunal enjuiciador y denegación parcial de pruebas propuestas por la defensa
31. Sentencia de 14 de diciembre de 2010 de la Corte Interamericana de DHHH que, apoyándose en lo pertinente en el CEDH y la doctrina del TEDH, condena al Brasil por la interpretación-aplicación que su Corte Suprema ha hecho de la Ley de amnistía de 1979 y no investigar y sancionar los delitos de lesa humanidad cometidos con anterioridad a esta fecha.
32. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). El JCI5º formula propuesta de recusación el 16 de diciembre de 2010
33. Sentencia de 17 de diciembre de 2010 de la Cour d'Assises (Tribunal penal) de Paris que aplica el CEDH y no admite prescripción ni amnistía del delito de secuestro seguido de torturas y "desaparición forzada" de cuatro ciudadanos en Chile en 1973-1975, y condena a cadena perpetua a dos generales y a treinta años a ocho generales y oficiales del Ejército de Chile

---

<sup>29</sup> Accesible en [http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac\\_35/Tes](http://www.elpais.com/articulo/espana/ministros/espanoles/trabajan/prosperen/ordenes/detencion/elpepuesp/20101130elpepunac_35/Tes)