

Incidente de recusación N° A61/4/2010
Tribunal Supremo. Sala Especial.
Art. 61 L.O.P.J.
Secretario: Ilmo. Sr. D. Julián Pedro González Velasco
R° de queja: 5/20150/2009
Audiencia Nacional (Pleno)
Expte. 34/2008 sobre competencia

A LA SALA ESPECIAL DEL ARTICULO 61 L. O. P. J.
DEL TRIBUNAL SUPREMO
(Sala del art. 61 LOPJ)

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según consta acreditado en el Recurso de queja dimanante del Juzgado Central de Instrucción nº 5 -Sumario 53/2008 y en la escritura de Poder que he acompañado a mi escrito de personación ante la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ, ante la misma comparezco y como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que en fecha 23 de febrero de 2010 se me ha notificado la Providencia de igual fecha comunicándome la composición, al día de hoy, de la Sala contemplada en el artículo 61 de la LOPJ.

Que de acuerdo con el Escalafón General de la Carrera Judicial (BOE 18-03-2009), salvo error o excepción habrían jurado ante Dios lealtad al “Caudillo” y/o a los “Principios Fundamentales del Movimiento Nacional” el Excmo. Sr. Presidente y todos los actuales miembros de la Sala Especial, excepción hecha de los Excmos. Magistrados D^a Encarnación ROCA i TRÍAS; D. Alberto G. JORGE BARREIRO; D^a Isabel PERELLÓ DOMÉNECH; D^a María Lourdes ARASTEY SAHUN y D^a Clara MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA.

Que con el debido respeto a su persona, formulo en este acto propuesta de recusación del Excmo. Sr. Presidente y de los restantes integrantes de la Sala Especial que han prestado el referido juramento de lealtad.

Mi representada considera que concurre la causa de recusación consistente en el aparente conflicto de interés existente entre, por un lado, el juramento de lealtad al “Caudillo” y/o al “Movimiento Nacional” (que la Ley de 17 de mayo de 1958 define como “*comunión con los ideales que dieron vida a la Cruzada*”) y, por otro lado, la imparcialidad necesaria para interpretar y aplicar el principio de legalidad penal en conformidad con lo dispuesto en los arts. 24, 25.1, 14, 9.1, 9.3, 10.2 y 96.1 de la Constitución española de 1978 (CE) y en relación con los artículos nº 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y nº 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Este último dispone:

*“1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional **o internacional**. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la*

comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

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

Mi representada formula en este acto respetuosa y formal propuesta de recusación de los Magistrados de la Sala Especial que deliberará y resolverá el incidente de recusación N° A61/4/2010, dimanante de la Sala II del Tribunal Supremo, que han prestado juramento al “Caudillo” y/o al “Movimiento nacional”, por concurrir el motivo n° 10 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), a saber tener el interés directo o indirecto en el pleito o causa inherente al espíritu de la alocución pronunciada por D. Eduardo DÍVAR, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el acto de juramento de una promoción de jueces:

“la carrera judicial es jerárquica y afecta al poder constituido, el juramento que se presta al ingresar en ella no es meramente ritual, sino un juramento de adhesión incondicional al Caudillo”.¹

Resumen

	<u>Página</u>
<u>PRESUPUESTOS DE LA RECUSACIÓN</u>	3
La ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 y la doctrina del TEDH	3
Los más de 150.000 españoles detenidos-desaparecidos y la doctrina del TEDH	6
<u>FUNDAMENTO DE LA RECUSACIÓN</u>	16
Antecedentes	16
<u>FUNDAMENTOS DE DERECHO</u>	23
Jurisprudencia del TEDDHH	24
<u>PRINCIPIO DE PRUEBA APORTADA</u>	26
Proposición y solicitud de recibimiento a prueba	28
<u>SUPLICO</u>	30
Otrosí	30
Prueba documental aportada	32

¹ Doc. aquí anexo N°1

PRESUPUESTOS DE LA RECUSACIÓN

1. El excepcional papel que desempeña la interpretación judicial del artículo 15 del PIDCP y del artículo 7 del CEDH en cuanto a dilucidar “*los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación*”, según la jurisprudencia del TEDH (Sentencias K.W c. Alemania, párrafos 85 y 45; S.W. y C.R. c. Reino-Unido de 22 de noviembre de 1995, serie A n^{os} 335-B y 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente)

**

2. La necesaria interpretación y aplicación de dichas normas a los crímenes de lesa humanidad investigados en las Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción n^o 5 (JCI n^o 5), de las que trae causa el presente procedimiento. En aquellas se ha dictado el Auto de 16 de octubre de 2008 en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del PIDCP, que obliga a aplicar hoy las normas penales delictivas vigentes en la fecha de cometerse los hechos interpretadas “*según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional*”.

En efecto, el Recurso de 20 de octubre de 2008 del Sr. Fiscal contra dicho Auto de 16-10-2008, y el voto de mayoría de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2008 que lo ha estimado (**doc. anexo n^o 3**), tienen como premisa lógica que no cabe aplicar de manera efectiva en España el párrafo 2^o del art. 15 del PIDCP. Ello a pesar de ser de obligado cumplimiento desde su entrada en vigor en España, el 27 de julio de 1977, en cuanto a actos u omisiones delictivas según el derecho internacional como son el genocidio y los crímenes contra la Humanidad, aunque “*en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional*”. Delitos que son imprescriptibles, según los mismos principios generales del derecho (que estaban vigentes desde antes del 17 de julio de 1936, según la doctrina del Tribunal de Nuüremberg que luego se cita).

**

La ley de amnistía y la doctrina del TEDH

3. La ley de Amnistía de 15 de Octubre de 1977 no ha dejado sin efecto, en suspenso o modificado la aplicación en España del artículo 15 del PIDCP de 1966, pues

3.1.- la ley de Amnistía no anula la previa ratificación por España del PIDCP, sin formular reserva alguna;

3.2.- el artículo 96.1 de la CE dispone:

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

3.3.- la ley de Amnistía circunscribe su objeto a los delitos de “intencionalidad política”, y los crímenes objeto del artículo 15.2 del PIDCP no admiten la “excepción política”

3.4.- procede interpretar la ley interna y aplicarla en conformidad con lo dispuesto en el Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 27 de junio de 1980 (BOE 13 junio 1980):

*“Artículo 26. **"Pacta sunt servanda"**. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas **de buena fe.**”*

*“Artículo 27. **El derecho interno y la observancia de los tratados.** Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”*

*“Artículo 31. **Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”*

*“Artículo 28. **Irretroactividad de los tratados.** Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, **salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.**”
(subrayado nuestro)*

La “intención diferente” a la que se refiere este artículo 28 del Convenio de Viena se halla explicitada, en la especie, en el artículo 15.2 del PIDCP en cuanto a los “actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos, según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

3.5. A este respecto se significa la doctrina reiterada en la Decisión Ould Dah c. Francia, de 17 de marzo de 2009, en la que el TEDH recuerda la incompatibilidad entre los delitos objeto del artículo 7.2 del CEDH (entre los que figura el de tortura sistemática y generalizada) y la amnistía:

*« Le Comité des droits de l'homme des Nations Unies a déclaré en 1994, dans son commentaire général n° 20 sur l'article 7 du Pacte international, avoir noté que certains États avaient octroyé l'amnistie pour des actes de torture, tout en précisant que « **l'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes; de garantir la protection contre de tels actes dans leur juridiction; et de veiller à ce qu'ils ne se reproduisent pas à l'avenir. Les États ne peuvent priver les particuliers du droit à un recours**»*

utile, y compris le droit à une indemnisation et au redressement le plus complet possible ».²

A l'instar du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du TPIY, elle [el TEDH] considère que l'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes.

Force est de constater qu'en l'espèce la loi d'amnistie mauritanienne est intervenue non pas après jugement et condamnation du requérant, mais précisément en vue d'empêcher toute poursuite pénale à l'encontre de celui-ci. (...) comme la Cour l'a déjà relevé, l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusiva au regard du droit international. » (pág. 17).

La doctrina del TEDH es de obligada aplicación por los Tribunales españoles, según el artículo 10.2 de la Constitución de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

**

4. Sin embargo, en el escrito de 20 de octubre de 2008³ el Ministerio Fiscal ha instado la nulidad del citado Auto de 16-10-2008 por el cauce de lo que ante el órgano judicial competente hemos calificado como fraudulenta cuestión de competencia⁴ ex artículo 23 de la LECrim., en base a

4.1) no aplicar el principio de legalidad según lo establecido en los arts. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH a los crímenes de lesa humanidad, desapariciones forzadas, secuestro de niños españoles fuera del territorio español y otros delitos investigados en la presente causa (págs. 13 a 35 del escrito del Sr. Fiscal);

4.2) desconocer la doctrina del TEDH en la materia.

**

5. De nuevo, en el escrito de fecha 21 de octubre de 2008 el Ministerio Fiscal ha impugnado el Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI nº 5 en base a desconocer la citada doctrina del TEDH para, así, oponer a dicho Auto la Ley de Amnistía:

-páginas 15-16 del escrito del Sr. Fiscal

“Cabe señalar, además, que pese a su condición de ley preconstitucional y a su eficacia temporal, pues sus efectos dejaron

² *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, Doc. O.N.U HRI/GEN/1/Rev.1, p. 30, 1994)* » págs. 8-9.

³ Obra en el Expediente 34/2008 seguido ante el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, del que toma causa el presente procedimiento.

⁴ El fundamento de esta constatación se desarrolla en el documento anexo nº 12 a nuestro escrito de 27.11.2009.

de producirse, en parte, en el año 1978, al entrar en vigor la Constitución Española, 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 aun 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. 17).

(Doc. anexo nº 1 a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

**

Los más de 110.000 españoles “detenidos-desaparecidos” y la doctrina del TEDH

6.- Frente a la propuesta del Sr. Fiscal, mi representada ha invocado el 5 de noviembre de 2008 ante la Sala Penal de la Audiencia Nacional la fuerza vinculante del art. 7.2 del CEDH: **(doc. anexo nº 2** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009):

“(…) En el Estado español estaban vigentes el 17 de Julio de 1936 las normas jurídicas invocadas en la Sentencia de Nüremberg. (…)

La Sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2001 (caso Streletz y otros c. Alemania), ha reafirmado que el principio de legalidad penal ha sido respetado en la condena a antiguos dirigentes de la Alemania del Este por inducción al asesinato de quienes intentaban atravesar el muro de Berlín, aplicando los tribunales de la RFA el derecho penal de la RDA, aplicable en la época de los hechos. Pues las órdenes de aniquilar a cualquier precio violaban los derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la RDA. Actos imputables a los demandantes a título individual y que constituían delitos definidos con la suficiente accesibilidad y previsibilidad tanto en derecho interno como internacional.

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

**

“El artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, vigente en España desde el 27 de julio de 1977, es self-executing dado que la legislación penal interna sancionaba la mayor parte de

los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada los convierte en genocidio y crímenes contra la Humanidad (asesinatos, violaciones, lesiones corporales, expolio de bienes, desplazamiento forzoso de población, etc.);

**

“La Ley de Amnistía, de 15 de Octubre de 1977, no ha derogado el a la sazón ya vigente Pacto Internacional de DD. CC. y PP., y tampoco el artículo 96.⁵ de la Constitución lo permite;

**

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

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

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

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

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

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

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

**

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

“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de DD.HH.

es reiterada sobre la desaparición forzada en relación con la violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura), 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), 6 (derecho a un proceso equitativo), 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de DD. HH. Esta jurisprudencia es aplicable a hechos investigados en el Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Inst. N° 5. Así, a modo de ejemplo,

- en el caso Gongadze v. Ukraine⁶, donde la demandantes es la viuda del desaparecido, el Tribunal concluye que ha habido violación de los arts. 2; 3 y 13 (...)

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

- en el caso Timurtaş v. Turkey, no. 23531/94, § 95, ECHR 2000-VI, Sentencia de 13 June 2000, en el que la demandante es la madre de un detenido desaparecido, el Tribunal concluye que

- hay violación del art. 2: “4. Por las razones antes expuestas, el Tribunal considera que Abdulvahap Timurtaş debe presumirse que murió después de su detención, reconocida por las fuerzas de seguridad. Consiguientemente, la responsabilidad del Estado por su muerte está comprometida. Habida cuenta que las autoridades no han entregado ninguna explicación sobre lo que ocurrió después de la detención de Abdulvahap Timurtaş y que no se apoyan en ninguna causa que justifique el uso de fuerza letal por sus agentes, la consecuencia es que su muerte es atribuible al Estado demandado (ver Çakıcı, loc. cit., § 87). Por ello ha habido violación del Artículo 2 en este punto.”

- hay violación del art. 3:

“5. Considerando, finalmente, la angustia del demandante sobre la suerte de su hijo hasta el día de hoy, el Tribunal considera que la desaparición de su hijo equivale a un trato inhumano y degradante contrario al Artículo 3 del Convenio en relación con la demandante.”

- hay violación, asimismo, de los artículos 5 y 13.

⁶ No. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, puntos 184-186, subrayado nuestro.

- En el caso *Khachiev contra Rusia*, la Sentencia de 24 de febrero de 2005 considera que se ha violado el artículo 13 [puntos 182 a 186]”.

**

7. Sin embargo, la mayoría de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 2 de diciembre de 2008 ha acogido, con el fundamentado voto en contra de tres Magistrados, la pretensión del Sr. Fiscal, ha declarado la incompetencia del JCI nº 5 sin decir cuál sería el competente y ha privado, así, a las víctimas de un Tribunal que conozca de los muy graves delitos denunciados en la referida causa (**doc. anexo nº 3** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

En el recurso de súplica y subsidiario de casación interpuesto contra el Auto de 2-12-2008 mi representada razona en Derecho que la competencia radica en el JCI nº 5. La Audiencia Nacional no ha admitido a trámite estos recursos. El subsiguiente recurso de queja pende aún ante la Sala IIª del Tribunal Supremo, y en este procedimiento el Ministerio Fiscal pide su inadmisión en términos que reiteran la voluntad de no aplicar los arts. 25.1 y 9.1 de la CE en relación con los artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP y la doctrina del TEDH:

“el Fiscal sostiene que los hechos denunciados no son perseguibles en la actualidad, por su falta de tipificación legal y/o haber prescrito y/o estar afectados por la Ley de Amnistía” (pág. 6);

“los delitos así cometidos estarán prescritos. A mayor abundamiento ha de recordarse que las responsabilidades a las que nos venimos refiriendo, estarían extinguidas por amnistía según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 46/1977 de 15 de octubre” (pág. 8 del escrito de fecha 31 de julio de 2009, **doc. anexo nº 4** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

**

8. Mi representada sostiene que la cuestión de competencia (en cuya determinación la interpretación y aplicación del mandato del art. 7.2 del CEDH es crucial) sea resuelto por un Tribunal imparcial, ante el que todas las partes puedan invocar los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la CE en conformidad con las normas y principios directamente relacionadas con el objeto del que toma causa la cuestión de competencia, tales como:

8.1.- el principio de derecho internacional afirmado en la Sentencia del Tribunal de Nüremberg de 1946⁷, según el cual los crímenes contra la Humanidad invocables ante los Tribunales de Justicia tiene como *dies a quo* de perseguibilidad al menos el 23 de marzo de 1933⁸;

⁷ “(...) With regard to crimes against humanity, there is no doubt whatever that political opponents were murdered in Germany before the war, and that many of them were kept in concentration camps in circumstances of great horror and cruelty. The policy of terror was certainly carried out on a vast scale, and in many cases was organised and systematic. The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond all doubt”. El texto íntegro de la Sentencia del Tribunal Internacional de Nüremberg es accesible en http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp.

⁸ El 23 de marzo de 1933 el Reichstag –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

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

8.3.- el Convenio de Viena de 22 de mayo de 1969 (BOE de 13-06-1980), según los arriba citados artículos 26 y 27”.

8.4.- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977\893 y ApNDL 3630), ratificado sin reserva alguna y vigente en España desde el 27 de julio de 1977.

Este Tratado es *self-executing* en España, dado que la legislación penal vigente el 17 de julio de 1936 sancionaba la mayor parte de los delitos individualizados cuya comisión sistemática y generalizada les confiere naturaleza de genocidio y crímenes contra la Humanidad (secuestros, asesinatos, violaciones, lesiones corporales graves (torturas), expolio de bienes, desplazamiento forzoso de población, etc.). Por ende, son imprescriptibles e inamnistiables en conformidad con el art. 15.2 del PIDCP.

8.5.- El artículo 7.2 del Convenio Europeo de DD. HH., de 4 de noviembre de 1950, tal como es interpretado y aplicado por el Tribunal Europeo de DD. HH., invocado por mi representada en el expediente de Inhibición nº 006/0020544/2008 ante el Tribunal Supremo (pág. 10 del escrito de 27-10-2008, **anexo nº 5** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009), y en el OTROSI (FJ 6º) del citado escrito de 5-11-2008 en el Expte. 34/2008 de la Audiencia Nacional del que toma causa el recurso de queja que pende ante el Tribunal Supremo (**doc. anexo nº 2** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

La interpretación al respecto del Tribunal de Estrasburgo es reafirmada, por ejemplo

8.5.1.- en el caso K.-W. c. Alemania:

« 45. (...) La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en temps de guerre ou autre danger public. (...)

82. Par ailleurs, le fait que le requérant n'a pas été inquiété [durante el régime de Dictadura], mais n'a été poursuivi puis condamné (...) [que] par les juridictions allemandes qu'après la réunification sur la base des dispositions légales applicables à l'époque des faits en RDA ne signifie en aucune manière que son action ne constituait pas une infraction d'après le droit de la RDA.

83. A cet égard, la Cour relève que le problème auquel l'Allemagne a été confrontée après la réunification quant à l'attitude à adopter vis-à-vis de personnes qui avaient commis des crimes sous un régime antérieur s'est également posé pour un certain nombre d'autres Etats qui ont connu une transition vers un régime démocratique.

práctica crímenes generalizados y sistemáticos. En España, el “Caudillo” se atribuyó plenos poderes el 1 de octubre de 1936, en el transcurso de la insurrección armada contra el Gobierno constitucional iniciada el 17 de julio anterior.

64. La Cour considère qu'il est légitime pour un Etat de droit d'engager des poursuites pénales à l'encontre de personnes qui se sont rendues coupables de crimes sous un régime antérieur ; de même, on ne saurait reprocher aux juridictions d'un tel Etat, qui ont succédé à celles existant antérieurement, d'appliquer et d'interpréter les dispositions légales existantes à l'époque des faits à la lumière des principes régissant un Etat de droit.

85. En effet, la Cour rappelle que sous l'angle de l'article 7 § 1, aussi clair que le libellé d'une disposition pénale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, il existe inmanquablement un élément d'interprétation judiciaire et il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation (arrêts *S.W. et C.R. c. Royaume-Uni* du 22 novembre 1995, série A n^{os} 335-B et 335-C, pp. 41-42, §§ 34-36, et pp. 68-69, §§ 32-34, respectivement – paragraphe 45 ci-dessus). (...).

7. De plus, eu égard à la place primordiale occupée par le droit à la vie dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (paragraphe 94, 95 et 96 ci-dessous), dont la Convention elle-même, qui le garantit en son article 2, la Cour estime que l'interprétation stricte de la législation de la RDA par les juridictions allemandes en l'espèce était conforme à l'article 7 § 1 de la Convention» ;

o que

« il y a crime contre l'humanité dès lors qu'il y a meurtre commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique lancée contre une population civile dans la poursuite d'une certaine politique. Cette notion ne peut, d'après moi, être interprétée comme signifiant que pour qu'un individu puisse être jugé responsable de ce crime il doit avoir commis de nombreux meurtres contre des personnes appartenant à la population civile en cause ou qu'il doit lui-même avoir pris l'initiative ou être directement responsable du comportement systématique ou organisé ayant conduit à la perpétration du meurtre.

Je crois que l'interprétation raisonnable de la notion de crime contre l'humanité telle qu'elle est établie en droit international coutumier est que le crime peut résulter de tout acte individuel de meurtre frappant un membre de la population civile dès lors que pareil acte s'inscrit dans un système de comportement organisé visant à l'élimination indiscriminée de membres de la population civile dans la poursuite d'une certaine politique. En fait, on ne peut raisonnablement conclure à la perpétration d'un crime contre l'humanité que lorsque l'on se trouve en face d'une série de meurtres individuels commis par des personnes mettant systématiquement en œuvre la politique inhumaine concernée. Dès lors, toute personne qui tue sciemment un membre de la population civile dans le cadre d'un plan général doit être considérée comme responsable du crime en question. Une interprétation contraire à celle-là conduirait au résultat absurde que seuls les organisateurs de meurtres de masse pourraient être tenus pour responsables de crimes contre l'humanité, à l'exclusion des individus qui, en accomplissant des actes de meurtre individuels, exécuteraient sciemment le plan en question.

Mon interprétation trouve un appui dans une démarche analogue adoptée dans la récente affaire Tadić⁹ par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Celui-ci s'y est en effet ainsi exprimé :

⁹. IT-94-1, párrafo 648.

« De toute évidence, un acte unique commis par un auteur dans le contexte d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile engage la responsabilité pénale individuelle et un auteur individuel n'a pas à commettre de nombreuses infractions pour être tenu responsable. (...) Même un acte isolé peut constituer un crime contre l'humanité s'il est le produit d'un régime basé sur la terreur ou la persécution. »

La même démarche trouve un appui supplémentaire dans la déclaration suivante, faite par le Tribunal dans sa décision Hôpital de Vukovar (article 61 du règlement) citée par la Chambre d'appel dans l'affaire Tadić¹⁰ :

« (...) dans la mesure où il présente un lien avec l'attaque généralisée ou systématique contre une population civile, un acte unique pourrait remplir les conditions d'un crime contre l'humanité. De ce fait, un individu qui commet un crime contre une seule victime ou un nombre limité de victimes peut être reconnu coupable d'un crime contre l'humanité si ses actes font partie du contexte spécifique identifié ci-dessus. »

En conséquence, je considère qu'en s'associant en qualité de garde-frontière à l'exécution du plan meurtrier en cause contre les civils qui tentaient de fuir la RDA et en tuant intentionnellement un fugitif le requérant en l'espèce s'est rendu responsable de la perpétration d'un crime contre l'humanité.

Par ailleurs, le fait que le comportement litigieux du requérant ait eu lieu en 1972, soit environ un an avant l'adoption de la Résolution des Nations unies 3074 (XXVIII), qui, comme je l'ai dit dans mon opinion séparée précitée, rendait indiscutable la thèse selon laquelle les principes de Nuremberg formaient partie intégrante du droit international coutumier, ne peut raisonnablement avoir pour effet que le comportement en question ne puisse être considéré comme un crime contre l'humanité. Il en est ainsi parce que le caractère établi, même en 1972, de pareil crime en droit international coutumier, ne saurait être sérieusement contesté, eu égard au fait que la résolution en question s'intégrait dans une série de résolutions relatives au même objet adoptées entre 1969 et 1972, et il est raisonnable de supposer qu'elle se fondait sur une opinion, qu'elle exprimait, qui prévalait à tout le moins pendant les années immédiatement antérieures à son adoption »¹¹ ;

o que :

« Reste à déterminer si l'acte du requérant était néanmoins « criminel d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », au sens du paragraphe 2 de l'article 7, ou s'il constituait, pour d'autres motifs, une infraction d'après le droit international (paragraphe 1).

J'admets que l'on peut trouver des arguments pour étayer la thèse selon laquelle, même dans les années 70, une politique de fermeture des frontières d'un Etat constituait un crime contre l'humanité selon les principes de Nuremberg tels qu'ils s'étaient développés au fil des ans¹². Pareille politique pourrait être considérée comme une violation massive et systématique des droits de l'homme au sens des

¹⁰ Párrafo 248, nota 311.

¹¹ Sentencia K.-W. c. Alemania. Opinión concordante del Juez Loucaides.

2. Remito a este respecto a la opinión separada del Sr. Loucaides en el caso Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania.

principes de Nuremberg. Ainsi, on peut soutenir qu'il aurait été possible de justifier aussi par référence au paragraphe 2 de l'article 7 la condamnation des responsables de cette politique. »¹³

8.5.2.- en el caso Streletz y otros c. Alemania, cuya Sentencia considera que el artículo 7.2 del CEDH

« constitue une exception 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”¹⁴ ;*

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 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*

¹³ Sentencia K.-W. c. Alemania, Opinión del Juez Pellonpää

¹⁴ 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 ECtHR en [83]; el voto particular del citado Juez en el caso Zdanoka (2006) 45 E.C.H.R. 17 ECtHR; el caso Custers (2007) 47 E.C.H.R. 28 ECtHR en [85]-[86].

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. En este caso, es lo que hicieron los tribunales alemanes (véase Sentencia del Tribunal Constitucional federal citada en el apartado 22 de la sentencia).

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”¹⁵.

8.5.3.- En el caso Zdanoka c.Letonia:

»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 (...)

¹⁵ Sentencia Streletz y otros c. Alemania, cit., voto concurrente del Juez LEVITS.

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.¹⁶ (...) 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 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 (...).»¹⁷

**

9. Por consiguiente, en conformidad con los artículos 10.2, 9.3, 14, 24 y 96.1¹⁸ de la CE, la Ley de Amnistía, de 15 de Octubre de 1977, debería interpretarse según dispone el art. 15.2 del Pacto Internacional de DD. CC. y PP. de 1966 “en cuanto a las acciones y omisiones que, en el momento de su comisión, constituían delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Es decir, en cuanto a los crímenes de lesa humanidad, que violan normas de *ius cogens* y son imprescriptibles, conexos con el de insurrección armada contra las Instituciones y Autoridades del Estado que es objeto de investigación en el Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI nº 5.

FUNDAMENTO DE LA RECUSACIÓN

Los hechos y el comienzo de prueba se formulan en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 223.3 de la LOPJ, y en la primera ocasión en que mi representada ha reunido los elementos para apreciar el posible conflicto de intereses, directo o indirecto, en base a la causa legal del art. 219 nº 10 de la LOPJ en relación con los arts. 24, 25.1, 14, 9.1,

¹⁶ Voir, par exemple, *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], nºs 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II.

¹⁷ TEDH Caso Zdanoka c. Letonia, de 16 de marzo de 2006, Voto particular del juez ZUPANČIČ

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

9.3, 96.1 y 10.2 de la CE y los arts. 6.1¹⁹ y 13 del CEDH, los arts. 217, 218.2º, 221.1, 219.10ª, 223 y concordantes de la LOPJ, y a los antecedentes y motivos que expongo a continuación.

Antecedentes

1. El origen, la razón de ser y el objeto del presente procedimiento es la anulación irregular, por el cauce del art. 23 de la LECrim, del Auto de 16 de octubre de 2008 por el que un Juzgado de Instrucción, por primera vez desde el 1 de abril de 1939, acepta conocer de los delitos de lesa Humanidad cometidos en España a través de una insurrección armada contra las Instituciones democráticas del Estado y sus Autoridades.

**

2. Durante el periodo investigado en el Auto de 16-10-2008 el significado de “Cruzada”, “Alzamiento nacional” y “Movimiento Nacional” es la insurrección armada dirigida por un “Caudillo” que, tras promulgar un [Bando de Guerra el 28 de julio de 1936 \(RCL 1936, 1445, derogado en la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, RCL 2007/2355\)](#), se confiere a sí mismo plenos poderes legislativos vitalicios en las autopromulgadas leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939; que dicta la “Ley de 27 de agosto de 1938, de reorganización del Tribunal Supremo”, cuyo art. 2 separa de sus cargos a todos los Presidentes, Magistrados y Fiscales que integran el Alto Tribunal. En su lugar, el “Caudillo” nombra a personas dispuestas a jurar lealtad incondicional a su persona y al “Movimiento Nacional”. El 14 de octubre de 1938, en el acto de juramento y toma de posesión de los designados, el Conde Rodezno les fija la misión de “contribuir al restablecimiento del orden social y jurídico tan trastornado durante los últimos años de la ominosa y nefasta República, a fin de que el Nuevo Estado se edifique sobre la base de un patrimonio espiritual que ha de tener su asiento en normas de Moralidad y Justicia”.²⁰ Siete semanas después el Ministro del Interior del “Caudillo” dictó la Orden de 21 de diciembre de 1938, que crea la comisión encargada de dictaminar “que el glorioso Alzamiento nacional no puede ser calificado, en ningún caso, de rebeldía, en el sentido jurídico penal de esta palabra, representando por el contrario una suprema alegación a resortes legales de fuerza que encerraba el medio único de restablecer la moral y el derecho, desconocidos y con reiteración violados”.²¹ Tras lo que el “Caudillo” promulgó la Ley Penal de 23 de septiembre de 1939 por la que no se consideran delictivos determinados hechos que cita [homicidios incluidos] cometidos del 14 de abril de 1931 al 18 de julio de 1936 que, “obedecieron a un impulso del más fervoroso patriotismo y en defensa de los ideales que provocaron el Glorioso Alzamiento (...) y de cuantos otros [delitos] con los mismos guarden conexión, ejecutados (...) por personas respecto de las que conste de modo cierto su ideología coincidente con el Movimiento Nacional (...)”.

¹⁹ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)”.

²⁰ Acta de la Sesión de 14 de octubre de 1938. Expediente de Constitución del Tribunal Supremo. Archivo del Tribunal Supremo (ATS). : Legajo 6854 de la Secretaría de Gobierno, expediente nº 1.

²¹ AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A.: “El Poder Judicial y los jueces en la guerra civil de 1936-1939. Aproximación histórica” en Justicia en Guerra. Jornadas sobre la Administración de Justicia durante la Guerra Civil Española: Instituciones y fuentes documentales, Ministerio de Cultura, Madrid, 1990. pág. 436.

3. A los insurrectos armados, y a los generalizados y sistemáticos crímenes de lesa humanidad que cometieron, hicieron frente el pueblo español y el Gobierno constitucional hasta el 1 de abril de 1939 en que, con el apoyo del III Reich y la Italia fascista, los primeros ocuparon la sede del Tribunal Supremo y expulsaron a los Magistrados de carrera subordinados a la Constitución democráticamente aprobada en 1931 por las Cortes españolas. El primer acuerdo de los Magistrados designados fue dirigir al “Caudillo” el siguiente telegrama: “*Al comenzar funcionamiento este Tribunal ruégole haga llegar a S.E. inquebrantable adhesión todo su personal dispuesto sin omisión sacrificio a encauzar la justicia que necesita la renaciente España y patrocina su Caudillo*”²².

4. Desde el 1 de abril de 1939 han sido fusilados, encarcelados o separados de sus funciones todos los Magistrados que se han negado a jurar lealtad incondicional al “Caudillo” y a la “*Cruzada*”-“*Movimiento Nacional*”. Así, en cuanto al sólo Tribunal Supremo

4.1.- fusilados en ejecución de la resolución adoptada en la “*causa núm. 8/1939 de la Auditoria de Guerra de Cataluña contra magistrados, fiscales y jueces de la Sala Sexta del Tribunal Supremo*”: los Magistrados D. Fernando Berenguer de las Cagigas y D. Francisco Javier Elola y Díaz Varela. También fue fusilado el Magistrado D. Juan José González de la Calle²³;

4.2.- condenados a penas de cárcel y confiscación de bienes en el juicio sumarísimo 2198, celebrado en Madrid: los Magistrados Sres. Diego Medina García, Presidente del Tribunal Supremo (a 7 años y un día); Agustín Aranda García de Castro (a 6 años y un día); Manuel Barroso Losada (6 años y un día); José González Llana y Fagoaga (a 6 años y un día); Felipe Uribarri Mateos (a 12 años); José M^a Rodríguez de los Ríos (a 6 años y un día);

4.3.- expulsados: los Sres. Fernando Abarrategui, Presidente de la Sala II ; Mariano de Azcoiti y Sánchez Muñoz; Salvador Díaz Berrio y López; Fernández Clérigo; Fernández Orbeta; Fentanes Portela; Gil Tirado; José Antón Oneca, Magistrado de la Sala II y catedrático de Universidad; Abarrategui Pontes; Iglesias Portal; de Paz Mateos; y, también, los Abogados fiscales D. Juan García Romero de Tejada y D. Antonio Ubierna Eusa;

4.4.- salvaron su libertad y dignidad en el exilio forzoso, los Sres. Álvarez Martín (en Francia); Aragonés Champín (en México); Balbontín Gutiérrez (en Inglaterra y México); Demófilo de Buen, catedrático de Universidad (en México); Enjuto Ferrán (en Puerto Rico); Luis Fernández (en México); Gil Tirado (en Francia); Mariano Gómez González (en Argentina); Mariano Granados Aguirre (en México); Pascual Leone (en México); D. Francisco López (en Cuba y México); Pérez Jofre (en México); Sentís Melendo; Terrer Fernández (en Francia); D. Eduardo Ortega y Gasset -Fiscal del T. S. (en Cuba y Venezuela).

²² Cit. en LANERO TABOAS, M.: “*Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo*”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996 pág. 182.

²³ MARZAL RODRIGUEZ (P.): Magistratura y República. El Tribunal Supremo (1931-1939). Valencia, Ed. Práctica de Derecho S. L., páginas 214-218.

Los insurrectos abolieron la Constitución y disolvieron el Tribunal de Garantías Constitucionales, a cuyo Presidente, D. Alvaro de Albornoz y Limiana, le impusieron una multa de cien millones de pts.²⁴ Una peseta de 1940 equivalía en el año 2000 a 130,77 pesetas²⁵; por lo tanto, la multa tenía un valor equivalente a 13.077 millones de pts. del año 2000, es decir 78,38 millones de euros. El Magistrado y su familia fueron reducidos a la indigencia.

El Secretario del Tribunal de Garantías Constitucionales, D. Carlos Sanz Cid, Catedrático de Derecho Político desde 1927 y ex Rector de la Universidad de La Laguna, fue también expulsado de su cátedra.²⁶

5.- Desde el 1 de abril de 1939, y hasta el 5 de julio de 1977, todos los Jueces, Magistrados, Fiscales y funcionarios públicos han jurado fidelidad al Caudillo en “*comunión con los ideales que dieron vida a la Cruzada*”. El requisito de este juramento figura en el artículo 4 del Reglamento de oposiciones de la carrera judicial, de 5 de mayo de 1941. Se acompaña como documento anexo una copia del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, *Iustitia*, núm. 7 (junio-julio de 1944), cuya página 50 describe el Juramento prestado por la promoción de jueces de 1944 en los siguientes términos:

“Palabras pronunciadas por D. Eduardo Dívar, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo:

“Dijo que la carrera judicial es jerárquica y afecta al poder constituido, y que el juramento que se presta al ingresar en ella no es meramente ritual, sino un juramento de adhesión incondicional al Caudillo (...)

A continuación el Señor Aunós [Ministro de Justicia] pronunció las siguientes palabras:

‘Nada tan satisfactorio para quien ostenta la suprema jerarquía de la Justicia española en el Gobierno del Caudillo como asistir a un acto como éste, en que una selección de jóvenes celebra la obtención de los lauros que les consagran como nuevos milites de la Judicatura española (...) juventud forjada en la Cruzada nacional bajo los victoriosos pliegues de la bandera que tremoló nuestro Caudillo (...). Formáis parte de esa juventud que empuñó las armas al conjuro de Franco, ese Capitán iluminado que para sublevar a los españoles (...) se nos aparece como el gran restaurador de la justicia española (...).

El Caudillo y el Movimiento tienen a la Justicia como pivote esencial de su actuación gobernante (...) la Justicia tiene deberes políticos ineludibles (...) en el actual Estado español, no podría la Justicia desarrollarse (...) si se situase fuera de una órbita política que es tan esencial para la nación como para los astros la de su curso sideral. (...) tengo fe en el porvenir de la Judicatura española, porque la tengo también en el Caudillo que nos dirige y en su Estado (...) Vosotros (...) debéis prometer fidelidad efectiva a España y al Caudillo

²⁴ Fuente: ALVAREZ DUEÑAS (Manuel): “Control político y represión económica”, en La gran represión, Barcelona, Flor del viento, 2009, pág. 278.

²⁵ Según el informe que el Banco España dirige a la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo, Sentencia de 10 noviembre 2003, [RJ 2004\3150](#), FD 2.

²⁶ Le fue restituida la cátedra en octubre de 1961 y pasó a retiro forzoso en julio de 1963.

(...). *Una gran salva de aplausos premió las palabras del Ministro de Justicia, Señor Aunós*”.

En el mismo número de *Iustitia* (páginas 98 a 102) figura la identidad de los jueces y fiscales que prestaron juramento en 1944, entre ellos algunos de los que integraron la Sala Penal del Tribunal Supremo hasta fines de la década de 1980-1990.²⁷

6.- El artículo 4 del Reglamento de oposiciones de la carrera judicial, de 5 de mayo de 1941, ha estado en vigor hasta su sustitución por lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), a saber: “*La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: (...)c) Jurar acatamiento a los Principios fundamentales del Movimiento Nacional (...).*”

7.- Los Principios del Movimiento Nacional los define la Ley de 17 de mayo de 1958 en los siguientes términos: “*Yo, Francisco Franco Bahamonde, Caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia, en presencia de las Cortes del Reino, promulgo como Principios del Movimiento Nacional, entendido como comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada (...). En su virtud, dispongo: (...) Artículo 2.- Todos los órganos y autoridades vendrán obligados a su más estricta observancia. El juramento que se exige para ser investido de cargos públicos habrá de referirse al texto de estos Principios fundamentales. (...)*” (énfasis y subrayado nuestros).

8.- Después de las elecciones parlamentarias del 15 de junio de 1977 (las primeras desde las de 16 de febrero de 1936), el Real Decreto 1557/1977, de 4 de julio (BOE número 159, de 5/7/1977²⁸), ha abandonado la fórmula del juramento de “*comunión en los ideales que dieron vida a la Cruzada*”, que por lo tanto ha sido prestado ante Dios por todos los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo que ingresaron en la carrera judicial antes del 5 de julio de 1977 y representan, hoy, una alta proporción de miembros del Tribunal Supremo.

9.- Los Principios del Movimiento Nacional los define la Ley de 17 de mayo de 1958 en los siguientes términos:

“*Yo, Francisco Franco Bahamonde, Caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la Historia, en presencia de las Cortes del Reino, promulgo como Principios del Movimiento Nacional, entendido como comunión de los españoles en los ideales que dieron vida a la Cruzada (...). En*

²⁷ D. Luís Vivas Marzal; D. Mariano Gómez de Liaño Cobaleda; D. Manuel García Miguel; D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna; D. Martín Jesús Rodríguez López; D. Fernando Díaz Palos; D. Bernardo Francisco Castro Pérez.

²⁸ Tras la promulgación de la Constitución de 6 de diciembre de 1978, el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril (BOE número 83, de 6/4/1979) estableció la siguiente fórmula: “*¿juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo... con lealtad al Rey, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del estado?*”.

*su virtud, dispongo: (...) Artículo 2.- Todos los órganos y autoridades vendrán obligados a su más estricta observancia. **El juramento** que se exige para ser investido de cargos públicos habrá de referirse al texto de estos Principios fundamentales. (...)* (énfasis y subrayado nuestros).

La fórmula del juramento de la letra c) del artículo 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 ha sido derogada en el Real Decreto 1557/1977, de 4 de julio (BOE número 159, de 5/7/1977²⁹).

Por consiguiente, el juramento de acatar los Principios fundamentales del “Movimiento Nacional” ha sido prestado, en principio, por todos los Magistrados integrantes del Tribunal Supremo que ingresaron en la carrera judicial o en una función pública antes del 5 de julio de 1977, entre quienes se hallan los aquí recusados.

**

10.- El juramento de “**comunión en los ideales que dieron vida a la Cruzada**” ha sido prestado ante Dios. Es un hecho de naturaleza jurídica y teológica para los bautizados en religión Católica Apostólica Romana, en la que la “comunión” es un compromiso trascendente.

El Código de Derecho canónico (Constitución de 25 enero 1983, LEG\1983\) dispone que

“El juramento, es decir, la invocación del Nombre de Dios como testigo de la verdad, sólo puede prestarse con verdad, con sensatez y con justicia” (art. 1199.1).

*“**Quien jura libremente que hará algo adquiere una peculiar obligación de religión de cumplir aquello que corroboró con juramento. El juramento promisorio sigue la naturaleza y las condiciones del acto al cual va unido**” (arts. 1200 y 1201, subrayado nuestro).*

El artículo 1203 del mismo cuerpo legal dispone:

“Quienes tienen potestad para suspender, dispensar o conmutar un voto, gozan de la misma potestad y por igual razón respecto al juramento promisorio; pero si la dispensa del juramento redundaría en perjuicio de otros que rehúsan condonar la obligación, sólo la Sede Apostólica puede dispensar de ese juramento”.

Ni la jerarquía española de la Iglesia católica ni la Santa Sede han dispensado de este juramento a quienes lo prestaron.

**

²⁹ El Real Decreto 707/1979, de 5 de abril (BOE número 83, de 6/4/1979) estableció la siguiente fórmula: “¿juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo... con lealtad al Rey, guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del estado?”.

11. Un juramento como el de lealtad al “Caudillo” en comunión con los valores del “Movimiento Nacional” es incompatible con una sociedad democrática según la jurisprudencia del TEDH. Por ej., en la sentencia Caso Tanase y Chirtoaca contra Moldavia, de 18 noviembre de 1992 (TEDH 2008/92):

“el Tribunal quiere hacer hincapié en que en una democracia, la lealtad al Estado no significa necesariamente lealtad al gobierno actual del Estado o a cierto partido político” (pár. 109).

**

12. ¿Cabe hacer abstracción de la dimensión jurídica y teológica de este juramento en el presente procedimiento? La naturaleza de aquel no sólo es material sino también espiritual, la propia de una “comunión”. Tan es así que ninguna norma positiva en España, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el 1 de abril de 1931, ha dispuesto que la meritada “comunión” hubiera cambiado, o que los valores de la “Cruzada”-“Movimiento Nacional” fueran “malos”, “totalmente indiferentes” o “impiden un bien mayor”, a diferencia de la jurisprudencia adoptada por los Tribunales Supremos de Francia, Italia, Alemania, Portugal o Grecia relativa al Estado Francés bajo el régimen del Mariscal Pétain, al Estado italiano de Mussolini, al alemán del III Reich, al portugués del Dr. Oliveira Salazar o al griego posterior a la insurrección armada de 1966, respectivamente.

**

13. La materia no espiritual del meritado juramento, el derecho positivo, es por naturaleza cambiante. El artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 somete a los jueces y magistrados a la Constitución de 1978 y al imperio de la ley. Para un cristiano, ¿este mandamiento pretende, o puede afectar, a un juramento prestado ante Dios? La respuesta puede hallarse en el voto del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Carlos Dívar, el 24 de julio de 2009, que considera legítima la motivación teológica en la interpretación y aplicación del derecho positivo español, como es público y notorio (**doc. anexo nº 11** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

Si ello es así en relación con una norma relativa a la interrupción voluntaria del embarazo, mi representada alberga un razonable temor de que, con igual o mayor razón, Magistrados que han jurado ante Dios lealtad al “Caudillo” y al “Movimiento Nacional” se nieguen hoy en España a aplicar con imparcialidad el principio de legalidad –es decir, en conformidad con lo dispuesto en el art. 7.2 del CEDH, en el art. 15.2 del PIDC y la doctrina del TEDH - a los delitos de lesa Humanidad cometidos durante el régimen del “Caudillo” y el “Movimiento Nacional”.

**

14. Distinto resulta interpretar y aplicar el Código Mercantil, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la que prohíbe el tráfico de tráfico de estupefacientes, por ejemplo, pues ello no parece plantear, en principio, un conflicto de intereses con el juramento de comunión con la “Cruzada-Movimiento nacional” y lealtad al “Caudillo”.

**

15.- Dispone el artículo 1204 del Código de Derecho Canónico que

“El juramento se ha de interpretar estrictamente, según el derecho y la intención del que lo emite o, si éste actúa dolosamente, según la intención de aquél a quien se presta el juramento”.

El contenido del juramento o promesa que la LOPJ de 1985 contempla en el artículo 318 no afecta a la dimensión espiritual-teológica del juramento de lealtad al “Caudillo”. Pues “guardar y hacer guardar” una norma de derecho material no interfiere el ámbito específico de la “comunión” de un juramento prestado ante Dios (la dimensión espiritual-teológica forma parte de la libertad ideológica y de religión que ampara el artículo 16.1 de la Constitución de 1978). Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1980 (RJ 1980\3428) acepta que

“el juramento previo a la toma de posesión, es decir, el juramento promisorio de fidelidad, (...) legalmente exigible (...) ha de interpretarse en el sentido de que el referido precepto admite junto a la fórmula del juramento, y con idéntica fuerza de obligar, la de la promesa prestada por quienes por sus convicciones religiosas, cualesquiera que éstas sean, desean no jurar”.

El juramento ante Dios y la comunión son patrimonio del alma, y el alma pertenece sólo a Dios. En quienes han prestado el referido juramento en comunión con los valores de la “Cruzada-Movimiento Nacional”, puede concurrir, pues, interés directo o indirecto respecto de la presente causa y su específico objeto: los delitos de lesa humanidad cometidos a través de una insurrección armada bajo la conducción del “Caudillo” contra las Instituciones y autoridades del Estado democrático español.

**.

16. Distinto es, sin embargo, interpretar y aplicar lo dispuesto en el art. 7.2 del CEDH en una causa como la presente, cuyo objeto es precisamente el delito de rebelión armada dirigido por el “Caudillo” contra Instituciones y Altas Autoridades del Estado como medio e instrumento para cometer sistemáticos y generalizados crímenes contra la Humanidad bajo la invocación de “Cruzada-Movimiento Nacional”.

Conclusión concurren, a juicio de mi representada, en la presente causa circunstancias constitutivas de un conflicto de intereses en quienes, habiendo jurado ante Dios comunión en los ideales que dieron vida a la “Cruzada-Movimiento Nacional”, no pueden presentar la prueba de haber sido dispensados del juramento o de que han apostatado (lo que mi representada ni ofrece ni pide).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

1. El artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ya en vigor, dispone:

“Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable **por un juez independiente e imparcial** (...).”*

Este artículo está siendo aplicado por los Tribunales europeos, p. ej. en la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (caso [P & O European Ferries](#), de 5 de agosto de 2003, aff. jointes T-116/01 et T-118/01).

2.- la Declaración Universal de DD.HH, de 10-12-1948 (arts. 8 y 10);

3.- el PIDCP de 16-12-1966 (art. 14);

4.- la [Resolución 2005/33](#), de 20 de abril de 2005, de la Comisión de derechos humanos sobre "Independencia e imparcialidad del poder judicial, de los jurados y los asesores e independencia de los abogados";

5.- la [Convención de La Haya \(XXIX\)](#), dirigida a facilitar el acceso internacional a la justicia, de 25 de octubre de 1980;

6.- el [CEDH](#), de 4 de noviembre de 1950, arts. 6.1 y 13;

7. los arts. 24, 25.1, 14, 10.2, 9.3, 96.1 de la Constitución española de 1978;

8. la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, según la cual en el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias pueden revestir importancia, lo que ha de determinar que todo Juez del que pueda dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado (STC 60/1995, de 17 marzo, RTC 1995\60: STC (Pleno) núm. 229/2003 de 18 diciembre (RTC 2003\229), que cita las [SSTC 42/1982, de 12 de julio \[RTC 1982, 42\]](#) , F. 3; [145/1988, de 12 de julio \[RTC 1988, 145\]](#) , F. 5; [138/1991, de 20 de junio \[RTC 1991, 138\]](#), F. 2; [230/1992, de 14 de diciembre \[RTC 1992, 230\]](#) , F. 4; [282/1993, de 27 de septiembre \[RTC 1993, 282\]](#) , F. 2; [64/1997, de 7 de abril \[RTC 1997, 64\]](#) , F. 3; [162/1999, de 27 de septiembre \[RTC 1999, 162\]](#) , F. 2; [155/2002, de 22 de julio \[RTC 55\]](#) , F. 2)).

II

Jurisprudencia del TEDDHH

1.- Caso **WETTSTEIN c. SUISSE** (Requête n° 33958/96), Sentencia de 21 de diciembre de 2000 :

« 8. Selon la jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'il échet de déterminer l'impartialité d'un tribunal au sens de l'article 6 § 1, **il faut tenir compte non seulement de la conviction et du comportement personnels du juge en telle occasion – ce qui est une démarche subjective –, mais aussi rechercher si ce tribunal offrait objectivement des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime** (arrêt Thomann c. Suisse du 10 juin 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III, p. 815, § 30).

9. En ce qui concerne l'aspect subjectif de l'impartialité, la Cour constate que rien n'indique en l'espèce un quelconque préjugé ou parti pris de la part des juges R. et L.

10. **Reste donc l'appréciation objective. Elle consiste à se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables** (arrêt Castillo Algar c. Espagne du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, p. 3116, § 45). Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, **d'une raison légitime de redouter d'un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif. L'élément déterminant consiste à savoir si l'on peut considérer les appréhensions de l'intéressé comme objectivement justifiables** (arrêt Ferrantelli et Santangelo c. Italie du 7 août 1996, Recueil 1996-III, pp. 951-952, § 58).

2. Caso **DOROZHKO AND POZHARSKIY v. ESTONIA** (Applications nos. 14659/04 and 16855/04), Sentencia de 24 de abril de 2008

“(b) Whether there was a violation of Article 6 § 1

11. The Court reiterates **that it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public (...)**. Article 6 of the Convention requires a tribunal to be impartial. Impartiality normally denotes absence of prejudice or bias. The Court has determined the existence or absence of impartiality of a judge according to a **subjective test, that is on the basis of the personal conviction or interest of a particular judge in a given case, and also according to an objective test, that is, by ascertaining whether the judge offered guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect** (see, for example, *Kyprianou v. Cyprus* [GC], no. 73797/01, § 118, ECHR 2005-...; *Pétur*

Thór Sigurðsson v. Iceland, no. 39731/98, § 37, ECHR 2003-IV; and *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, pp. 14-15, § 30).

12. **As to the subjective test, the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary** (see *Kyprianou*, cited above, § 119, with further references).

13. **As concerns the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise justified doubts as to his or her impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified** (see *Micallef v. Malta*, no. 17056/06, § 74, 15 January 2008; *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII; and *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, pp. 951-52, § 58). In this respect even appearances may be of a certain importance or, in other words, **"justice must not only be done, it must also be seen to be done"** (see *Micallef*, cited above, § 75; and *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984, Series A no. 86, p. 14, § 26)."

En el presente caso, referido a una insurrección armada como medio de cometer crímenes de lesa Humanidad durante el régimen del "Caudillo", el juramento de lealtad a los principios de la "Cruzada"- "Movimiento Nacional" es un hecho verificado que despierta una justificada y objetiva aprehensión a mi representada.

Se invoca, por igual motivo, la doctrina reiterada en

3.- Sentencia del caso [Gautrin et a. c/ France](#), de 20 de mayo de 1998:

"L'impartialité au sens de l'article 6 § 1 s'apprécie selon une double démarche : la première consiste à essayer de déterminer la conviction personnelle de tel ou tel juge en telle occasion ; la seconde amène à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime.(...)" (§ 58).

4.- Sentencia del caso [Buscemi c/ Italie](#), de 16 de septembre de 1999 :

"Avec la Commission, la Cour estime que le fait que le président du tribunal ait employé publiquement des expressions sous-entendant une appréciation négative de la cause du requérant avant de présider l'organe judiciaire appelé à trancher l'affaire, ne semble à l'évidence pas compatible avec les exigences d'impartialité de tout tribunal, consacrées à l'article 6 § 1 de la Convention. En effet, les déclarations du président du tribunal étaient de nature à justifier objectivement les craintes du requérant à l'égard de son impartialité. (...)" (§ 68)

5.- Sentencia del caso [Sramek c/ Autriche](#), de 22 de octubre de 1984:

" (...) Pour décider si un tribunal peut passer pour indépendant comme l'exige l'article 6, les apparences peuvent revêtir elles aussi de l'importance (...) " (§42).

6.- Sentencia [Soering c/ R.-U.](#), du 7 juillet 1989:

" L'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de s'y prévaloir en substance des droits et libertés de la Convention tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. (...) Il a donc pour conséquence d'exiger un recours interne habilitant l'"instance" nationale qualifiée à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et, de plus, à offrir le redressement approprié. (...)" (§ 120).

7.- Sentencia [Aydin c/ Turquie](#), du 25 septembre 1997:

*"La Cour rappelle d'emblée que l'article 13 garantit l'existence en droit interne d'un recours permettant de se prévaloir des droits et libertés de la Convention, tels qu'ils peuvent s'y trouver consacrés. Cette disposition a donc pour conséquence **d'exiger un recours interne habilitant l'instance nationale compétente à connaître du contenu du grief fondé sur la Convention et à offrir le redressement approprié**, même si les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la manière de se conformer aux obligations que leur fait cette disposition. **La portée de l'obligation découlant de l'article 13 varie en fonction de la nature du grief que le requérant fonde sur la Convention. Toutefois, le recours exigé par l'article 13 doit être " effectif " en pratique comme en droit, en ce sens particulièrement que son exercice ne doit pas être entravé de manière injustifiée par les actes ou omissions des autorités de l'Etat défendeur.(...)" (§ 103).***

Principio de prueba aportada

1.-Los hechos, motivos, normas y documentos ya considerados en el presente escrito y en el de fecha 27 de noviembre de 2009, y, en particular:

2. El testimonio publicado en la revista Iustitia, Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, número de junio-julio de 1944, sobre el significado del juramento de lealtad incondicional de los jueces al "Caudillo" y al "Movimiento" según el Excmo. Sr. D Eduardo Dívar, Presidente de Sala del Tribunal Supremo, y el Ministro de Justicia (**doc. anexo n° 6** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009). Juramento éste mantenido en la letra c) del artículo 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (Decreto 315/1964, de 7 de febrero), hasta su derogación el 5 de julio de 1977.

3. El hecho de que, después de la entrada en vigor en España del PIDCP el 27 de julio de 1977, y de la Ley 52/2007³⁰, el Tribunal Supremo no ha adoptado resolución alguna relativa al fusilamiento, encarcelamiento, expulsión o exilio forzado y multas confiscatorias de Magistrados del Tribunal Supremo por parte del “Movimiento nacional”.

4. El hecho de que después de la entrada en vigor de la LOPJ de 1985, que ordena a los Jueces y Magistrados jurar someterse solamente a la Constitución y las leyes, el Tribunal Supremo no ha llevado a cabo ningún acto de desagravio o reparación moral respecto de los Magistrados del Tribunal Supremo fusilados, encarcelados, expulsados, exiliados forzosos o cuyos bienes fueron confiscados a partir del 1 de abril de 1939 por causa su subordinación a la Constitución democrática de los españoles.

5. El hecho de que todos los Jueces y Magistrados que han prestado juramento de lealtad al “Caudillo” y a los principios del “Movimiento Nacional” han amparado directa o indirectamente que, hasta hoy, los Tribunales de Justicia permanezcan cerrados a los millones de españoles víctimas de crímenes de lesa humanidad cometidos entre el 17 de julio de 1936 y el 20 de noviembre de 1974, sin que la jurisprudencia ulterior a 1977 declare lo contrario.

6. El Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (**doc. anexo nº 7** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

7. El Auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (**doc. anexo nº 8** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

8. El Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Sala Penal de la Audiencia Nacional (**doc. anexo nº 3** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009), que anula el Auto de 16 de octubre de 2008 del JCI nº 5.

9. La relación de hechos expuesta en la querrela interpuesta por Da. Carmen Negrin Fetter por la resolución injusta adoptada, presuntamente a sabiendas, por determinados Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 2 de diciembre de 2008 (Causa especial nº 003/0020587/2008), **doc. anexo nº 12** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009.

10. El Auto de 26 de mayo de 2005 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, que acuerda investigar la comisión de un presunto delito de prevaricación contra el primer juez de instrucción que ha incoado, en aplicación de los arts. 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP,

³⁰ El artículo 4 de esta Ley dispone: “*Asimismo, podrán solicitar la Declaración [de reparación y reconocimiento personal] las instituciones públicas, previo acuerdo de su órgano colegiado de gobierno, respecto de quienes, careciendo de cónyuge o de los familiares mencionados en el apartado anterior, hubiesen desempeñado cargo o actividad relevante en las mismas.*”

las primeras Diligencias judiciales, desde el 1 de abril de 1939, sobre crímenes de lesa humanidad cometidos en conexión con la insurrección armada conocida como “Cruzada-Movimiento Nacional”, dirigida por el “Caudillo” (**doc. anexo n° 9** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

En este Auto, la Sala IIª del Tribunal Supremo opone al del JCI n° 5 de 16-10-2008 la “*irretroactividad, la prescripción y la Ley de Amnistía*” (página 9), así como la tesis del Fiscal sobre supuesta vulneración “*del principio de legalidad, del principio de irretroactividad de la ley penal y de la Amnistía*” (pág. 10).

Esta resolución del Tribunal Supremo inaplica, en términos absolutos, el art. 15 del PIDCP y el art. 7 del CEDH y la doctrina al respecto del TEDH. Ni los menciona. Si los hubiera tenido presentes hubiera llegado a la conclusión de que quien prevarica es el Juez que cierra los Tribunales a las víctimas de crímenes de lesa Humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1938 y el 20 de noviembre de 1974, no el Juez que los abre.

11. El Auto de 3 de febrero de 2010 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, acompañado a nuestro escrito de 8 de febrero de 2010, dictado por el Magistrado Instructor D. Luciano Varela en base a los mismos hechos que el presente procedimiento, que ejemplifica el referido conflicto de lealtades al considerar que el Magistrado-Juez Central de Instrucción N° 5 ha incurrido en delito al interpretar la ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 conforme a la doctrina del TEDH citada en el presente escrito.

12. El escalafón de Jueces y Magistrados, cerrado en fecha 31 de enero de 2007, que al ingresar en la carrera judicial antes del 5 de julio de 1977 prestaron juramento de comunión en los ideales de la “Cruzada”-“Movimiento nacional” a saber quienes en enero de 2007 sumaban más de 28 años y 6 meses de servicio, entre los que se encuentran los Excmos. Sres. Magistrados recusados en el presente escrito (**doc. anexo n° 10** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

13. El voto del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, D. Carlos Dívar, el 24 de julio de 2009, de motivación teológica, en relación con el proyecto de ley sobre modificación voluntaria del embarazo. En prueba de la influencia determinante que los valores espirituales y teológicos pueden tener en los Magistrados que deben interpretar lo dispuesto en el art. 7.1 del CEDH y en el art. 15.2 del PIDC en relación a los delitos de insurrección armada en conexión con crímenes de lesa humanidad que dan origen a la presente causa (**doc. anexo n° 11** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009).

Proposición de prueba adicional y solicitud de recibimiento a prueba

Se solicita que se aporte testimonio

1.- del procedimiento de inhabilitación n°.006/00/20544/2008, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, sobre competencia de la misma para conocer de los delitos investigados en el meritado Sumario del JCI n° 5 según razonamiento del Ministerio Fiscal en su informe de 21 de Octubre de 2008, páginas 4 a 7, punto 2 y punto 3;

2.- del Expediente 34/2008, seguido ante el Pleno de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, del que toma causa el presente procedimiento, a fin de acreditar que tiene su origen en hechos que guardan relación con el art. 15.2 del PIDCP y el art. 7.2 del CEDH (ver los puntos 2, 4, 5, 6, 8 de los Presupuestos del presente escrito);

3.- de la Causa especial n° 003/0020587/2008, seguida ante el Tribunal Supremo a instancia de Da. Carmen Negrín Fetter, a fin de acreditar la inaplicación absoluta en aquella de los artículo 15 del PIDCP y 7 del CEDH por la Sala Penal de la Audiencia Nacional integrada en parte por Magistrados que han prestado juramento de comunión en los ideales de la “Cruzada-Movimiento Nacional” (ver en el **documento anexo n° 12** a nuestro escrito de 27 de noviembre de 2009 la querrela interpuesta por la presunta resolución injusta adoptada a sabiendas por dicha Sala Penal en el Auto de 2 de diciembre de 2008);

4.- de la Causa especial N° 20048/2009, incoada por el Tribunal Supremo contra el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción n° 5, acusado de prevaricar por dictar el Auto de 16 de octubre de 2008, a fin de acreditar a) la aplicación por el Juez de Instrucción del artículo 15.2 del PIDCP; b) la inaplicación absoluta de éste en los Autos de la Sala II del Tribunal Supremo que admiten a trámite dicha querrela, integrada por mayoría de Magistrados que han prestado juramento de comunión en los ideales de la “Cruzada-Movimiento Nacional”; c) la imputación de delito al Juez de Instrucción en el citado Auto de 3 de febrero de 2010, dictado por un Magistrado que prestó juramento de lealtad al Caudillo, D. Luciano Varela Castro.

5.- del acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General Poder Judicial de 9 de febrero de 2010, presidida por el Excmo. Sr. D. Carlos Dívar (que juró lealtad al Caudillo), a fin de

5.1 acreditar la decisión de iniciar el procedimiento de separación de su cargo del Juez Central de Instrucción No. 5 tras recibir, dicho Consejo General, el citado Auto de 3 de febrero de 2010 dictado por el Magistrado Instructor D. Luciano Varela (que juró lealtad al Caudillo), remitido por éste al Excmo. Sr. Presidente de la Sala II del Tribunal Supremo, D. Juan Saavedra Ruiz (que juró lealtad al Caudillo), y por éste al Consejo General –ver el **documento aquí anexo n° 2-** a pesar de no ser un Auto firme como se demuestra en el **doc. aquí anexo N°. 3** (recurso de apelación interpuesto ante la Sala II del Tribunal Supremo integrada, a su vez, por mayoría de Magistrados que juraron lealtad al Caudillo).

5.3. acreditar el efecto de esta articulación entre Magistrados juramentados en su lealtad al Caudillo para castigar a quien aplique el artículo 15 del PIDCP según la doctrina del TEDH. Se aporta el Auto de 8 de febrero de 2010 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que invoca el citado Auto no firme del Instructor Sr. Varela para alzarse contra el artículo 15.2 del PIDCP y la doctrina del TEDH:

“resulta procedente señalar que el Auto de 03/02/10 dictado por el Excmo. Sr. Magistrado del Tribunal Supremo D. Luciano Varela Castro sobre la admisión a trámite de la querrela interpuesta contra el titular del Juzgado Central de Instrucción N° 5 con motivo de la incoación de la causa de la que proceden las presentes actuaciones deja bien claro en su RJ 4, E) N° 4 que se trata de un procedimiento penal que nunca debió ser incoado por referirse a un delito prescrito y amnistiado” (doc. aquí anexo N° 4, página 4).

En su virtud,

A LA SALA DEL ARTÍCULO 61 DE LA LOPJ SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito con los documentos anexos y sus copias, se sirva admitirlo; tener por ejercitado el derecho de mi representada a un Tribunal imparcial y, en consecuencia, por formulada respetuosa recusación del Excmo. Sr. Presidente y los restantes miembros de la Sala que han prestado juramento de fidelidad al “Caudillo” y/o a los “Principios fundamentales del Movimiento nacional”, s.e.u.o. los Excmos. Sres. D. José Carlos DÍVAR BLANCO; D. Ramón TRILLO TORRES; D. Angel CALDERON CEREZO; D. Juan SAAVEDRA RUIZ; D. Gonzalo MOLINER TAMBORERO; D. Aurelio DESDENTADO BONETE; D. Mariano DE ORO-PULIDO LÓPEZ; D. Román GARCIA VARELA; D. Carlos GRANADOS PÉREZ; D. José Luís CALVO CABELLO, así como, en su caso, el correspondiente sustituto que hubiere prestado dicho juramento de lealtad; por instado que admita la prueba propuesta y acuerde su práctica; tener por instada la celebración de vista pública del presente incidente, y tenga a bien acordarlo.

OTROSI DIGO: Que solicito a la Sala que señale día y hora a fin de que la señora recusante pueda ratificarse en presencia judicial.

En su virtud,

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

Madrid, 24 de febrero de 2010

La recusante

Ldo. Joan E. Garcés i Ramon
Colegiado N° 18.774
IC de Abogados de Madrid

Procurador

PRUEB DOCUMENTAL APORTADA

1.-ANEXA A NUESTRO ESCRITO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2009

Nº

1. Escrito de 21 de octubre de 2008 del Ministerio Fiscal a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Expediente 34/2008), instando la nulidad del Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5 en base a una doctrina que no aplica el principio de legalidad en conformidad con lo dispuesto en los arts. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH

2. Escrito de 5 de noviembre de 2008 de Da. Carmen Negrín Fetter a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (Expediente 34/2008), en que invoca la aplicación efectiva en España de lo dispuesto en los arts. 15.2 del PIDCP y 7.2 del CEDH

3. Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional, Sala Penal (Expediente 34/2008), que acoge, con el razonado voto en contra de tres Magistrados, la petición del Sr. Fiscal de anular el Auto de 16-10-2008 del JCI nº 5, instado por el cauce del art. 23 de la LECriminal

4. Informe de 31 de julio de 2009 del Ministerio Fiscal en el procedimiento ante el Tribunal Supremo (Rº de queja: 5/20150/2009) contra el Auto de 2-12-2008 de la Audiencia Nacional, fundamentado en la no aplicación efectiva de lo dispuesto en los artículos 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP

5. Inhibitoria planteada por Da. Carmen Negrín ante la Sala II del Tribunal Supremo (Expte. nº 006/0020544/2008)

6. Copia del Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, *Iustitia*, núm. 7 (junio-julio de 1944), cuya página 50 describe el significado del Juramento de lealtad al “Caudillo” y al “Movimiento Nacional” de la promoción de jueces de 1944, según D. Eduardo Dívar, Presidente de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo

7. Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Proc. Abreviado 399/2006 V), el primero que desde el 1 de abril de 1931 no cierra sus puertas a las víctimas de crímenes de lesa Humanidad cometidos en España

8. Auto de 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (Proc. Abreviado 399/2006-V), sobre el carácter de delito continuado de algunos de los crímenes que investiga

9. El Auto de 26 de mayo de 2005 de la Sala Penal del Tribunal Supremo (Causa especial nº 20048/2009), que acuerda investigar la comisión de un presunto delito de prevaricación por el primer Juez que aplica los arts. 7.2 del CEDH y 15.2 del PIDCP en relación a crímenes de lesa humanidad cometidos en España en conexión con una insurrección armada.

10. El escalafón de Magistrados, cerrado en fecha 31 de enero de 2007, que al ingresar en la carrera judicial antes del 5 de julio de 1977 habrían prestado juramento de lealtad en comunión con los ideales de la “Cruzada-Movimiento Nacional”

11. Decisión de 23 de julio de 2009, y su motivación teológica, del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Excmo. Sr. D. Carlos Dívar, en una materia legal que entra en conflicto con valores personales

12. Querrela interpuesta por Da. Carmen Negrín el 10.12.2008 (Causa especial nº 003/0020587/2008), por la presunta resolución injusta adoptada a sabiendas por determinados Magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional en el Auto de 2 de diciembre de 2008 (Expediente 34/2008)

ANEXA A NUESTRO ESCRITO DE 8 DE FEBRERO DE 2009

El Auto de 3 de febrero de 2010 de la Sala Penal del Tribunal Supremo, en la Causa especial nº 003/0020587/2008, que considera delictivo interpretar la ley de amnistía de 15 de octubre de 1977 conforme a la doctrina del TEDH citada en el presente escrito.

ANEXA AL PRESENTE ESCRITO

1.-Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, *Iustitia*, núm. 7 (junio-julio de 1944), cuya página 50 describe el significado del Juramento de lealtad al “Caudillo” y al “Movimiento Nacional”.

2.- Información de prensa sobre la decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, el 9 de febrero de 2010, de iniciar el procedimiento de suspensión del Magistrado-Juez Central de Instrucción Nº 5, acusado de haber cometido un delito al interpretar la ley de amnistía española en conformidad con el artículo 15.2 del PIDCP y la doctrina del TEDH.

3.- Recurso de apelación del Magistrado-Juez de Instrucción Central No. 5, fundado en la aplicación efectiva del artículo 15 del PIDCP y la doctrina del TEDH, interpuesto el 9 de febrero de 2010 frente al Auto de 3 de febrero de 2010 dictado por el Magistrado Instructor D. Luciano Varela, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que prestó juramento de lealtad al Caudillo y a los Principios del Movimiento Nacional.

4.- Auto de 8 de febrero de 2010 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que invoca el Auto no firme del Instructor Sr. Varela de 3 de febrero anterior para alzarse contra el artículo 15.2 del PIDCP y la doctrina del TEDH.