

Secretaría: Ilma Sra. Da. María Antonia Cao Barreda  
R° de queja: 20150/2009  
Contra Auto de 1 de diciembre de 2008 de Sala Penal de la Audiencia Nacional (Pleno)  
Expte. 34/2008 sobre competencia (art. 23 LECrim)

## **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 (JCI5), 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 de noviembre que en su HECHO I menciona el Auto de 1.12.2008 de la Sala de lo Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso de súplica interpuesto por mi mandante contra el Auto de 7 de noviembre de 2008 de la misma Sala.

El Auto de 5 de noviembre de 2010 desestima el recurso de queja contra el Auto de 26.02.09 de la Audiencia Nacional que denegó tener por preparado el recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008.

En este Auto la Audiencia Nacional prohibió al Juzgado Central de Instrucción Nº 5, al margen de los recursos establecidos en la ley, practicar diligencias de investigación en el Sumario 53/2008 sobre crímenes de genocidio, lesa humanidad y otros conexos, en particular dar asistencia judicial al descubrimiento de la fosa común donde se presume que yace el poeta Federico García Lorca, en tanto la Audiencia Nacional decidía cuál era el Juzgado competente.

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

Con el debido respeto, 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 en cuanto que en su Fallo desestima el recurso de queja contra el Auto de 26.02.09 de la Audiencia Nacional, y solicito que se retrotraigan al momento inmediatamente anterior de su dictación. Baso mi pretensión en los antecedentes y fundamentos de derecho que paso a exponer en el orden siguiente:

	<u>Página</u>
<u>Antecedentes procesales</u>	3
Seis Magistrados de la Sala que dictó el Auto de 1-12-2008 consideran que éste viola los derecho de acceso al proceso, a ser oído, al debido proceso ante jueces imparciales	8
<u>El Auto de 1.12.2008 es recurrible en casación según criterios consolidados de la Sala Penal del Tribunal Supremo</u>	10
1er criterio. Resuelve una cuestión de competencia por el cauce del art. 23 LECrim	11
2º criterio. Tiene carácter definitivo (art. 848 LECrim)	12

3er criterio. Infringe garantías constitucionales (arts. 852 y 851.6 LECrim)	12
4º criterio. Deniega la práctica de pruebas pertinentes (art. 850.1º LECrim)	15
5º criterio. Ha sido pronunciado en el ámbito del art. 25 LECrim	16
<u>Motivos del recurso de casación alegados frente al Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional</u>	16
<u>FUNDAMENTOS DEL INCIDENTE DE NULIDAD DEL AUTO DE 10.11.2010 DEL TRIBUNAL SUPREMO</u>	17
Denegación del derecho de acceso a un recurso establecido en la Ley	17
Denegación de justicia. No repuesta a la pretensión formulada	18
Incongruencia omisiva	20
Discriminación en la aplicación de la ley	20
Denegación de justicia en cuanto a actos de genocidio y lesa humanidad denunciados antes de que fallezcan todos sus autores, víctimas y testigos	21
Vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas	24
Vulneración del derecho de acceder al recurso de súplica previo al de casación	25
Vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley	28
SUPLICO	29
Otrosí	29
Documentos anexos	32

\*\*\*\*

## ANTECEDENTES PROCESALES

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

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 actos de naturaleza genocida y crímenes contra la Humanidad.

2. Según consta en los autos, en fecha 7 de noviembre de 2008 la recurrente tuvo conocimiento de la siguiente publicación en los medios digitales:

*“La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha suspendido cautelarmente la apertura de fosas de la Guerra Civil y el franquismo hasta que se dirima si el juez Baltasar Garzón es competente para hacerse cargo de la investigación. Los 15 magistrados de la Sala han celebrado un Pleno extraordinario a petición de la Fiscalía en el que han adoptado la medida solicitada por el Ministerio Público. Los magistrados han apoyado la decisión por 10 votos a cinco. (...)”*

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

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

4. 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. Invocaba “*el artículo 223<sup>1</sup> y concordantes de la LOPJ*” e instaba a los recusados que comunicaran la propuesta “*a la Sala de Gobierno de la*

---

<sup>1</sup> Art. 223: “*La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.*”

*Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2<sup>2</sup> de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225<sup>3</sup> y ss. del mismo cuerpo legal”.*

6. La causa legal de la recusación es la prevista en el nº 10 del artículo 219 de la LOPJ (inciso Tercero, III del Motivo Primero del escrito de recusación), apoyada en la doctrina de la Sentencia del TEDDHH en el caso *Castillo Algar c. Espagne*, de 28 de octubre de 1998.

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>4</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 nº 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 nº 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*

---

<sup>2</sup> El artículo 224 regula la instrucción de “los incidentes de recusación.”

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

<sup>4</sup> Págs. 4 a 7, punto 2.3.

*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 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. El principio de prueba guarda relación con la causa de recusación invocada y no es descartable *prima facie*, a saber:

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

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

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

- a) *de los señalamientos previstos para el 7 de noviembre de 2008;*
- b) *de los señalamientos suspendidos en esa fecha, identificando el objeto de cada uno de los mismos, la causa de su suspensión, la hora de la misma, quién la ordenó y la finalidad alegada para ello;*

3. *que el responsable del Registro correspondiente de la Sala de lo Penal informe de la fecha y hora en la que el Sr. Fiscal presentó el escrito dirigido a la Sala de lo Penal y deliberado en la reunión del Pleno de 7 de noviembre de 2008;*

4. *que se recabe informe del Juzgado Central de Instrucción n° 5, y, en particular, sea éste oído acerca de si el Sr. Fiscal ha impugnado jamás ante el Juzgado alguna de las resoluciones acordadas en las Diligencias Previas 399/2006 y/o en el subsiguiente Sumario 53/2008, con Indicación, en su caso, del recurso que*

*aquel hubiere interpuesto y la resolución acordada por el Instructor.*

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

9. En el Otrosí se solicitaba el 8 de noviembre de 2008:

“ (...) ***el recibimiento a prueba del incidente*** y, en particular, la siguiente:

1. *que el Sr. Secretario de la Sala de lo Penal informe*
  - *de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia o instancia judicial, que constara haber planteado cuestión de competencia al Juzgado Central de Instrucción N° 5;*
  - *de la identidad del órgano de la Audiencia Nacional, o de cualquiera otra Audiencia, que constara estar investigando los mismos delitos que el Juzgado Central de Instrucción N° 5 sin haber planteado cuestión de competencia;*
  - *de la identidad de todos los Excmos. Sres. Magistrados asistentes a la reunión del Pleno de la Sala de 7 de noviembre de 2008 y, en particular, la de quienes fueron del parecer de*
  - *que la petición del Sr. Fiscal no fuera notificada a las demás partes personadas;*
  - *que éstas no fueran oídas antes de pronunciarse sobre la petición del Sr. Fiscal;*
  - *que se eximiera al Sr. Fiscal de interponer recurso de reforma ante el Juzgado Central de Instrucción antes de recurrir al Pleno de la Sala a impugnar las diligencias sobre las que versó la deliberación del día 7 de noviembre de 2008;*
2. *que el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y de cada una de las Secciones de la misma informe*
  - a) *de los señalamientos previstos para el 7 de noviembre de 2008;*
  - b) *de los señalamientos suspendidos en esa fecha, identificando el objeto de cada uno de los mismos, la causa de su suspensión, la hora de la misma, quién la ordenó y la finalidad alegada para ello;*
3. *que el responsable del Registro correspondiente de la Sala de lo Penal informe de la fecha y hora en la que el Sr. Fiscal presentó el escrito dirigido a la Sala de lo Penal y deliberado en la reunión del Pleno de 7 de noviembre de 2008;*
4. *que se recabe informe del Juzgado Central de Instrucción n° 5, y, en particular, sea éste oído acerca de si el Sr. Fiscal ha impugnado jamás ante el Juzgado alguna de las resoluciones acordadas en las Diligencias Previas 399/2006 y/o en el subsiguiente **Sumario 53/2008**, con Indicación, en su caso, del recurso que aquel hubiere interpuesto y la resolución acordada por el Instructor.*
- 5 *Que se oiga a cada uno de los Excmos. Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal sobre los hechos expuestos en el presente escrito.”*

10.- El artículo 60 de la LECrim dispone que “*cuando el recusado no se inhibiere por no considerarse comprendido en la causa alegada, se mandará formar pieza separada*”.

11.- El 6 de noviembre de 2008, al no haber sido informada de la inhibición, ni de la formación de la pieza separada prevista en el art. 60 de la LECrim., ni de la

comunicación a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, la recurrente ha comunicado a esta última la propuesta de recusación y solicitado:

- a) requerir a la Sala de lo Penal la aportación del Expte. 34/2008, incluido el escrito de proposición de recusación y sus documentos anexos;
- b) instruir el proceso de recusación y formar la Sala especial prevista en el art. 69 de la LOPJ;
- c) acordar la práctica de la prueba propuesta y, tras los trámites procesales pertinentes,
- d) sustituir a los Señores Magistrados recusados,
- e) sin perjuicio de la nulidad de pleno derecho de un eventual acto procesal posterior al 9 de noviembre de 2008 en el que hubieren concurrido los Señores Magistrados mientras estaban recusados (Sentencias de 6 de noviembre de 1993, RJ 1993\8285; de 9 de julio de 1999, RJ 6207\1999; de 14 de junio de 1999, RJ 5675\1999).

12.- El 9 de diciembre de 2008 la Audiencia Nacional notificó el Auto del día 1 anterior que, sin haber dado nunca traslado a la recurrente del escrito del Sr. Fiscal de 7 de noviembre de 2008 ni oírle al respecto, desestimaba el recurso de súplica del 7 de noviembre de 2008 contra la resolución de esta misma fecha.

**13. Seis Magistrados de la Sala que dictó el Auto de 1-12-2008 consideran que éste viola los derecho de acceso al proceso, a ser oído, al debido proceso ante jueces imparciales**

En estos términos fundamentan los Magistrados su voto particular

- *“la decisión vino a poner en crisis el proceso mediante su clausura anticipada, ya que la misma causa que ha motivado la conclusión del incidente abreviado de competencia ex art. 23 LECrim clausura fue la única y exclusiva que sustentaba aquella decisión, al margen del proceso e inaudita parte”* (FD 2);

- *“se intentaba sustentar la orden de paralización total del proceso en un expediente extraordinario, de plano y sin ulterior recurso según el art. 23 de la LECrim, además sin audiencia de las partes personadas en nombre de las víctimas, incidente del que la Sala ha realizado una lectura preconstitucional aceptando sin sólidas razones de urgencia un diálogo bilateral y reservado con el Fiscal”* (FD3);

- *“el Juez Central es un órgano de la legalidad frente al que la Sala no debió, al margen del proceso, pretender enseñarle la correcta interpretación de un precepto”* (FD4);

- *“la adopción de esa orden de paralización del proceso se hizo, como denuncia la recurrente Sra. Negrín Fetter, sin escuchar a las partes, se decir en nuestra opinión con vulneración del proceso debido que significa derecho de defensa, derecho humano básico según el orden jurídico interno e internacional”* (FD6);



- “las tres resoluciones dictadas por el Juez Central de Instrucción sólo podían ser impugnadas por la vía de los recursos de reforma y de apelación. Por lo tanto, la Sala corrigió la aplicación que el Juez Central había hecho del art. 22.2 de la LEcrim...desentendiéndose de las garantías del proceso debido y vulnerando el derecho de las partes a intervenir y hacerse oír” (FD 7).

14.- El citado Auto de 1 de diciembre de 2008 rechaza *a limine litis*, igualmente, la respetuosa propuesta de recusación formulada el 9 de noviembre de 2008, considerando que: “1. (...) *La parte no ha recusado a magistrado alguno (...). Las opiniones jurídicas vertidas en resoluciones judiciales no son causa de abstención ni de recusación*”.

15. El día 16 de diciembre de 2008 mi representada ha presentado un escrito en el que suplicaba:

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

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

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

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

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

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

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

20. En Auto de la misma fecha 26 de febrero de 2009 la Sala de lo Penal determinó tener por no preparado el recurso casación contra el Auto de 1-12-2008.

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

22. 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.

23. En Auto de 5 de noviembre de 2010 el Tribunal Supremo ha inadmitido a trámite el recurso de queja contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional.

\*\*\*\*

## II

### **El Auto de 1.12.2008 de la Audiencia Nacional es recurrible en casación según criterios consolidados de la Sala Penal del Tribunal Supremo**

Siguen los motivos desarrollados en el escrito de preparación del recurso de casación.

## 1er criterio alegado frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional

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 de la Sala Penal 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. Se ha invocado la doctrina de esta Sala 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. Crim. 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).*

- 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).

\*\*

### **2º criterio alegado frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional**

El art. 848 de la LECrim. y el art. 5.4 de la LOPJ en relación con los arts. 24, 10.2 y 9.3 de la Constitución abren el cauce de la casación a los Autos con carácter definitivo dictados por las Audiencias, como lo es el de 1-12-2008 que de hecho ha puesto fin anticipado al proceso.

\*\*

### **3er criterio alegado frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional**

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 concreto, **cabe recurso de casación cuando haya 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 (STS 542/2006, de 23 mayo, Ponente Excmo. Sr. D. Ramón Soriano, FJ1, RJ 2006\3576).

En la especie han concurrido con su voto a aprobar el Auto de 1.12.2008 Sres. Magistrados cuya recusación ha sido intentada, en tiempo y forma, el 9 de noviembre anterior, fundada en causa legal e instando el Suplico comunicarla *“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”*.

I

El Tribunal *a quo* ha infringido el art. 24 de la Constitución puesto que, en conformidad con los artículos 238.3º y 240.1 de la LOPJ, la no tramitación del incidente de recusación y la ulterior resolución por los recusados del recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de 7 de noviembre de 2008 vicia de nulidad absoluta el Auto de 1 de diciembre de 2008 (abstracción hecha del contenido y sentido del Fallo de 1-12-2008), por haberse infringido las normas esenciales del procedimiento de recusación y causar indefensión.

En particular, se ha infringido el art. 24 de la Constitución en relación con los arts. 233(3), 224(1)(1º); 225, párrafos 1, 3 y 4 ; 227 (3º) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y los arts. 52, 53, 54 (en relación con el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), 556, 56, 57, 59, 607, 618, 62, 63 (a), 64, 65, 66, 67, 68(d) y 69 de la LECrim.

## Jurisprudencia

1. Conforme a la doctrina de la Sala II del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 3 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8013, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Soto Nieto):

**“SEXTO.- (...) Si suscitada la cuestión de posible presencia de alguna de las causas de abstención enumeradas en el artículo 219 de la LOPJ, no fuese subseguida de la abstención del Juez o Magistrado -artículo 221-, por no estimarlo procedente, queda abierto el cauce procesal de la recusación, cuidadosamente ordenado en la Ley. (...)**

FJ 7º. “La propia Ley Orgánica del Poder Judicial pone de relieve en el capítulo V del Libro III que intitula «De la abstención y recusación», esa simbiosis o íntima relación entre la «profiláctica» o preservadora primera medida a adoptar antelativamente por el Juez, y la «terapéutica», por iniciativa de parte, instando el apartamiento del Magistrado del conocimiento del caso en aras de garantizar al máximo la imparcialidad, neutralidad y objetividad del órgano decisorio. Compendiosamente dispone el artículo 217 de la LOPJ que «los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal». (...).

2. la Sala Segunda en su Sentencia de 28 julio de 1999 (RJ 1999\6662, Ponente Excmo. Sr. Bacigalupo) ha estudiado un recurso interpuesto contra la Sentencia condenatoria de 6-4-1998 de la Audiencia Provincial de Huelva pronunciada después que en Auto de 2-4-1998 inadmitiera de plano la recusación planteada, y ordenó que se retrotraigan las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior al mismo. Los antecedentes de este caso son los siguientes:

- la Sala de la Audiencia, presidida por el Magistrado recusado, decidió no admitir a trámite el incidente de recusación. Ante este hecho el Tribunal Supremo considera:

**“5. La cuestión planteada ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales, entre los que destaca el reciente del TEDH en el caso «Castillo Algar», de 28-10-1998 (TEDH 1998\51) y la STS (Sala 2ª) núm.. 569/1999 (RJ 1999\3314). La cuestión, por lo tanto, tiene su base en el art. 6 CEDH y en el art. 24.2 Constitución Española. (...)**

*Se debe considerar si la resolución de la recusación es ajustada a Derecho. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa, dado que el Tribunal «a quo» incumplió lo prescrito por el art. 225 LOPJ, resolviendo la admisión a trámite una Sala de la que formaba parte el propio Magistrado recusado, en lugar de pasar la causa al conocimiento del Tribunal sustituto como ordena la disposición citada. Tal procedimiento implica la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar el fin de la recusación en el sentido del art. 240.1 LOPJ, es decir, una resolución que no puede ser adoptada por el mismo recusado, sino por un Tribunal imparcial. (...)*

*En consecuencia, el Auto de 2-4-1998, por el que se inadmitió a trámite la recusación formalizada por el acusado es nulo de pleno derecho y las resoluciones dictadas a continuación también lo son.”*

3. En congruencia con su doctrina, es práctica de la Sala II del Tribunal Supremo – cuando ella misma ha sido recusada- admitir a trámite el incidente, designar instructor y tramitarlo conforme a lo legalmente previsto, recibirlo a prueba y que sea resuelto, en su caso, por Sala Especial del Tribunal Supremo denominada del art. 61 de la LOPJ. Así se constata en el Auto de 16 de junio de 1999 (RJ 1999\5879), en un caso donde la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2003 (RTC 2003\229) reitera (FJ 10º) que

*“el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación «implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente» (SSTC 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).*

4. Es doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, interpretando el art. 6.1 del Convenio, que en materia de derecho a un tribunal imparcial incluso las apariencias revisten importancia, puesto que en ello va la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable (SS. Garrido Guerrero c. España, de 2-3-2000, p. 115; Rojas Morales v. Italia, de 16-11-2000, p. 32; Campbell et Fell c. Reino Unido, de 28-6-1984, p. 85, entre muchas otras).

## II

En conformidad con el artículo 238, puntos 3º y 6º, y 240.1 de la LOPJ, la no tramitación del incidente de recusación, y la ulterior resolución por los recusados del recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de 7 de noviembre de 2008 (abstracción hecha del Fallo de 1-12-2008 y su sentido), vicia de nulidad absoluta el Auto de 1 de diciembre de 2008 (abstracción hecha del Fallo y su sentido), por infringir los artículos 24.1 y 24. 2 de la Constitución que amparan el derecho a la tutela judicial efectiva, a la igualdad entre las partes en el procedimiento, a un tribunal imparcial, a un juicio con todas las garantías, a formular recusación y a la no indefensión.

### Fundamentación

1. No siendo arbitraria la invocación de la causa legal de recusación, es de aplicación la doctrina reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) de 20 julio de 1999 (RTC 1999\136), que recuerda en su FJ 5 que desde la STC 47/1982 este Tribunal viene diciendo que no puede llevarse a cabo la inadmisión de una propuesta de recusación

*“en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente» (fundamento jurídico 3º).”*

2.- La inadmisión a trámite no siendo constitucionalmente aceptable en el orden formal o material, aquella ha ocasionado indefensión a mi representada en cuanto a su derecho a un tribunal imparcial.

3.- Se ha desconocido el derecho de la recurrente

3.1 a formular recusación como remedio procesal para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (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 2002\155], F. 2);

3.2 derecho que integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación «*implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente*» (SSTC 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).

4.- La resolución de 1 de diciembre de 2008 no ha aplicado

4.1 la jurisprudencia constitucional según la cual “*el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional*” (STC de 18 diciembre de 2003 [RTC 2003\229]);

4.2 la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiterada en su Sentencia de 17 de junio de 2003 (caso Pescador Valerio c. España) y en la Sentencia de 22 de julio de 2008 del caso *Gómez de Liaño c. España*), según se ha razonado en las páginas 8 a 9 del doc. anexo nº 3 al recurso de queja.

\*\*

#### **4º criterio alegado frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional**

Contra la denegación de la práctica de diligencias de prueba debe formularse protesta (arts. 659 y 285 de la LECrim, éste de aplicación subsidiaria), como presupuesto del ulterior recurso de casación (art. 850.1º LECrim).

Las diligencias suspendidas por el Auto de 1.12.2008 son constitutivas de prueba de delitos investigados en el Sumario 53/2008, y han sido declaradas pertinentes por el Juez Instructor. Su suspensión por tiempo indefinido, sin designar órgano judicial competente para practicarlas, equivale a su denegación definitiva.

La utilización de los medios de prueba pertinentes integra el contenido de un derecho fundamental contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.

\*\*

### **5º criterio alegado frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional**

El 18 de noviembre de 2008 el Juzgado de Instrucción dictó un Auto de inhibición 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 inhibición “*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 inhibición del Juez de Instrucción, caso en el que no cabría recurso de casación (v. arts. 25 y 848 LECrim).

Bien al contrario, dicho Auto de la Audiencia Nacional ha entrado en la esfera del artículo 25 de la LECrim. -que regula la inhibición 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 inhibición.

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 de esta Sala 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 Organismo 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.*”

\*\*

### **Motivos de casación alegados frente al Auto de 1-12-2008 de la A. Nacional**

[Página 16 del escrito de 16-11-2008 de preparación del recurso de casación]

1. Por infracción de precepto constitucional, al amparo del 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ; en relación con los arts. 24.1 y 2, 9.3, 10.2 de la Constitución, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva; al derecho de la persona al proceso



con todas las garantías; sin dilaciones indebidas; a acceder a los recursos previstos en la ley; a la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia y de la indefensión; al juez predeterminado por la ley, en el que se integra el derecho al tribunal imparcial, por sí solos y también relación con el art. 6.1 CEDH, ratificado por España el 26 de septiembre de 1974, y en el art. 14.1 del [Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966](#), ratificado por España el 27 de abril de 1977 y que, en conformidad con el art. 96 de nuestra Constitución, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español.

2. Por quebrantamiento de ley, por el cauce del art. 849.1º y 2º de la LECrim.

3. Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 851, punto 6º de la LECrim.

\*\*\*\*

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

### **I**

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.

### **II**

En conformidad con el artículo 241.1 de la LOPJ, una parte legítima puede pedir por escrito que se declare 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. No es susceptible de recurso alguno, pone fin al proceso en el que es parte la recurrente e infringe garantías amparadas por la Constitución.

### **III**

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

Vulneración del Art. 24.1 de la Constitución

El recurrido Auto de 5.11.2010 fundamenta el Fallo en una sola Sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, la núm. 1038/2009 de 3 noviembre ([RJ 2009\7826](#), Ponente Excmo. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre). Consultada ésta, ha sido dictada en un recurso de casación contra actos en ejecución de sentencia sobre suspensión de condena o sustitución de las penas privativas de libertad. Supuestos no comparables ni aplicables

a los del presente procedimiento, dimanante de una cuestión de competencia planteada por el cauce del art. 23 de la LECrim..

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

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

A su vez, la citada Sentencia 1038/2009 de 3 noviembre aplica la doctrina de la [Sentencia de 07-05-2002 n° 850 \(RJ 2002, 5958\)](#), Ponente Excmo. Sr. Ramos Gancedo), 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).*

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".*

#### IV

#### **Denegación de justicia. No repuesta a la pretensión formulada**

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 imprejuzada 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 1 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 nulidad de 16 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional, y

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

## V

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

No ha valorado en modo alguno las pretensiones formuladas en el en el recurso de queja y, por consiguiente, tampoco las del recurso de nulidad de 16 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 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 16 de diciembre de 2008 y subsidiariamente de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional.

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).

## VI

### **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 víctima de los delitos investigados en el Juzgado Central de Instrucción N° 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, impunes, la Sala de lo Penal ha cambiado consolidados criterios en la aplicación de la Ley y de la Constitución española.

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

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 la Sala Penal está obligada a respetar y aplicar de manera efectiva.

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

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

## VIII

### **Denegación de justicia. Impide la investigación judicial de actos de genocidio y lesa humanidad denunciados antes de que fallezcan autores, víctimas y testigos**

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 cierre de los Tribunales de España a las víctimas de los actos de naturaleza genocida, crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y otros investigados en el Sumario del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 y que el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional prohíbe investigar, 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 encardina en el tiempo con decisiones interrelacionados con el presente procedimiento adoptadas por la Sala Penal del Tribunal Supremo, que predeterminan el sentido de aquel. Las resumimos a

continuación, acompañando los documentos de prueba posteriores a la fecha de interposición del recurso de queja:

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 investigar los referidos delitos de naturaleza genocida y lesa humanidad (Auto de 1 de diciembre de 2008, del que toma causa el presente recurso de queja);

2. acto seguido, la Sala Penal del Tribunal Supremo en la Causa Especial N° 20048/2009:

2.1. admite a trámite las querellas interpuestas por personas identificadas con la impunidad de los referidos delitos contra el Juez que inició la investigación de la que toma causa este procedimiento (**documento anexo n° 1**);

2.2. hace supuesto de la cuestión y afirma que estarían prescritos y amnistiados tales actos de genocidio y lesa humanidad (Auto de 26 de mayo de 2009, FJ 4º, documento anexo n° 2);

2.3. anticipa que comparte (Auto de 23 de marzo de 2010, docs. anexo nos. 3 y 4)

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

tras lo cual el Juez Instructor imputa al Juez Central de Instrucción N° 5 de prevaricación por haber incoado Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad (Auto de 7 de abril de 2010, págs. 13-14, doc. anexo n° 5), y en el Auto de 11 de mayo “ordena” al Tribunal Supremo abrir el juicio oral ante una Sala integrada por los mismos Magistrados que han dictados los Autos de 26 de mayo de 2009 y 23 de marzo de 2010 (docs. anexo nos. 6 y 7);

2.4. en las Providencias de 8 de junio de 2009, 18 y 26 de mayo de 2010 de mayo de 2010 deniega personarse en la Causa Especial N° 20048/2009 y ser oídas a las partes denunciadas en las referidas Diligencias Previas 399/2006 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 (docs. anexos nos. 8 a 11);

2.5. en el Auto de 3 de febrero de 2010 (docs. anexos nos. 12 y 13) el Instructor de la Sala Penal desestima el recurso de súplica del Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Central N° 5 contra la resolución de admitir que partidarios de la impunidad le imputen delito por aceptar a trámite las denuncias en que mi representada acusa

*“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. 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 8 a 11). 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 del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2010 ha criminalizado la cuestión de competencia para resolverla como una “cuestión prejudicial penal” en la Causa especial No 3/220048/2009, donde no se ha admitido como partes a las partes personadas en las Diligencias Previas del JCI5 (doc. anexo n° 14).

4. En este contexto, admitir el recurso de queja en el presente procedimiento hubiera podido ser interpretado en el sentido de que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no tiene decidido que es delito investigar en sede judicial los crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos contra el grupo nacional de los republicanos españoles, algo que parecería contradictorio con el contenido y sentido de las resoluciones adoptadas en la Causa Especial N° 20048/2009.

El Fallo del Auto de 5 de noviembre de 2010 emerge así como un acto procesal predeterminado, por necesario, en el continuado cierre de los tribunales españoles a la investigación y enjuiciamiento de los referidos delitos de genocidio y contra la Humanidad cometidos contra el grupo nacional español partidario de la forma republicana de gobierno. Lo que constituye una manifiesta vulneración de la Constitución española interpretada y aplicada (art. 10.2) en conformidad con el CEDH y la doctrina del TEDH, según la cual 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 Convenios 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).

El Auto de 5 de noviembre de 2010 constituye, por este motivo, un abierto desafío a la aplicación efectiva de los artículos 24, 25, 14, 10.2, 9.3 de la Constitución española en conformidad con el Convenio Europeo de DD. HH.

## IX

### **Vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas**

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

El desconocimiento de esta garantía a la recurrente ha sido tan flagrante que ha llevado a varios magistrados de la Sala Penal de la Audiencia Nacional ha formular el voto discrepante con el Auto de 1 de diciembre de 2008 que se resume en el Antecedente 13 del presente escrito, cuya fundamentación comparte la recurrente y tiene aquí por íntegramente reproducida en apoyo del presente motivo de nulidad.



Se significa, además, que

1. El Auto de la Sala Penal priva a la recurrente de todo órgano judicial que investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008 del Juzgado Central de Instrucción N° 5;
2. El medio utilizado para cometer el acto de denegación de justicia es un fraude de ley (del art. 23 LECrim.), pues
  - 2.1 el Auto de 18.11.2008 del Juez Instructor de inhabilitación parcial a favor de Juzgados territoriales que estima competentes al no haber sido impugnado por el Fiscal ha quedado sin contenido el incidente del artículo 23 LECrim.;
  - 2.2 El Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional **no ha designado cuál sería el órgano judicial competente** para investigar los delitos objeto del citado Sumario 53/2008.
3. El Auto de 5-11-2010 del Tribunal Supremo consolida el abuso de derecho y la mala fe del Fiscal en el presente Expediente, así como la arbitrariedad del Auto de 2 de diciembre de 2008 de la Audiencia Nacional, que arbitrariamente anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 del Juzgado Central N° 5, así como la casi totalidad de la prueba practicada, lo que causa indefensión y daño a las víctimas de los delitos cuya investigación ha sido prohibida.

Vulneración del art. 24 de la Constitución.

## X

### **Vulneración del derecho de acceder al recurso de súplica previo al de casación**

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

El Auto de 5-11-2011 de la Sala Segunda consuma la arbitraria e infundada inadmisión del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2008, como se ha alegado oportunamente en aquel:

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

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 Trib. Supremo del art. 61 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)).

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

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

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

Interpuesto Rº de nulidad, 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 TEDDHH 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 TEDDHH 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 invoca 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 2-12-2008,
- la independiente propuesta nueva de recusación que se formula en el Otrosí Segundo de la misma súplica.

## XI

### Vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley

Art. 24 CE.

1. La declaración de incompetencia del Juzgado Central de Instrucción que efectúa el Auto recurrido es contraria a criterio reiterado del Tribunal Supremo en materia de competencia.

Tiene afirmado la Sala II del Tribunal Supremo:

*“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, RJ2008\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>5</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,*

---

<sup>5</sup> GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, pág. 437.

*por la averiguación de nuevos datos, de que esa causa no ha existido). **Así: muerte del inculpado común** por dos o más delitos en que haya participado con personas diferentes; o sobreseimiento parcial respecto de él, con la consiguiente apertura del juicio respecto de los demás procesados (cfr 634 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 inculpación por ellos. Pero si concluyo 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>6</sup> (subrayado nuestro).*

Por consiguiente, el juez predeterminado por la ley es en la especie el Juzgado Central de Instrucción n° 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.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** Que teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo; tener 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 al Auto de 5 de noviembre de 2010; tener por instada la nulidad de pleno derecho del mismo 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 contra el Auto de 1 de 26 de febrero de 2009 del Pleno de la Sala de la Audiencia Nacional que inadmitió el recurso de nulidad de 16 de diciembre de 2008 y subsidiario de preparación del recurso de casación contra el Auto de 1 de diciembre de 2010; y declarar tener por preparado el recurso de casación, mandando al Tribunal *a quo* que expida la certificación de la resolución impugnada y practique 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 7 y 27 de noviembre y 1 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 recurso 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

---

<sup>6</sup> Ibid., pág. 450. Las cursivas son del autor, el subrayado nuestro.

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 recurso 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 Salas de la Audiencia Nacional y el 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 recurso 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 SUPLICO**: que sin paralización de la causa objeto del Sumario 53/2008, suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos de 7 y 27 de noviembre y 1 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 recurso, incluido, en su caso, en el recurso de amparo.

Madrid, 26 de noviembre de 2010

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Joan E. Garcés', written over a horizontal line.

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

## **RELACION DE DOCUMENTOS ANEXOS**

Actos procesales dimanantes de la causa en el JCI5 en el origen del presente procedimiento, vinculados al mismo, y sobrevenidos después de interpuesto el recurso de queja contra el Auto de 1-12-2008 de la Audiencia Nacional dictado por la Sala Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional

### **Doc.**

1. Sala II del Tribunal Supremo admite a trámite querrela contra el Juez Central de Instrucción N° 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 (Causa especial 20048/2009)
2. 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 (FJ4°)
3. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). Recurso de apelación del Juez Central de Instrucción N° 5 de 9-02-2010
4. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 23 de marzo de 2009 desestima el R° de apelación de 9-02-2010 y anticipa que comparte las valoraciones del Juez Instructor de la Causa Especial 20048/2010
5. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor en Causa Especial 20048/2010 imputa al JCI5 delito de prevaricación por haber incoado Diligencias Previas sobre los referidos actos de genocidio y lesa humanidad
6. Sala II del Tribunal Supremo. R<sup>a</sup> de reforma de 10-04-2010 frente a Auto de 7 de abril de 2010 del Instructor en Causa Especial 20048/2010
7. Sala II del Tribunal Supremo. Auto de 11 de mayo de 2010 de apertura del juicio oral en la Causa Especial 20048/2010
8. Sala II del Tribunal Supremo. Personación el 4-06-2009 de víctimas de actos genocidas en la Causa Especial 20048-2010
9. Sala II del Tribunal Supremo - Providencia de 8-06-2009 inadmite personación en la Causa Especial 20048-2010 de las víctimas que denunciaron los delitos impunes ante el JCI5
10. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009). R° de Súplica de las víctimas de 12-06-2009 c Providencia de 8-06-2010
11. Sala II del Tribunal Supremo - Auto de 17-06-2009 inadmite R° de Súplica de 12-06-2009 c Providencia de 8-06-2010 en la Causa Especial 20048-2010



12. 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

13. Sala II del Tribunal Supremo (Causa especial 20048/2009)- R<sup>a</sup> de apelación c Auto de 3-02-2010

14. 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 planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial con el JC15 (Recursos 6/200380/29009 y 006/0020431/2009)