

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
Ponente Excmo. Sr. D. Ramón Trillo López
R° de queja: 5/20150/2009
Audiencia Nacional, Sala Penal (Pleno)
Expte. 34/2008 sobre competencia

A LA SALA ESPECIAL DEL ARTICULO 61 L. O. P. J. DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, y **Da. MARÍA JOSÉ MILLAN VALERO**, Procuradora de los Tribunales y de Don Ángel Sanz Encinas, de la Asociación Memoria Histórica do 36 do Pontearreas, Asociación Cultural Memoria Histórica de Ferrol, de Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Arucas, Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera (Córdoba), Associació Cultural Memòria i Justícia d'Elx i Comarca", Asociación contra el Silencio y el Olvido y Por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga, Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar el 18 de Julio, Grup per la Recerca de la Memòria Històrica de Castelló, Héroes de la República y la Libertad, Izquierda Republicana de Castilla y León, Salamanca Memoria y Justicia,

según consta en los autos, ante la Sala comparecemos y como mejor proceda en derecho, **DECIMOS**:

En fecha 17 de mayo de 2010 se nos ha notificado el Auto del anterior día 23 de abril que rechaza *a limine* la respetuosa propuesta de recusación formulada por los recurrentes en cuanto a los Excmos. Sres. integrantes de la denominada Sala del artículo 61 LOPJ que en su día juraron lealtad al Caudillo y a los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional (en lo sucesivo “el Auto”). Con el debido respeto, se interpone recurso de súplica teniendo presente la consideración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso Streltetz y otros c. Alemania:

*“Es fácil imaginar un asunto análogo en el que (...) **altos magistrados** (...) **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»? (subrayado nuestro).*

Basan su pretensión en los antecedentes y fundamentos de derecho que se exponen en el orden siguiente: **Página**

Antecedentes	2
Fundamentos de derecho	11
I Cabe recurso de súplica contra el Auto de 23 de abril de 2010	11
II La propuesta de recusación reúne los requisitos para su admisión a trámite	11
III La causa de pedir y los hechos en que se basa han sido alterados	12
IV Trascendencia del objeto del recurso	13
SUPPLICO	14
Documentos anexos	15

ANTECEDENTES

1. En la respetuosa propuesta de recusación se ha alegado que “interpretar y aplicar el Código Mercantil, la Ley de Arrendamientos Urbanos o la que prohíbe el tráfico de tráfico de estupefacientes, por ejemplo... no parece plantear, en principio, un conflicto de intereses con el juramento de comunión con la “Cruzada-Movimiento nacional” y lealtad al “Caudillo” (Fto. 14), en lo sucesivo “el juramento”.

Distinto es el presente caso. En la página 1ª del escrito de interposición del incidente se dice:

“concorre 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).

La Sentencia Tribunal Constitucional núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), reitera en cuanto al PIDCP:

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

**

2. Los recurrentes han afirmado albergar “*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’.*”

**

3. El Auto recurrido ha inadmitido *a limine* el incidente por considerar la causa de recusación un “*abuso de derecho, fraude de ley o procesal, ilusoria*” (FJ 2º). La parte dispositiva se fundamenta, entre otros motivos que consideraremos más adelante, en que “*la transición (...) se produjo (...) ‘de la ley a la ley’(...)*” (pág. 8). Esta frase es de D. Torcuato Fernández Miranda, alto dignatario del Movimiento Nacional. No podemos seguir a la Sala por este camino. La causa de pedir del incidente no es “la transición” ni “el proceso constituyente” sino una cuestión estrictamente jurídica que reposa en la doctrina del TEDH, que, como decimos en la primera página, ya ha tenido ocasión de plantearse esta cuestión en el caso Stretetz, a la que responde:

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

85. En efecto, el Tribunal recuerda que bajo el ángulo del artículo 7, § 1, por más clara que pueda ser la redacción de una disposición penal, cualquier sea el sistema jurídico, hay inevitablemente un elemento de interpretación judicial y habrá siempre que dilucidar los puntos dudosos y adaptarse a los cambios de situación (sentencias SW y CR c. Reino Unido, 22 de noviembre de 1995, Serie A Nos. 335-B 335-C, pp. 41-42, §§ 34 -36, y pp. 68-69, §§ 32-34, respectivamente – párrafo 45 más arriba). (...).”
(caso K.H.W. c. Alemania, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (TEDH 2001\230), citado en las págs. 15-16 de nuestro escrito de 4-03-2010).

**

4. ¿Algunos “*altos magistrados que han participado ellos mismos en la creación de la «práctica» judicial de impunidad*” se sienten interpelados cuando los recurrentes piden adaptarse a los cambios de situación en los términos que ampara el TEDH? Juzgue la Sala: en el Auto de 3 de febrero de 2010 dice un Magistrado que prestó el juramento (doc. unido a nuestro escrito de 8 de febrero de 2009):

“No es razonable pensar que nos encontráramos ante una especie de conspiración de silencio [ante los crímenes de genocidio y lesa humanidad del Movimiento Nacional] de la que serían protagonistas todos quienes le precedieron en el escalafón judicial y en el del Ministerio Fiscal” (página 51)

e inculpa de prevaricación al Juez que ha aplicado el art. 15 del PIDCP a los delitos denunciados por los recurrentes

**

5. El comienzo de prueba del conflicto objetivo obra en el incidente y en la documental unida, consistente en resoluciones adoptadas en el presente caso por la Sala Penal del Tribunal Supremo dirigidas a expulsar de la Magistratura a quien aplica el PIDCP, el CEDH y el Convenio contra el genocidio a los hechos denunciados por los recurrentes.

El Estado de derecho actual obliga a los órganos judiciales a aplicar los convenios internacionales (artículo 10.2 de la Constitución; art. 5 LOPJ). Sin embargo, en el presente caso tras las denuncias formuladas por los recurrentes ante el JCI5 algunos Magistrados de la Sala Penal del Tribunal Supremo lo han criminalizado.

**

6. Los recurrentes han razonado en derecho que los Excmos. Sres. Magistrados que prestaron el juramento de lealtad al Caudillo y al Movimiento Nacional también han jurado o prometido lealtad a la Constitución de 1978, y presumen la buena fe en ambos juramentos. El conflicto objetivo ha sido corroborado en nuestro escrito de 4 de marzo de 2010, a saber que ningún Fiscal o Juez que ha prestado el primer juramento ha investigado los actos de naturaleza genocida denunciados, el primer Juez que lo ha intentado ha sido incriminado por quienes juraron lealtad al Movimiento Nacional.

7. El Auto de 3 de febrero de 2010 del Instructor Excmo. Sr. Luciano Varela fija el marco establecido en el Auto del JCI5º, de 16-10-2008 (docs. anexos a nuestro escrito de 8 de febrero de 2009 y 27 de noviembre de 2009, respectivamente), en base a las denuncias de los aquí recurrentes:

*“detención ilegal, basadas en un **‘plan sistemático y preconcebido de eliminación de oponentes políticos’**...algunos denunciantes 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, subrayado nuestro),*

Según el alto magistrado (Auto de 3-02-2010) es delictiva la investigación judicial de estas denuncias, por los motivos que han aducido los querellantes partidarios del Movimiento Nacional (**doc anexo No 6**, acusación de Falange Española y de las JONS, de 19 de abril de 2010).

Sin embargo, como hemos dicho en nuestro escrito de 4-3-2010, págs. 19-20, en el caso Streletz y otros la STEDH 2001\229 afirma:

*[El art. 7.2 CEDH] « constituye una excepción al principio «nullum crimen, nulla poena sine lege praevia» (...) [al] principio de legalidad («Legalitätsprinzip») (...) 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»¹.

La alta magistratura que penaliza investigar estos delitos en España no diferencia los delitos de genocidio y contra la Humanidad de otros que pudieran estar amnistiados, sin que ello implique la amnistía de los primeros. Así, en Francia, Touvier se había beneficiado tanto de la prescripción como de la amnistía en algunos delitos cometidos entre 1940 y 1944 contra adversarios del fascismo, pero ello no fue óbice para que el 19 de abril de 1994 fuera condenado a cadena perpetua por otro de sus delitos, éste de lesa humanidad.

Según la doctrina del TEDH los delitos de genocidio y lesa humanidad

- no son prescriptibles -ver en nuestro escrito de 4-3-2010 la pág. 9, casos contra Estonia acumulados de *August Kolk y Petr Kislyiy*, donde el TEDH tras estudiar en 2204 -a la luz del CEDH, ratificado en 1991- actos cometidos en 1944, reitera que el párrafo 2 del artículo 7 del CEDH

«prevé expresamente que no se opone al juicio y castigo de una persona culpable de una acción u omisión que, en el momento de cometerse, era delictiva según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, como ocurre con el crimen contra la humanidad, cuya imprescriptibilidad ha sido consagrada por el estatuto del Tribunal de Nuremberg (Papon c. France (nº 2) (dic.), nº 54210/00, CEDH 2001-XII, y Touvier c. France, nº 29420/95, decisión de la Comisión de 13 de enero de 1997, Decisiones e informes 88-A, p. 148)»; sin perjuicio de que “por lo demás, los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que fueron cometidos. Estonia ha adherido al Convenio sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad el 21 de octubre de 1991. El Tribunal no ve razón alguna para cuestionar la manera cómo las jurisdicciones internas han aplicado e interpretado el derecho interno a la luz de las disposiciones pertinentes del derecho internacional».

En la Sentencia del caso *Kononov c. Lituania*, de 24 de julio de 2008, para. 146, el TEDH estudia un crimen de guerra cometido en mayo de 1944. El TEDH tras constatar que

-el art. 6.c) del posterior Estatuto del Tribunal de Nüremberg, de fecha posterior -1945- reconoce los crímenes contra la humanidad cometidos antes o después de la II Guerra Mundial

- la validez universal de los principios sobre imprescriptibilidad de estos crímenes fue después confirmada, entre otras, en la resolución 95 de la AG de la ONU (11.12.1946), y más tarde por la Comisión de Derecho Internacional, concluye que

¹ 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].

<p><i>“Accordingly, responsibility for crimes against humanity cannot be limited only to the nationals of certain countries and solely to acts committed within the specific time frame of the Second World War (...)The Court reiterates that Article 7 § 2 of the Convention expressly provides that this Article shall not prejudice the trial and punishment of a person for any act or omission which, at the time it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations. This is true of crimes against humanity, in respect of which the rule that they cannot be time-barred was laid down by the Charter of the Nuremberg International Tribunal (see Papon v. France (no. 2) (dec.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, and Touvier v. France, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 161)”</i></p>	<p><i>“En consecuencia, la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede ser limitada sólo a nacionales de algunos países y sólo a actos cometidos dentro de un período temporal de la Segunda Guerra Mundial (...). El Tribunal reitera que el artículo 7.2 del Convenio expresamente dispone que este Artículo no debe evitar el juicio y castigo de una persona por cualquier acto u omisión que, en el tiempo en que fue cometido, era criminal según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así en cuanto a los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales la norma de que no prescriben fue establecida por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nüremberg (ver Papon c. Francia (no. 2) dic.), no. 54210/00, ECHR 2001-XII, y Touvier c. France, no. 29420/95, Commission decision of 13 January 1997, Decisions and Reports 88-B, p. 161)”</i></p>
---	--

En esta Decisión el TEDH considera imprescriptibles los delitos identificados en el artículo 1 del Convenio de NNUU sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26-11-1968, que dispone:

“Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

*a) **Los crímenes de guerra** según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, sobre todo las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;*

*b) **Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz**, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945 y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos” (subrayado nuestro).*

- no son amnistiabiles -ver en nuestro escrito de 4-3-2010 las págs. 9-10- como insiste el caso Ould Dah c. Francia, de 17 de marzo de 2009:

*“El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha declarado en 1994, en su comentario general n° 20 sobre el artículo 7 del Pacto Internacional, haber advertido que algunos Estados habían concedido una amnistía por actos de tortura, al tiempo que precisaba: **“la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar***

tales actos; de garantizar la protección contra tales actos en su jurisdicción; de velar para que no se reproduzcan en el futuro. Los Estados no pueden privar a los particulares del derecho a un recurso útil, incluido el derecho a una indemnización y a una reparación lo más completa posible”.

Al igual que el Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas y el TPIY, [el TEDH] considera que la amnistía es generalmente incompatible con el deber que tienen los Estados de investigar tales actos. (...)

No cabe cuestionar por tanto la obligación de perseguir tales hechos concediendo la impunidad a su autor mediante la adopción de una ley de amnistía susceptible de ser calificada de abusiva respecto del derecho internacional» (pág. 17, subrayado nuestro).

Sigue diciendo el citado Auto de 3 de febrero de 2010 del Excmo. Sr. Varela:

- *“Es manifiestamente irrazonable ignorar la prescripción de los delitos de ‘detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima’” (p. 36) (...) La transmutación del delito de detención ilegal sin dar razón del paradero en el delito de desaparición forzada como delito de lesa humanidad, no solo es jurídicamente inaceptable y ajena a cualquier interpretación usual, sino irrelevante a estos efectos de toma en consideración de la prescripción” (p. 38, énfasis en el original);*

Queda así demostrada la negativa a aplicar la doctrina del TEDH en relación al art. 7 del CEDH (que reproduce el art. 15 del PIDCP). Como demuestra el citado caso Kolk y Petr Kislyiy c. Estonia, el TEDH considera que su doctrina sobre el art. 7 se aplica a hechos cometidos en 1944, a pesar de que el CEDH fue ratificado en 1991 por el país donde en 2003 se juzgan aquellos (Decisión de 7 de 17-01-2006).

La incriminación que hace el Auto pronunciado por la alta magistratura que prestó el juramento es, asimismo, contraria a la doctrina del TEDH en materia de desapariciones forzadas, como la Sala del art. 61 ha podido leer en nuestro escrito de 4-3-2010 (págs. 12-13):

“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 cuanto 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.

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. Ukraine², donde la demandante 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.”

² No. 34056/02, §§ 184-186, ECHR 2005, Sentencia de 8 de noviembre de 2005, puntos 184-186, subrayado nuestro.

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

- 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. Se funda el Auto aquí recurrido, asimismo, en que “*para que pudiera formar parte de la Sala del artículo 61 LOPJ algún Magistrado no afectado por la misma causa de recusación esgrimida...habría que afrontar la tramitación y resolución, en forma sucesiva, de una interminable serie de incidentes de recusación que alcanzaría a numerosos Magistrados...*” (página 8).

Con el debido respeto, no es este argumento oponible a la imperativa obligación de garantizar un tribunal imparcial a los recurrentes (artículo 6 CEDH; art. 24.2 CE).

En la Cámara de los Lores, durante el procedimiento de extradición a España del general Pinochet (1998-1999) llegaron a formarse hasta tres tribunales sucesivos, con composición totalmente diferente, tras haber sido recusado uno de los jueces que pronunció la primera sentencia (25-11-1998). Anulada ésta por un segundo tribunal, el asunto fue deliberado y resuelto por un tercer tribunal, que pronunció la sentencia final y definitiva que el 24 de marzo de 1999 concedió la extradición a España. Los Lores de la Ley garantizaron el derecho a un tribunal imparcial, y no hay razón para que no lo haga el Tribunal Supremo español a las víctimas de los crímenes del Movimiento Nacional.

Tanto en el Tribunal Constitucional español (Auto núm. 81/2008 de 12 marzo, RTC 2008\81 AUTO, con cinco de sus Magistrado recusados y dos abstenidos, de un total de doce), como en el TEDH, se han planteado casos en que la recusación ha afectado a un porcentaje superior de sus miembros al que podría alcanzar la presente habida cuenta del número total de Magistrados con que cuenta el Tribunal Supremo.

8. Como hecho nuevo sobrevenido después de interpuesta la recusación se aportan, al amparo del art. 286 LECiv, manifestaciones adicionales de la denegación, por la Magistratura que prestó el juramento, de garantías establecidas en el artículo 7 del CEDH en relación con los artículos 2, 3, 5, 13 del mismo:

1.- La Providencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2010, conocida el 20 de abril de 2010 a través de medios de comunicación, que criminaliza la cuestión de competencia negativa nº 6/200380/29009 planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial, de una parte, y el Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional (**doc. anexo No 1**),

2.- El Auto de 7 de abril de 2010, que imputa comisión de un delito de prevaricación al Juez –que no prestó el juramento- que admitió a trámite las denuncias de mis representados sobre crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos por el Movimiento Nacional e impunes (**doc. anexo no. 2**).

3.- El Auto de 11 de mayo de 2010, en el mencionado Excmo. Instructor “ordena” a la Sala Penal del Tribunal Supremo abrir juicio oral al Ilmo. Sr. Magistrado que interrumpió la impunidad y, además, incluso designa la composición de la Sala que deberá dictar sentencia sobre el fondo. (**Documento anexo No 3**) .

Estas tres resoluciones tienen como consecuencia material mantener el continuado cierre de los Tribunales a los delitos denunciados. Las querellas de partidarios del Movimiento Nacional son el vehículo para que ningún órgano judicial reabra la investigación incoada en las Diligencia Previa 399/2006, ya que una vez concluido el proceso en la Causa Especial NO será posible dilucidar en el recurso de queja del que dimana el presente incidente..

4.- La Sentencia del TEDH en pleno (Gran Sala), de 17 de mayo de 2010, que confirma la arriba citada decisión en el caso Kononov v. Lituania (**documento anexo No 4**) a hechos ocurridos en mayo de 1944. Cuarenta y seis años después, en mayo de 1990, Lituania adhirió al CEDH. En juicio celebrado el 30 de abril de 2004 el Tribunal condenó al autor de los hechos de 1944 en virtud de lo dispuesto en una enmienda de 6 de abril de 1993 al Código Penal lituano de 1961.

El TEDH considera que esta condena es conforme con el art. 7 del CEDH al ser la enmienda de 1993 en el Código penal conforme con los principios establecidos, en normas y precedentes de derecho internacional consuetudinario y convencional aplicables también a crímenes de lesa humanidad, entre otros en los Convenidos de La Haya de 1899 y 1907; en el Estatuto de agosto de 1945 del Tribunal de Nüremberg y su Sentencia de 1946; en el Estatuto del Tribunal de Tokio de 1946 y su Sentencia de 1948; en los “Principios de Nüremberg” aprobados en 1950 por la Comisión de Derecho Internacional; en el Convenio de las NNUU de 26 de noviembre de 1968 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad, de 26 de noviembre de 1968; en el Convenio europeo de 1974 sobre la no aplicabilidad de la prescripción a los crímenes de guerra y contra la humanidad.

Esta Sentencia aplica principios y normas de derecho internacional consuetudinario, vigentes en España antes y después del 17 de julio de 1936, a la sanción de actos no tipificados en el código penal interno (ver en particular los puntos 144, 186, 196, 199, 203, 207, 208, 215, 229, 232, 233, 236, 241, 243).

Conclusión: Las resoluciones de la Sala Penal del Tribunal Supremo obrantes en el presente incidente y adoptadas por Excmos. Sres. Magistrados que prestaron el juramento de lealtad al Caudillo y al Movimiento Nacional, su radical e incompatible oposición a la doctrina del TEDH en cuanto a la aplicación efectiva el art. 7 del CEDH (art. 15 del PIDC), demuestran que tiene fundamento el temor de los recurrentes a la parcialidad del Tribunal en este específico caso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

Cabe recurso de súplica contra el Auto de 23 de abril de 2010

El recurso se formula al amparo de los arts. 223 LOPJ; 236 LECrim y 107 LECiv, en relación con el art. 24.1 de la Constitución española (CE), tal como son aplicados por el Tribunal Supremo (Sala del art. 61 LOPJ) en el Auto núm. 8/1999 de 28 febrero (RJ 2001\5275, FD 1º), y por el Tribunal Constitucional (Auto núm. 192/2007 (Pleno), de 21 marzo -RTC 2007\192, FJ 3, que cita los Autos en igual sentido 64/1984, de 2 de febrero -RTC 1984, 64, y 136/2002, de 22 de julio -RTC 2002, 136).

II

La propuesta de recusación reúne los requisitos para su admisión a trámite

Ha cumplido con los requisitos formales, ha aducido la causa en que legítimamente se funda, ha establecido los hechos que le sirven de fundamento, aportando la prueba de los mismos, y no es descartable *prima facie*.

La STC núm. 136/1999 (Pleno), de 20 julio (RTC 1999\136) reitera en su FJ 5 que

“Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar «por incumplimiento de los requisitos formales [...], por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión 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).”(subrayado nuestro).

En el presente caso el Auto recurrido constata en sus antecedentes 1 a 3 que los requisitos formales están reunidos. No basta que el FD 3 diga que la causa de pedir es descartable *prima facie*, pues esta aseveración reposa en la alteración de la causa de pedir, como razonamos en el motivo siguiente en relación con los antecedentes del presente escrito.

Por consiguiente, en propiedad, el incidente ha sido inadmitido en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje de los hechos y de la pretensión (FD 4). El recurso de suplica debiera, pues, prosperar por este motivo.

III

La causa de pedir y los hechos en que se basa han sido alterados

1. Un comunicado público del Tribunal Supremo el 23 de abril de 2010 ha alterado la causa de pedir en su declaración a los medios de comunicación, tres semanas antes de redactar, firmar y notificar el Auto. El comunicado dice así (subrayado nuestro):

*“En la mañana de hoy, la Sala Especial prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ha resuelto inadmitir a limine, sin necesidad de tramitación, por manifiesta carencia de fundamento, las siguientes recusaciones: 1.- Las planteadas en relación con la mayoría de los Magistrados de dicha Sala por haber jurado, **al ingresar** en la Carrera Judicial, los Principios Fundamentales del Movimiento” (Documento anexo N° 5).*

Este comunicado altera los hechos que motiva la recusación, a saber el temor de los recurrentes a que algunos Magistrados del Tribunal no apliquen **hoy** “*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’*”, que permanecen impunes.

2. ¿El contenido sesgado de la Nota de Prensa del 23-04-2010 ha influenciado la redacción ulterior del propio Auto? Éste ni siquiera menciona una vez el PIDCP, cuando la causa de pedir está fundamentada en que su aplicación efectiva puede plantear el mencionado conflicto objetivo.

El Auto es incongruente con la cuestión planteada a la Sala.

3. Tras alterar la causa de pedir y desconocer los hechos en que se funda el incidente, el Auto lo califica de ilusorio, abuso de derecho y fraude de ley.

4. Por consiguiente el Auto no habiendo efectuado la labor de interpretación de la norma –el art. 15 del PIDC, que ha ignorado- y de subsunción en ella de los “hechos” – que ha ignorado- carece manifiestamente de fundamento concluir que estos son “ilusorios, espurios y contrarios a la buena fe”.

5. Debe sustanciarse previamente el incidente, según la doctrina del Tribunal constitucional (SS.TC 47/1982; 136/1999, Pleno).

La inadmisión *a limine* es, pues, incongruente y arbitraria, dicho sea con respeto; ha causado indefensión efectiva material a los recurrentes y vulnera los artículos 6 y 13 del CEDH y 24.2 de la CE.

IV

Trascendencia del objeto del recurso

1. El presente recurso se fundamenta en el artículo 47 de la Carta de derechos Fundamentales de la Unión Europea que garantiza el derecho a un proceso justo. En dicho artículo, afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): “*contrariamente al artículo 6 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos], la Carta no limita este derecho a las impugnaciones sobre ‘derechos y obligaciones de carácter*

civil' o acusaciones en materia penal', y tampoco reenvía a decisiones relativas a dichas impugnaciones"³.

2. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 162/1999) y la del Tribunal Supremo afirman la posibilidad de una interpretación no restrictiva de las causas de recusación remontándose al principio de imparcialidad y, a partir de éste, deducir otras causas de abstención y recusación no contempladas expresamente en el listado legal. Así el Tribunal Supremo en Pleno ha reconocido expresamente que:

“los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados o convenios internacionales suscritos por España, en materia de derechos y libertades públicas, pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación” [Auto de 1º de Octubre de 1997, Sala del art. 61 LOPJ, RJ 1998\928].

Esta doctrina ha sido aplicada por la Sala Penal del Tribunal Supremo en el Auto de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995\2130) y, en particular, en la Sentencia de 22 noviembre de 2001 (RJ 2002\6027). Es aplicable a la causa de recusación del presente incidente en virtud de los razonamientos que hemos expuesto.

3. ***Nemo iudex in causa propria*** Los artículos 24.2 de la CE y 6.1 del CEDH reconocen el derecho a un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio. Es obligación del juzgador no ser « **juez y parte** » ni « **juez de la propia causa** », lo que se traduce en que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte

Esta obligación no ha sido respetada, los propios recusados han inadmitido a trámite el incidente. Por consiguiente el Auto ha vulnerado el artículo 6.1 del CEDH; ha privado a los recurrentes del derecho a determinar, de manera imparcial, si la composición del Tribunal ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima en cuanto a la imparcialidad, no ha aplicado la doctrina que el TEDH reiterada en la Sentencia (Gran Sala) de 15 de octubre de 2009 (caso Micallef C. Malte, p. 99): *“los procedimientos nacionales destinados a garantizar la imparcialidad (...), expresan la preocupación del legislador nacional de suprimir toda duda razonable en cuanto a la imparcialidad del juez o de la jurisdicción concernida y constituyen una tentativa de asegurar la imparcialidad eliminando la causa de preocupación en la materia (...) garantizar la ausencia de verdadera toma de partido... de parcialidad...y reforzar así la confianza que los tribunales de una sociedad democrática se deben de inspirar al público”*.

En su virtud,

A LA SALA SUPLICO: Que teniendo por presentado este escrito y los seis documentos anexos, se sirva admitirlo; tener por interpuesto respetuoso recurso de súplica frente al Auto de 26 de abril de 2010, acuerde dejarlo enteramente sin efecto y, en su lugar, acuerde la admisión a trámite y sustanciación de la respetuosa propuesta de recusación según los trámites legalmente establecidos; tener por instado que admita la

³ **AFFAIRE MICALLEF c. MALTE** (Requête n° 17056/06) ARRÊT STRASBOURG, 15 octobre 2009, p. 32.

prueba propuesta y acuerde su práctica, la celebración de vista pública del presente incidente, y tenga a bien acordarlo.

Madrid, 24 de mayo de 2010

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Joan E. Garcés', with a long horizontal flourish extending to the right.

Ldo. Joan E. Garcés
Colegiado No. 18.774
.Madrid

Ldo. Fernando Magán Pineño
Colegiado 317
Colegio de Abogados Talavera

DOCUMENTOS ANEXOS

Numero

1.- Providencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2010, que criminaliza la cuestión de competencia negativa nº 6/200380/29009 planteada por los Juzgados de Instrucción de Granada y El Escorial, de una parte, y el Juzgado de Instrucción Central nº 5 de la Audiencia Nacional,

2.- Auto de 7 de abril de 2010, en que un Excmo. Sr. Magistrado Instructor que prestó el juramento imputa comisión de un delito de prevaricación al Ilmo. Sr. Magistrado-Juez –que no prestó el juramento- que admitió a trámite las denuncias de nuestros representados sobre crímenes de genocidio y lesa humanidad cometidos por el Movimiento Nacional e impunes..

3.- Auto de 11 de mayo de 2010 en que el mismo Instructor “ordena” a la Sala Penal del Tribunal Supremo abrir juicio oral al Ilmo. Sr. Magistrado que interrumpió la impunidad y, además, designa la composición de la Sala que deberá integrar el Tribunal que dictará sentencia sobre el fondo.

4.- Sentencia del TEDH en pleno (Gran Sala), de fecha 17 de mayo de 2010, en el caso Kononov v. Lituania, sobre hechos ocurridos en mayo de 1944. Cuarenta y seis años después, en mayo de 1990, Lituania adhirió al CEDH. En juicio celebrado el 30 de abril de 2004 el Tribunal condenó al autor de los hechos de 1944 en virtud de lo dispuesto en una enmienda de 6 de abril de 1993 al Código Penal lituano de 1961. El TEDH confirma la aplicación efectiva del art. 7 del CEDH (art. 15 del PIDCP)

5. Comunicado público del Tribunal Supremo el 23 de abril de 2010, que altera la causa de pedir de los recurrentes

6. Acusación de Falange Española y de las JONS de 19 de abril de 2009 contra el Ilmo. Sr. Juez, al que imputa delito por haber admitido a trámite las denuncias de los recurrentes de actos de genocidio y lesa humanidad cometidos e impunes en España. Esta acusación ha sido admitida a trámite por la Sala Penal del Tribunal Supremo.