

## **AL PLENO DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL**

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según acredito con la escritura de Poder que obra en las actuaciones, comparezco ante la Sala y respetuosamente, en la representación que ostento, DIGO

Que en fecha 9 de diciembre de 2008 se me ha notificado el Auto del 2 de diciembre anterior que acuerda “*declarar la falta de competencia objetiva del Juzgado Central de Instrucción número cinco para la investigación de los hechos y presuntos delitos a que se refiere el Auto de 16 de octubre de 2008 y, en consecuencia, dejar sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el Auto de 18 de noviembre de 2008 (...)*”.

Que estimando mi representada que dicho Auto le causa perjuicio y es contrario a Derecho, dicho sea en ánimo de defensa, con el debido respeto interpongo frente al mismo recurso de súplica y subsidiariamente de casación. Baso mi pretensión en los antecedentes y fundamentos de derecho que siguen, según el siguiente orden:

	<u>Página</u>
Antecedentes procesales	2
Requisitos de admisibilidad del recurso de súplica y subsidiario de casación	7
I. Requisitos de admisibilidad del recurso de súplica	7
Motivos del recurso de súplica	10
<u>Subsidiariamente:</u> preparación del recurso de casación	21
Requisitos de admisibilidad del recurso de casación	21
Motivos del recurso subsidiario de casación	23
SUPLICO	24
OTROSI: ratificación de la propuesta de recusación de 9-11-2008; subsidiariamente, nueva y autónoma propuesta de recusación	21
SEGUNDO OTROSI: petición de suspensión cautelar de los Autos de 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008	29

## ANTECEDENTES PROCESALES

1. Mi representada es acusadora particular en el Sumario 53/1988 que instruye el Juzgado Central de Instrucción nº 5. En esta condición se ha personado el 27 de octubre de 2008 en el presente Expte. 34/2008 y ha formulado el siguiente 7 de noviembre recurso de nulidad contra el Auto de 7 de noviembre de 2008 y, el 9 de noviembre de 2008, la respetuosa propuesta de recusación que el artículo 53 de la LECriminal confiere como derecho “*al acusador particular o los que legalmente representen sus acciones y derechos*”.

2.- La propuesta de nulidad del Auto de 7.11.2008 y la de recusación fueron hechas en cuanto mi representada tuvo noticia, por la prensa, de lo ocurrido en la reunión de la Sala del 7 de noviembre de 2008.

En el encabezamiento del escrito de recusación invocó “*el artículo 223<sup>1</sup> y concordantes de la LOPJ*” y en el Suplico instó al Excmo. Sr. Presidente de la Sala y a los nueve Ilmos. Sres. Magistrados identificados en dicho escrito que se abstuvieran del conocimiento del procedimiento por concurrir causa legal y comunicaran la propuesta de recusación “*a la Sala de Gobierno de la 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*”.

3.-El artículo 57.2 de la LECrim. dispone que “*cuando el recusante no estuviere presente, firmarán sólo el Letrado y el Procurador*” (interpretado en la S. de 20 de enero de 1984, RJ 1984\364).<sup>4</sup>

Mi representada tiene su domicilio habitual en Francia y no pudiendo firmar el escrito de recusación por no hallarse en Madrid el 9 de noviembre de 2008, instruyó que fuera firmado por su Procurador, con Poder especial para “*promover la recusación de señores Jueces y Magistrados*” (doc. anexo nº 1 al escrito de recusación).

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

---

<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.*”

<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> AGUILERA DE PAZ, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, T. 1, Madrid, 1923, pp. 401-403, declara que “*si interviene en virtud de poder, como sus facultades se rigen por los términos de éste, o sea por las facultades otorgadas, claro y evidente resulta que si el poder tiene una cláusula especial facultando al procurador para recusar, esa facultad concedida implica la autorización concedida, porque al otorgarla el poderdante, implícitamente se obliga a estar y pasar por el uso que de ella se hiciere.*”

5. Los hechos que sirven de fundamento a la recusación son anteriores, externos y ajenos al Fallo notificado el 9 de diciembre de 2008 (Auto de 2-12-2008). Están descritos en el escrito de 9 de noviembre de 2008, en los ANTECEDENTES (puntos 6 a 15), que damos aquí por reproducidos y reafirmados en su integridad.

6. Los motivos de la recusación (págs. 7 a 14) son anteriores, externos y ajenos al sentido del Fallo notificado el 9 de diciembre de 2008 (Auto de 2-12-2008). Están descritos en el escrito de 9 de noviembre de 2008, que damos aquí por reproducido y reafirmado en su integridad;

7. El principio de prueba invocado en el meritado escrito de 9 de diciembre de 2008 guarda relación con la causa de recusación invocada, no es descartable *prima facie*, y los damos aquí por reproducidos en su integridad;

8. En el Otrosí se solicitó:

“ (...) **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*
  - 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 nº 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.*
6. *Las demás pruebas que procedan.”*

9.- 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*”.

La literalidad, finalidad y contexto del SUPPLICO y OTROSI del escrito de 9 de diciembre de 2008 no ofrece duda lógica ni racional en cuanto a que desde dicha fecha está propuesta la recusación de los referidos diez Sres. Magistrados, y solicitado que se comunique la misma a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional “*a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal*”.

10.- El 6 de noviembre de 2008, al no haber sido informada de la inhibición, ni de la formación de la pieza separada del art. 60 de la LECrim., ni de la comunicación a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, mi representada 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).

**Doc. aquí anexo nº 1.**

11.- El 9 de diciembre de 2008 me ha sido notificado el Auto del día 1 anterior en que, sin previa notificación del escrito del Fiscal de 7 de noviembre de 2008, desestima el recurso de nulidad interpuesto el 7 de noviembre de 2008 contra el Auto de igual fecha.

## 12. Incidencia material concreta de la resolución de 2 de diciembre de 2008

12.1 En incidente de competencia ha sido planteado por el Fiscal por el cauce del artículo 23 de la LECrim., sin que ningún otro órgano judicial estuviera investigando los mismos hechos delictivos, en particular que la insurrección armada 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 los graves crímenes contra la Humanidad que pueden sintetizarse

- a) en cifras (cuando España tenía menos de 25 millones de habitantes)
  - más de trescientas mil (300.000) españoles ejecutados;
  - más de tres millones cuatrocientas (3.400.000) españoles víctimas de otros delitos contra la Humanidad (trabajos forzados; cárcel en condiciones inhumanas, torturas sistemáticas y generalizadas; secuestro de los hijos; confiscación de bienes; expulsiones masiva de los puestos del trabajo; desplazamiento forzado de población);
- b) en la identidad de cada uno de estos españoles, precisada en las fichas individuales que se conservan en los archivos del Alcalá, según ha declarado el 14 de noviembre de 2008 un alto responsable de los Archivos del Reino de España (doc. anexo nº 7 a nuestro escrito sobre cuestión inhibitoria de 28 de noviembre de 2008);
- c) más de treinta mil españoles sustraídos a sus padres biológicos y con identidades alteradas (ver el Auto de 18-11-2008 del citado Juzgado Central).

12.2 Se acompaña copia de algunos hechos citados en el Auto de 16 de octubre de 2008 del Juzgado de Instrucción y documentados en el Sumario 53/2008:

12.2.1. Nota que el General Emilio Mola entrega al Delegado de D. Alfonso Carlos de Borbón en el Monasterio de Irache el 15 de junio de 1936, en la que dice **(doc. anexo nº 3)**:

*“Tan pronto tenga éxito el movimiento nacional, se constituirá un Directorio, que lo integrarán un Presidente y cuatro vocales militares (...) El Directorio ejercerá el poder con toda amplitud, tendrá la iniciativa de los decretos leyes que se dicten (...) Los primeros decretos leyes que se dicten serán los siguientes: A) Suspensión de la Constitución de 1931. B) Cese del Presidente de la República y miembros*

*del Gobierno. C) Atribuirse todos los poderes del Estado, salvo el judicial, que actuará con arreglo a las leyes y reglamentos preestablecidos que no sean derogados o modificados por otras disposiciones. D) Defensa de la Dictadura republicana. Las sanciones de carácter dictatorial serán aplicadas por el Directorio, sin intervención de los Tribunales de Justicia (...) R) Restablecimiento de la pena de muerte (...)*”.

12.2.2 Decretos que el General Mola redactó o aprobó antes del 17 de julio de 1936 para su promulgación (**doc. anexo nº 4**):

- Decreto nº 1: crea la “Suprema Junta Militar de Defensa” que “*asume desde estos instantes el ejercicio del Poder del Estado (...)*”;

- Decreto nº 2: bajo el título “Juicio sumarísimo contra los que se opongan al movimiento”, cuyo “*primer acuerdo dispone: 1º Serán pasados por las armas, en trámite de juicio sumarísimo, (...) cuantos se opongan al triunfo del expresado Movimiento (...). 2º Los militares que se opongan al Movimiento (...) serán pasados por las armas (...). 3º Se establece la obligatoriedad de los cargos, y quienes nombrados no los acepten caerán en la sanción de los artículos anteriores*”

- Decreto nº 3: “*(...) dispone: 1º Quedan depuestos de sus cargos el P. de la República, el Presidente del Gobierno y todos los Sres. Ministros, con los Subsec., Direc. Generales y Gobernadores Civiles. Todos ellos serán detenidos y presos por los agentes de la Autoridad como autores de los delitos de les. P. usurp. del Poder y altra traición a España. “*

- Decreto nº 4: “*... Dispone: 1º Queda abrogada e íntegramente anulada, por ende, la Constitución vigente de España y toda la legislación dictada desde el 14 de abril de 1931. (...) 4º. Quedan disueltas las actuales Cortes y los Parlamentos de las Regiones autónomas*”;

- Decreto nº 12: “*... dispone: (...) 2º Se restablece la pena de muerte (...)*”;

- “Ordenes de urgencia a cargo de la Junta de Gobierno”: PRIMERA.- *Declaración del Estado de Guerra y cumplimiento inexorable de las sanciones emanadas de los preceptos del Mando (...). SEXTA.- Armamento provisional (...) de todas las organizaciones militantes civiles que inspiren una absoluta confianza (Requetés, Guerrillas y otras que puedan existir y que merezcan aquel concepto). (...) OCTAVA.- En el primer momento y antes de que empiecen a hacerse efectivas las sanciones a que dé lugar el Bando del Estado de Guerra, deben consentirse ciertos tumultos a cargo de civiles armados para que se eliminen determinadas personalidades, se destruyan centros y organismos (...).*”

12.2.3. La “Instrucción reservada” del General Mola fechada en abril de 1936<sup>5</sup> (**doc. anexo nº 5**), un ejemplo de que el instrumento usado para atacar a las Altas Instituciones del Estado y su Gobierno legítimo y su fin era “*mediante la acción violenta...la conquista del Poder (...)* Se tendrá en cuenta que la acción ha de ser en extremo violenta (...) Desde luego serán encarcelado todos los directivos de los Partidos Políticos, Sociedades o Sindicatos no afectos al Movimiento aplicándose castigos ejemplares a dichos individuos (...) se instaurará una dictadura Militar (...)” (Instrucción reservada nº 1, de abril de 1936, pág. 138-139, 145).

12.3 La calificación de estos hechos como delitos contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, su conexión con crímenes contra la Humanidad, está razonada en los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 del Sumario 53/2008. El Auto recurrido yerra en la apreciación de esta prueba indiciaria al calificarla de rebelión, como si de un “pronunciamiento” se tratara.

\*\*\*\*\*

## **REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE SUPLICA Y SUBSIDIARIO DE CASACION**

### **I**

#### **REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE SUPLICA**

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

En la especie, “*la investigación, a la que tienen derecho las víctimas, según el derecho internacional, en virtud de la presente decisión ha sido clausurada*” (voto particular disidente del Auto de 2-12-2008, 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)).

---

<sup>5</sup> Edición publicada en Avila en 1937, en fechas en que era aplicada la censura militar.

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).

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).

2.3 Contra el ATS de 16.12.1998 fue interpuesto el 20 de noviembre de 1998 recurso de Súplica (sin propuesta de recusación), desestimado por Auto de 7 de enero de 1999.

2.4 Interpuesto Rº de nulidad contra el Auto de 7.01.1999, fue rechazado en ATS de 3 de febrero de 1999, que confirmó la resolución de conclusión del Sumario y de apertura del juicio oral.

2.5. Interpuesto contra este Auto 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.).

2.6. 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.

2.7 En el debate ulterior al respecto sostenido 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.

2.8 En el debate posterior ante el Tribunal Constitucional (Sentencia núm. 66/2000 de 13 marzo, RTC 2000\66, pp. 33 y 34), la mayoría aceptó la interpretación del voto mayoritario de la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo.

2.9 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.

2.10 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. »*

2.11 Mi representada 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 presente recurso de súplica,
- la independiente propuesta nueva de recusación que se formula en el Otrosí Segundo del presente recurso.

\*\*\*\*\*

## MOTIVOS DEL RECURSO DE SÚPLICA

### I

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 (abstracción hecha del Fallo de 1-12-2008), vicia de nulidad absoluta el Auto de 2 de diciembre de 2008 (abstracción hecha del Fallo de 2-12-2008), por haberse infringido las normas esenciales del procedimiento de recusación y causar indefensión.

En particular, se ha infringido 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), 55<sup>6</sup>, 56, 57, 59, 60<sup>7</sup>, 61<sup>8</sup>, 62, 63 (a), 64, 65, 66, 67, 68(d) y 69 LECrim, así como 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, en relación con el art. 24 de la Constitución.

### 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***

<sup>6</sup> Art. 55: “Los Magistrados (...) se inhibirán (...) cuando al ser recusados **en cualquier forma** estimasen procedente la causa alegada [y] (...) mandarían pasar las diligencias a quien deba reemplazarlos”.

<sup>7</sup> Art. 60: “Cuando el recusado no se inhibiere por no considerarse comprendido en la causa alegada para la recusación, se mandará formar pieza separada (...)”.

<sup>8</sup> Art. 61: “Durante la sustanciación de la pieza separada no podrá intervenir el recusado en la causa ni en el incidente de recusación, y será sustituido por aquél a quien corresponda con arreglo a la Ley”.

***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 STS (Sala de lo Penal), de 28 julio de 1999 (RJ 1999\6662) 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 citado Auto del 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 la 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 no por la propia Sala recusada sino por Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ (Auto de 16 de junio de 1999, entre otros). Al estudiar este caso la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2003 (RTC 2003\229) ha reiterado (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 práctica, asimismo, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, ante una propuesta de recusación, nombra un instructor y la resolución sobre su admisión es adoptada por Magistrados distintos de los recusados. Citaremos, a modo de ejemplo, el Auto de 22 de enero de 2001 (JUR 2001\169417, que estudia la recusación de dos Magistrados de la Sección Tercera. Por acuerdo del Presidente de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2000, se designó instructor a un Magistrado de otra Sección, y la resolución sobre la admisión de la recusación fue adoptada por el Pleno de la Sala de lo Penal (sin que los recusados estuvieran presentes).

5. 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 vs 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 2 de diciembre de 2008 (abstracción hecha del Fallo de 2-12-2008 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 mi representada

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 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 2 de diciembre de 2008 no han 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 sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reiterada en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de junio de 2003 (caso Pescador Valerio c. España) y en la Sentencia de 22 de julio de 2008 del caso *Gómez de Liaño c. España*).

\*\*\*\*

### Subsidiariamente.

En el supuesto caso de que, sin entrar a considerar el sentido Fallo de 2-12-2002, no fuera estimada la nulidad del mismo por los dos motivos anteriores, procedería entrar a

considerar el Fallo en sí mismo y fundamentar la nulidad del mismo en virtud de los motivos que siguen.

### III

En conformidad con el artículo 238, punto 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Auto de 7 de noviembre de 2008 es nulo de pleno derecho, y por consiguiente también el de 2 de diciembre de 2008, porque

- 1) la resolución del Juzgado Instructor que provoca el Auto de 7-11-2008 no ha sido recurrida por el Fiscal por ninguno de los cauces establecidos en la Ley;
- 2) la petición del Fiscal de 7-11-2008 no ha sido notificada a esta parte, que la desconoce aún hoy, siendo así que el artículo 302 de la LECriminal otorga a todas las partes derecho a “*tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento*”;
- 3) la petición del Fiscal ha sido debatida y resuelta por la Sala sin haber oído a las partes, con la consiguiente indefensión;
- 4) el Auto de 7.11.2008 está dirigiendo una orden al Juez Instructor, infringiendo el artículo 12.2 de la LOPJ.

\*\*\*\*

### IV

Habida cuenta de que el Auto de 2-12-2008, *motu proprio*, sin petición de parte, sin previo recurso de apelación, anula el del Instructor del anterior 18 de noviembre por el que éste se inhibe a favor de Jueces de Instrucción, en conformidad con el artículo 238, punto 1º, de la LOPJ, los Autos de 2 de diciembre y 7 de noviembre de 2008 son nulos de pleno derecho por infringir el art. 14.4 de la LECrim. Como claramente afirma Gómez Orbaneja<sup>9</sup>:

***“El órgano superior, a quien compete conocer del juicio y fallar la causa, según 14 n. 3 [hoy nº 4], y a quien corresponde decidir la impugnación de la inhibición del juez, y eventualmente (si los jueces son de la misma provincia) en caso de contienda, decidirla, carece de toda posibilidad de ejercitar su iniciativa propia respecto a la competencia para el sumario”***

***“En cuanto órgano con competencia propia, la ley concede al instructor en la fase procesal a que se extiende su función idéntica facultad para aplicar las***

---

<sup>9</sup> GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, págs. 507, cursiva del autor.

normas de atribución que otorga a la Audiencia para la fase ulterior del juicio. Y no es sólo que al instructor corresponda –de oficio o a instancia de parte – el derecho-deber de declararse competente o incompetente, de reclamar el asunto o de inhibirse en él, sino que le corresponde **exclusivamente.**”

“La LECrin. ha otorgado al instructor jurisd. propia para el sumario. De este principio se derivan los preceptos del **19** núm. 2, de **22** y de **25**” .

\*\*\*\*

## V

Como se ha informado a la Sala el 27 de octubre de 2008, hemos puesto en conocimiento del Alto Tribunal el escrito del Fiscal de 21 de octubre de 2008. A su vista, el Tribunal Supremo ha resuelto en Providencia de 26 de noviembre de 2008 (**doc. aquí anexo nº 6**):

*“De la lectura del escrito presentado no resulta que alguna persona que pudiera haber intervenido o participado en los hechos a que el escrito se refiere desempeñe en la actualidad alguno de los cargos mencionados en los preceptos citados [art. 71 de la Constitución; art. 1 de la Ley de 9 de febrero de 1912; art. 57.1. párrafos 2º y 3º de la LOPJ]; ni que alguna de las personas que actualmente los desempeñan en los diferentes ámbitos del Estado, interviniera o participara en los hechos a los que el escrito alude.  
En consecuencia no hay razón ni fundamento legal que justifique el conocimiento por esta Sala que el escrito postula, por lo que procede desestimar lo que se pide...”*

El Alto Tribunal en esta Providencia

- ha desestimado explícitamente la primera cuestión del escrito del Fiscal de 21-10-2008 (págs. 4 a 7: la competencia para los crímenes contra las Altas Instituciones del Estado y la forma de Gobierno correspondería al Tribunal Supremo);
- ha desestimado implícitamente todas las otras cuestiones planteadas en el escrito del Fiscal, por más que puedan ser materia de orden público, a saber:
  - que no existirían los delitos investigados que identifica el Auto del Instructor de 16 de octubre de 2008;
  - que en todo caso serían delitos prescritos y amnistiados;
  - que no existiría la conexión que el Auto del Instructor de 16-10-2008 establece entre el delito contra las Altas Instituciones del Estado y la forma de Gobierno, por un lado, y los crímenes contra la Humanidad cometidos a través de aquel delito, por otro lado;

- que la competencia para los delitos de detención ilegal, de genocidio y crímenes contra la Humanidad correspondería a los diferentes órganos judiciales territoriales de los lugares en los que se hayan cometido tales crímenes (págs. 2 a 4 y 7 del escrito del Fiscal en relación a la aplicación de las reglas de conexión - art. 17 de la LECrim.);
- que habrían fallecido todos los intervinientes o partícipes en dichos delitos;
- que el Juzgado Central no tendría competencia para instruir los mismos.

Cuestiones todas de fondo que la Jurisprudencia reiteradamente veda plantear y resolver en un incidente sobre competencia (STS de 6 de marzo de 1994 (Jur 1994\1851); AATS de 1 de julio de 1998 (RJ 1998\8192); 6 de abril de 1998 (RJ 1998\3155); 29 de noviembre de 2007 (RJ 2008\1076); 23 de febrero de 2007 (JUR\2007\131537); 23 de marzo de 2007 (JUR\2007\131534), entre otros.

\*\*\*\*

## VI

El Auto de 2 de diciembre de 2008 votado por la mayoría y el voto particular concurrente del Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro entran en conflicto con la citada Providencia de 26 de noviembre de 2008 del Tribunal Supremo. Por un lado, concurre contaminación objetiva por estar en contacto con el fondo de la causa, al estar fundamentado el escrito del Ministerio Fiscal de 21 de octubre de 2008 directamente en cuestiones de fondo (cual es la valoración fáctica y calificación jurídica de los elementos preprobatorios en que se fundamenta el Auto del Instructor de 16-10-2008), a saber

- han formulado valoraciones concretas sobre la prueba, posicionándose sobre el alcance de la misma;
- han partido del relato fáctico de los autos en el que el instructor, con carácter indiciario y provisional, relataba el presupuesto de hecho sobre el que iba a versar el futuro proceso;
- han hecho una valoración provisional de los posibles preceptos aplicables, emitiendo juicio sobre la valoración de los elementos preprobatorios que sostenían el relato factual del auto del instructor y, en su caso, sobre la culpabilidad de los acusados.

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



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

- al considerar que las personas responsables de los referidos hechos están **todas** “premuertas” o fallecidas, como sostienen el punto 5 del Auto y el voto particular del Sr. Martínez Lázaro –en contradicción con el párrafo final de la página 4 del Auto (donde afirma que en la resolución de un incidente sobre competencia hay que excluir la materia relativa a “*si hay o no personas presuntamente responsables*” de los delitos investigados en el Sumario 53/2008). Y en contradicción con el Auto del Instructor de 18 de noviembre de 2008, al que el de la Sala de 2-12-2008 atribuye, con manifiesto error, que habría declarado el “*fallecimiento de **todos** los imputados contra los que seguía la causa*”, cuando apenas se han iniciado las diligencias (que mandan suspender los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008).

Cuestiones éstas que pueden haber afectado a algunos de los magistrados que concurren en el Fallo con prejuicios o predisposiciones dimanantes de ese contacto con el fondo de la causa, siendo así que

- a) es la Instrucción la que debe determinar si **TODOS** los partícipes o intervinientes han fallecido, no el Tribunal del art. 23 LECrim.;
- b) el hecho de que el referido Auto de 18 de noviembre de 2008 del Sumario 53/2008 haya declarado extinguida la responsabilidad penal, por fallecimiento, de los principales responsables del delito contra la Instituciones y el Gobierno legítimos de España, en modo alguno puede invalidar, sin embargo, la aplicación de las normas procesales que determinan la conexión en los arts. 300, 17, 19, 22, 25, 14.3 de la LECrim., según razona Emilio Gómez Orbaneja en los términos siguientes (subrayado nuestro):
  - 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>10</sup>;
  - ii. *“**El principio general es que el juez que recibe la competencia derivada de la conexión, no la pierde al desaparecer la causa (cosa distinta a la comprobación, por la averiguación de nuevos datos, de que esa causa no ha existido). Así: muerte del inculpaado común por dos o más delitos en que haya participado con personas diferentes; o sobreseimiento parcial respecto de él, con la consiguiente apertura del juicio respecto de los demás***

---

<sup>10</sup> GOMEZ ORBANEJA (E.): Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Barcelona, Bosch, 1947, I, pág. 437.

*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 concluso el sumario que tenga por objeto todos los diversos hechos, se dictase sobreseimiento total respecto de uno de ellos, continuándose la causa por el mismo Tribunal respecto de los otros (aún cuando el delito afectado por el sobreseimiento fuese el atrayente), la nueva prosecución contra otra u otras personas por ese hecho (siendo el delito atraído), no corresponderá ya al juez de la conexidad, sino a su juez propio”<sup>11</sup>.*

Por consiguiente, la competencia reside en 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.

\*\*\*\*\*

## VII

**Denegación de justicia.** El Auto recurrido priva a mi representada de todo órgano judicial que investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008.

La fundamentación jurídica de este motivo está razonada en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel, secciones I y V, al que nos remitimos en su integridad.

\*\*\*\*\*

## VIII

**Fraude de ley (del art. 23 LECrim.) como medio para cometer el acto de denegación de justicia.**

El Auto de 18.11.2008, en el que el Instructor se inhibe a favor de los Juzgados territoriales que estima competentes, no habiendo sido impugnado por el Fiscal, ha quedado sin contenido el incidente del artículo 23 LECrim.

La fundamentación jurídica de este hecho está razonada en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección II), que damos aquí por reproducida en su integridad.

\*\*\*\*\*

---

<sup>11</sup> Ibid., pág. 450. Las cursivas son del autor, el subrayado nuestro.

## IX

### **El Auto recurrido confirma y hace propio el abuso de derecho y la mala fe del Fiscal**

La fundamentación jurídica de este hecho está razonada en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.1), que damos aquí por reproducida en su integridad.

\*\*\*\*

## X

### **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

- a) 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, la referencia que allí hacemos al Auto del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1999 (RJ 1999\6677) –el mismo que es invocado en el Auto aquí recurrido como único apoyo (FJ 2º)- muestra que el ATS de 3-06-1999 es inaplicable en la especie sin desnaturalizarlo, por cuanto su premisa es que el proponente instaba atribuir la competencia a un Juzgado de Instrucción distinto del que ya estaba instruyendo la causa (y 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 y, sin embargo, la niegan al único que investiga los delitos.
  
- b) En el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.2), que damos aquí por reproducido en su integridad;

\*\*\*\*

## XI

El Auto recurrido **no ha designado cuál sería el órgano judicial competente** para investigar los delitos objeto del citado Sumario 53/2008.

El fundamento de esta desnaturalización del artículo 23 LECrim. ha sido expuesto en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.3), que damos aquí por reproducido en su integridad.

\*\*\*\*

## XII

El Auto de 2 de diciembre de 2008 arbitrariamente anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008, así como la casi totalidad de la prueba practicada, lo que causa indefensión y daño a las víctimas.

Las actuaciones del Juzgado instructor son conformes con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 15.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el artículo 24.2 de la Constitución. En este sentido, la ST de 8 de noviembre del 2006 (JUR 2008\149629) establece la constitucionalidad de las actuaciones llevadas a cabo por el juez instructor, en contra de la nulidad que el Ministerio Fiscal ha promovido y la fundamentación del Auto de 2-12-2008, que vulnera la doctrina sentada en las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2001, 25 de enero de 2001, 18 de febrero 2005, Auto de 8 de mayo del 2008 (JUR 2008\149629), y la del Tribunal Constitucional (SS. 47/1983,43/1984, 43/1988, 93/1998 y 35/2002, entre otras).

La fundamentación jurídica de este motivo asume, asimismo, el razonamiento del voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección III.4), que damos aquí por reproducido en su integridad.

\*\*\*\*

## XIII

La declaración de incompetencia del Juzgado Central de Instrucción que efectúa el Auto recurrido es contraria a derecho

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, RJ\2008\1076).

La fundamentación jurídica de este motivo es concordante con la que se razona en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (sección IV), que damos aquí por reproducido en su integridad.

\*\*\*\*\*

## Subsidiariamente

### PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACION

#### Requisitos de admisibilidad del recurso de casación

1.- **Se cumplen los generales**, puesto que la resolución impugnada es de la clase expresada en los artículos 852, 847 en relación con los artículos 849.1º y 2º; 851, 6º y el artículo 848 en relación con el artículo 69 de la LECrim., se invocan causas de casación de las comprendidas en los artículos 849.1º, 851, punto 6º, 852, 848 y 69 de la misma Ley, y el recurrente se halla legitimado conforme al artículo 854.1 de la expresada Ley.

\*\*\*\*

2.- **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 la doctrina consolidada del Tribunal Supremo que interpretando el sentido de la expresión “*sin ulterior recurso*”, común a dichos artículos y al art. 52 de la LOPJ, bajo el imperio del artículo 24 de la Constitución y del art. 13 del Convenio europeo de DD.HH. admite el recurso de casación en el caso de los art. 23 y 22 de la LECrim.:

-la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 febrero 1983 (RJ 1983\1708): 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 denuncia de 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 doctrina reiterada en la STS de 12 de junio de 1993 (RJ 1993\5420), directamente aplicable al art. 23 de la LECrim., de rango inferior a la LOPJ y la Constitución que estudia esta Sentencia -Ponente Ilmo. Sr. Cándido Pumpido- (subrayado nuestro):

*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.”*

- la doctrina de las SSTS que resuelven cuestiones de **competencia objetiva**: SS. de 30 de abril de 1994 (RJ 1994\3324); 10 de diciembre de 1980 (RJ 1980\4800); 11 de diciembre de 1993 ([RJ 1993\9284](#)) y de 22 noviembre de 1993, RJ 1993\8705).

En contraste, el recurrido Auto de 2-12-2008 se fundamenta sólo en dos Autos del Tribunal Supremo: los de 29 de abril de 1998 y 19 de diciembre de 2006 (sin otra identificación). Ninguno de ambos resuelve cuestiones de competencia planteados por el cauce del art. 23 de la LECrim. El primero ni menciona el art. 23 de la LECrim. El segundo (JUR 2007\22625) menciona tangencialmente el art. 23 LECrim. al estudiar una declinatoria de competencia planteada por el cauce del art. 32 LECrim en el que al pronunciamiento del Jº de Instrucción sigue, en apelación, el de la Audiencia Provincial. El Auto desestima el recurso de casación por dos motivos:

- 1) porque la cuestión de competencia había sido objeto de “doble examen, por dos Tribunales distintos”,
- 2) porque el Auto de la Audiencia no es definitivo ya que tenía declarada su competencia el Juzgado de Instrucción Nº 3 de La Coruña, que no cuestionaba la Audiencia.

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

Por consiguiente, ninguno de los dos AATS que cita el aquí recurrido de 2-12-2008 puede contraponerse a la doctrina sentada en las SSTS de 22 febrero 1983, 12 de junio de

1993, 30 de abril de 1994; 10 de diciembre de 1980; 11 de diciembre de 1993 y 22 noviembre de 1993 que estamos invocando.

\*\*\*\*\*

**3.- 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 2-12-2008 no ha sido dictado por la Audiencia al conocer de un recurso de apelación deducido contra el auto de inhibición dictado por el Juez de Instrucción, caso en el que no cabría recurso de casación (v. arts. 25 y 848 LECrim).

Bien al contrario, el Auto de 2-12-2008 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 dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 18 de noviembre de 2008 en materia de inhibición.

El Auto de 2-12-2008 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 en materia de competencia (AATS de 19 de diciembre de 2006 (JUR 2007\22625); 29 de abril de 1998 (RJ 1998\4855), entre otros). La STS de 28 de mayo de 1999 (1999\4677) reafirma la consolidada doctrina según la cual

*FJ 4º: “la interpretación lógica-sistemática del art. 25 de la LECrim, permite fácilmente concluir que el párrafo segundo del precepto faculta a los Jueces o Tribunales (Audiencias) para inhibirse de oficio en favor del 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.”*

\*\*\*\*\*

**4.- 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 (S. 542/2006, de 23 mayo, RJ 2006\3576).**

En la especie, han concurrido con su voto a aprobar el Auto de 2 de diciembre de 2008 nueve Sres. Magistrados cuya recusación ha sido intentada, en tiempo y forma, el 9 de noviembre anterior, fundada en causa legal e instando 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”.

\*\*\*\*\*

**5.- Cabe recurso de casación fundado en la infracción de precepto constitucional** (art. 852 LECrim., SS.TC de 24 abril de 2002 (RTC 2006\116), FJ 5) y 3 de abril de 2002 (RTC 2002\70), FJ 7(c)), con cita de otras.

En el presente caso, como hemos razonado, ha sido infringido el art. 24 de la Constitución.

\*\*\*\*\*

**6.- Es causa de acceso a la casación que en la resolución se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo**, según dispone el Art. 851.1 de la LECrim. y hemos razonado en el Motivo VI de la fundamentación del Rº de Súplica, que damos aquí por reproducido en su integridad.

\*\*\*\*\*

7. En cuanto a los requisitos de la preparación, se cumplieron las prescripciones legales. En cuanto a la reclamación de subsanación de faltas (del art. 874.3º de la LECrim.), por lo que se refiere a la modalidad de quebrantamiento de forma, la rectificación de la misma ha sido instada en cuanto se ha tenido conocimiento de la misma a través del correspondiente recurso de súplica.

8. Se consigna la promesa de constituir el depósito de casación.

9. La preparación se efectúa con carácter subsidiario al recurso de súplica en el que se insta la rectificación de la falta.

### **MOTIVOS DEL RECURSO SUBSIDIARIO DE CASACION**

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..

\*\*\*\*\*

Proponiéndose mi representada fundar el recurso de casación POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL, art. 24, en relación con los arts. 5.4 de la LOPJ; POR INFRACCIÓN DE LEY de los números 1 y 2 del artículo 849 de la LECrim., y POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, en observancia de lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 855 de la referida Ley, designo como documentos y particulares de los mismos, los siguientes que muestran que ha existido error en la resolución de la prueba en la resolución impugnada:

- a) los escritos del Sr. Fiscal;
- b) el Expte. 34/2008;
- c) la respetuosa propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008;
- d) las actuaciones y resoluciones que han seguido a la formulación de aquella;
- e) el Auto de 2 de diciembre de 2008;
- f) el Sumario 53/2008 y sus piezas separadas.

Petición que formulo dentro del plazo legal correspondiente.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** Que tenga por presentado y admita este escrito, con los siete documentos anexos y sus copias, con el que, en representación de Da. Carmen Negrín Fetter, interpongo recurso de súplica contra el Auto de 2 de diciembre de 2008 y solicito que, en primer lugar, a los efectos del presente recurso y del Rº de queja del Fiscal nº 8/2008, pendientes de resolución, se de curso al incidente de recusación promovido invocando los arts. 223 y ss de la LOPJ el 9 de noviembre de 2008, contra los Señores Magistrados en el mismo identificados; 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, subsidiariamente, acuerde la nulidad del Auto de 2 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; subsidiariamente, admita y se digne, igualmente, dar impulso al recurso de casación que se prepara por infracción de ley, de precepto constitucional y quebrantamiento de forma contra el Auto de 2 de diciembre de 2008 dictado por Magistrados conociendo de la propuesta de recusación promovida el 9 de noviembre de 2008; se digne ordenar que se expida y me sea entregado el referido testimonio del Auto de 2 de diciembre de 2008 y demás particulares que se piden del Expediente 34/2008 y del Sumario 53/2008, 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 Sumario 53/2008, 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.

Madrid, 10 de diciembre de 2008

### **PRIMER OTROSI DIGO:**

1. Que a los efectos de la resolución del presente recurso de súplica y subsidiariamente de casación así como del recurso de queja del Sr. Fiscal nº 8/2008, en el presente acto mi representada reitera la respetuosa recusación formulada el 9 de noviembre de 2008 contra los Sres. Magistrados que en la misma se indica, y solicita que estos se inhiban de formar parte de la Sala que deliberará y resolverá el recurso Si los recusados no se abstuvieren, formulada como está su recusación desde la citada fecha, es de aplicación lo dispuesto en artículo 60 de la LEcrim. -“*se mandará formar pieza separada*”- y deberá seguirse el trámite de la recusación por el cauce instado en el Suplico del escrito de 9 de noviembre de 2008, a saber, comunicar el incidente “(...) ***a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal***” .

2. Fundamento esta petición en los mismos hechos, la misma causa legal (art. 219, 10º de la LOPJ), idénticos motivos y comienzo de prueba expuestos en el escrito de 9 de noviembre de 2008, que doy aquí por reproducidos en su integridad, incluido el OTROSI del mismo;

3. Formulo esta petición en cuanto mi representada ha tenido conocimiento de que los Magistrados recusados no han comunicado a la Sala de Gobierno el incidente promovido en el escrito de 9 de noviembre de 2008 antes de dictar el Auto de 2-12-2008, cuando están reunidos todos los elementos para apreciar el comportamiento de aquellos, y antes de que hayan transcurrido diez días.

4. Es doctrina del Tribunal Supremo, Sala del artículo 61 (Auto de 16 de junio de 1999, 1999\5879, FJ 2º), confirmada por la del Tribunal Constitucional (STC 19-12-2003, RTC 2003\229), que contra un Auto de inadmisión *a limine* de una mera “*sugerencia de abstención*” (inclusive sin petición de recusación ni invocar una de las causas legales, supuestos del caso Gómez de Liaño que no concurren en la especie, el escrito de 9.11.2008 es de recusación), cabe formular incidente de recusación por los mismos hechos en que se basaba la *a limine* inadmitida “*sugerencia de abstención*”, sin incurrir por ello en extemporaneidad, y sin que le sea oponible que no cabe recurso alguno contra el Auto (así sea el de apertura del juicio oral, a pesar de que contra éste según el art. 783.3 de la LEcrim. “*no se dará recurso alguno*”).

## **Subsidiariamente**

En el supuesto caso de que no se de curso a la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008, en todos sus trámites, y no sea puesta en conocimiento de la Sala de Gobierno a los efectos establecidos en el art. 225 y ss de la LOPJ, **en este acto promuevo incidente de recusación** a los efectos del presente recurso de súplica y subsidiario de casación - independiente del formulado el 9 de noviembre de 2008- así como del recurso de queja del Sr. Fiscal nº 8/2008, contra Don Javier GÓMEZ BERMÚDEZ y los Ilmos. Sres. Don F. Alfonso GUEVARA MARCOS; Don Fernando GARCÍA NICOLÁS; Doña Ángela MURILLO BORDILLO; Don Ángel HURTADO ADRIÁN; Don Palomo GONZALEZ PASTOR; Don Julio de DIEGO LÓPEZ; Don Juan Francisco MARTEL RIVERO, Don Nicolás POVEDA y Don Guillermo RUIZ POLANCO, que no han dado curso a la petición hecha en el Suplico del escrito de 9 de noviembre de 2008 de comunicar el incidente de recusación “(...) *a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal*”.

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

## **Antecedentes**

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

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

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

1) ante la aparente connivencia extraprocesal entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y una de las partes, dirigida a prohibir al Juez Instructor la investigación de los crímenes objeto del Sumario 53/2008, violentando el procedimiento, normas fundamentales de rango constitucional y en perjuicio de las restantes partes personadas, según se desprende de las apariencias siguientes:

1. el mismo día martes 21 de octubre de 2008, en que el Fiscal pide declarar incompetente al Juez Instructor, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez concede tres días a éste para que informe y convoca un Pleno extraordinario para resolver el siguiente día viernes 30 de octubre (hechos descritos en la página dos, punto 2, del Auto de 2-12-2008), sin permitir que las restantes partes personadas fueran oídas, a pesar de que el artículo 52 de la LOPJ ordena “*oír a las partes*” antes

de resolver una cuestión de competencia. Solamente por enfermedad del Juez Instructor –cuyo Informe era preceptivo- accedieron los Magistrados recusados, el jueves 23 de octubre, a posponer el Pleno del 30 de octubre “*hasta su reincorporación al servicio*”, según consta en la Providencia de 23 de octubre de 2008 (**doc. anexo n° 7**);

2. el mismo día viernes 7 de noviembre de 2008 en que el Fiscal pide suspender las diligencias del Juez Instructor subrogante, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez ordena suspender intempestivamente todas las vistas señaladas para ese día, incluso con preso, convoca a un Pleno extraordinario a celebrar esa misma mañana, también sin dar a esta parte ni a las restantes personadas traslado del escrito del Fiscal, ni posibilidad alguna de ser oídas;

#### 4. los Sres. Magistrados recusados

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

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

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

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

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

7.1 han continuado formando Sala, deliberando y adoptando resoluciones;

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

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

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

8.5 saben que el SUPPLICO del escrito de 9 de noviembre de 2008 propuso su

respetuosa recusación invocando una causal legalmente establecida; con fundamento en los arts. 24 y 10.2 de la Constitución en relación con el art. 6.1<sup>12</sup> del Convenio Europeo de DD.HH.; con los arts. 217, 218.2º, 221.1, 219.10ª, 223 y concordantes de la LOPJ, y proponiendo los medios de prueba que se enumeran en el OTROSI de dicho escrito;

8.6 saben que el artículo 69 de la LOPJ dispone que cuando se recusa al Excmo Sr. Presidente y a más de dos Sres. Magistrados de una Sala de la Audiencia Nacional, la recusación será conocida *“por una Sala formada por el Presidente de la Audiencia Nacional, los Presidentes de las Salas y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una, o aquel que, respectivamente, le sustituya”*;

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

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

#### Proposición de prueba del presente incidente

Solicito el recibimiento a prueba del incidente y propongo la siguiente:

- 1.- la prueba instada en el Otrosí del escrito de 9 de noviembre de 2008 –que damos aquí por reproducida en su integridad;
- 2.- que por el Sr. Secretario de la Sala se certifique la identidad de los Sres. Magistrados recusados que han concurrido a las deliberaciones posteriores al escrito de recusación de 9 de noviembre de 2008;
3. que se cite y tome declaración como testigo al Sr. Director del medio de comunicación El Confidencial Digital (C/. García de Paredes 29, 3º. 28010 Madrid. Tel. 91 445 96 97. Fax. 940 46 00 46), a fin de que ratifique, en presencia judicial y con participación de las partes, la información que se reproduce en el documento anexo nº 2;
- 4.- que se tome declaración a los Sres. Magistrados que estuvieron presentes en la reunión del 7 de noviembre de 2008;

---

<sup>12</sup> *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)”*.

5.- que se tome declaración al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor acerca de si ha recibido de parte del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal instrucción, orden o intimación, directa o indirecta, relativa a la causa que está conociendo, según parece desprenderse de la arriba publicación citada;

6.- las demás que procedan.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** Que reitero la respetuosa petición de recusación del Excmo. Sr. Magistrado Presidente y de los nueve Ilmos. Sres. Magistrados identificados en el escrito de recusación de 9 de noviembre de 2008, y si no se inhibieran comuniquen el incidente a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, en conformidad con el Art. 224.2 de la LOPJ y a los efectos establecidos en el Art. 225 y ss. del mismo cuerpo legal -por los que se rige la tramitación del incidente - con remisión de la causa a quien corresponda proseguirla, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente; ordenar la formación de pieza separada con el escrito original de recusación y el auto denegatorio de inhibición, quedando nota expresiva en los autos; tener por reiterada la petición de recibimiento a prueba del incidente en los términos instados en el Otrosí del escrito de 9 de noviembre de 2008, y tras los trámites oportunos estime tal resolución.

**Subsidiariamente,** estime procedente la recusación alegada con carácter subsidiario en virtud de los hechos conocidos hoy, distinta e independiente de la promovida en el escrito de 9 de noviembre de 2008, dándose por recusados el Excmo. Sr. Don Javier GÓMEZ BERMÚDEZ y los Ilmos. Sres. Don F. Alfonso GUEVARA MARCOS; Don Fernando GARCÍA NICOLÁS; Doña Ángela MURILLO BORDILLO; Don Ángel HURTADO ADRIÁN; Don Palomo GONZALEZ PASTOR; Don Julio de DIEGO LÓPEZ; Don Juan Francisco MARTEL RIVERO, Don Nicolás POVEDA y Don Guillermo RUIZ POLANCO, de la presente causa, con remisión de la misma a quien corresponda proseguirla, conforme a lo dispuesto en la legislación vigente; en caso contrario, ordenar la formación de pieza separada con el presente escrito de recusación y el auto denegatorio de inhibición, quedando nota expresiva en los autos; tener por instado el recibimiento a prueba del incidente en los términos formulado en este escrito con carácter subsidiario, y tras los trámites oportunos estime tal resolución.

**SEGUNDO OTROSI DIGO:** que sin paralización de la causa, solicito que se suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos del 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008. Baso mi pretensión en los siguiente fundamentos:

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

2.- En el caso presente, no cabe duda que es necesario decretar la suspensión de los referidos Autos, pues tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional en supuestos análogos, la vulneración del derecho a 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, se significa que la absoluta y completa paralización de los Autos de 7 y 27 de noviembre de 2008 es necesaria para preservar la finalidad del recurso de mi representada, sin que ello entrañe, en modo alguno, interrumpir la causa penal abierta en averiguación de los delitos investigados en el Sumario 53/2008 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, o, en su caso, el otorgamiento del amparo por el Tribunal Constitucional, conduciría a la anulación de los Autos de 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008, adoptados por una Sala 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 Autos de 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008 en las que el voto recusado ha participado, 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 por el Tribunal Supremo, o el amparo por el Tribunal Constitucional, 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 dos actos judiciales susceptibles de ser anulados, en la hipótesis de que se estimara el recurso, es decir exclusivamente los Autos de 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008.



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 con ocasión de la actividad preparatoria del juicio; 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 inequívocamente del art. 24 de la Constitución, y de la jurisprudencia dictada al amparo del art. 56 LOTC, que sólo de manera excepcional y restrictiva acepta la paralización, aún cautelar, de procesos abiertos. Ese interés obliga a reducir al mínimo posible la suspensión para garantizar la integridad del proceso constitucional de amparo, que sólo se vería amenazada si se llegara a pronunciar resolución por los Magistrados recusados por el recurrente, 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 las otras partes, y al mismo recurrente, a una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas; y que, en cualquier caso, siempre podrían ser remediadas mediante la anulación del acto o actos que las causara específicamente, si se llegara a desestimar el recurso o, en su caso, el amparo.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** que sin paralización de la causa objeto del Sumario 53/2008, suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos del 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008 hasta tanto recaiga resolución firme y definitiva en el presente recurso, incluido, en su caso, en el recurso de amparo; subsidiariamente, solicito, sin paralización del Sumario 53/2008, suspender cautelarmente la ejecución de los Autos del 7 de noviembre y 2 de diciembre de 2008, al único efecto de que el Excmo. Sr. Magistrado Presidente y los nueve Ilmos. Sres. Magistrados identificados en la nueva e independiente propuesta de recusación formulada en fecha de hoy con carácter subsidiario en el primer Otrosí del presente recurso, no formen parte de la Sala que debe fallar el mismo, hasta tanto recaiga resolución firme y definitiva en el mismo, incluido, en su caso, en el recurso de amparo.

Madrid, 10 de noviembre de 2008

Ldo. Joan E. Garcés  
Colegiado nº 18.774  
Madrid

Procurador

Carmen Negrín Fetter