

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON ANIBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de Dña. Carmen Negrín Fetter, mayor de edad, casada, según tengo acreditado en la escritura de Poder otorgada a mi favor que obra en la causa, comparezco ante la Sala y, como mejor proceda en Derecho, DIGO:

PRIMERO.- Que en confirmación y ampliación de los hechos en que se fundamentan los escritos de 17 de noviembre y 2 de diciembre de 2008, aporto los siguientes elementos de prueba adicionales:

1.- el Auto de fecha 2 de diciembre de 2008 (**doc. anexo n° 1**), notificado el siguiente día 9, que sin declarar cuál sería el órgano judicial competente acuerda la falta de competencia del Juzgado Central de Instrucción n° 5 para la investigación de los hechos y presuntos delitos objeto del Sumario 53/1984, y deja sin efecto los actos y resoluciones posteriores al Auto del Instructor de 16 de octubre de 2008 (anexo n° 8 al escrito de querrela de 17 de noviembre de 2008). Formulan voto particular discrepante los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel, y concurrente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Martínez Lázaro.

2.- El Auto de fecha 1 de diciembre de 2008, notificado el siguiente día 9, que desestima el recurso de nulidad de mi representada contra el Auto de 7 de noviembre de 2008, con el voto discrepante de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel, D. Javier Martínez Lázaro y Da. Teresa Palacios Criado (**doc. anexo n° 2**).

3. Los hechos conocidos en ocasión de estas dos notificaciones abundan en la aparente connivencia extraprocesal entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal y una de las partes (el Sr. Fiscal), dirigida a ordenar por cauces extraprocesales al Juez Instructor que no investigue 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 los hechos 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 a) concede tres días a éste para que informe y b) convoca un Pleno extraordinario de la Sala de lo Penal para resolver la petición el siguiente día viernes 30 de octubre (hechos descritos en la página dos, punto 2, del Auto de 2-12-2008), c) sin permitir que mi representada y

las restantes partes personadas fueran informadas de la petición del Fiscal, d) ni oídas, e) a pesar de que el artículo 52 de la LOPJ ordena “oír a las partes” antes de resolver una cuestión de competencia. Solamente la enfermedad que imposibilitaba al Juez Instructor emitir su preceptivo informe forzó a los Magistrados recusados, el jueves 23 de octubre, a posponer el Pleno “*hasta su reincorporación al servicio*”, según consta en la Providencia de 23 de octubre de 2008 (**doc. anexo nº 3**);

2. el mismo día viernes 7 de noviembre de 2008 en que el Fiscal pide suspender las diligencias acordadas por el Juez Instructor subrogante, el Excmo. Sr. Gómez Bermúdez a) ordena suspender intempestivamente todas las vistas señaladas para ese día, incluso con preso, b) convoca a un Pleno extraordinario a celebrar esa misma mañana, c) también sin dar a las restantes partes traslado del escrito del Fiscal ni d) posibilidad alguna de ser oídas, según consta relatado en el Auto de 1 de diciembre de 2008 -que aquí se acompaña- y en el de 7 de noviembre de 2008 (documento anexo nº 19 al escrito de querrela de 17.11.2008), en los respectivos votos particulares que disienten de este comportamiento irregular, y en la relación de hechos de nuestro escrito de 17 de noviembre de 2008.

4. Los Sres. Magistrados recusados

1. se han negado a instruir el escrito de respetuosa recusación de 9 de noviembre de 2008;
2. no han dado traslado del mismo a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, pedido expresamente en el Suplico de la propuesta de recusación;
3. han deliberado y resuelto el Rº de Súplica de 7 de noviembre de 2008 -contra el Auto del mismo día- nueve de ellos (no firma el Ilmo. Sr. Guillermo Ruiz Polanco), mientras estaban recusados, a sabiendas de que mi representada les había manifestado, razonadamente, el 9.11.2008 que albergaba serios temores sobre su imparcialidad; de que ésta había invocado el derecho a que el referido Rº 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. 224.2¹ de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225² y ss. del mismo cuerpo legal”;

¹ El artículo 224 regula la instrucción de “*los incidentes de recusación*.”

4. han formado Sala, deliberado y votado, nueve de ellos (no el Ilmo. Sr. Guillermo Ruiz Polanco), también el Auto de 2 de diciembre de 2008 que aquí se acompaña.

5.- En el transcurso de la reunión del Pleno de la Sala del 7 de noviembre de 2008, su Excmo Sr. Presidente habría explicitado tal animadversión, preconcebida y deliberada, hacia el Juez Instructor por negarse a obedecer sus órdenes extra-procesales de no investigar los delitos objeto del Sumario 53/2008, y le habría agredido en términos tan violentos y apasionados, que provocó protestas en la Sala. El indicio de prueba de este hecho obra publicado en el medio de comunicación El Confidencial Digital (**documento anexo n° 4**).

6.- Cinco de los Magistrados presentes en el Pleno de 7 de noviembre de 2008 respondieron

- 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, voto particular);
- 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)

7. Los Sres. Magistrados querellados han fundamentado el Auto de 2-12-2008 en estimar que los hechos investigados en el Sumario 53/2008 no serían constitutivos de un delito contra altos organismos de la Nación y la forma de Gobierno, a pesar de saber que en el Sumario obran elementos de prueba indiciaria de lo contrario, entre ellos los que cita el Auto del Instructor de 16.10.2008:

7.1 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 n° 5**):

² 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 (...)”.

“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 (...)”.

6.2 Decretos que el General Mola redactó o aprobó antes del 10 de julio de 1936 para su promulgación a partir del asalto armado a las Instituciones del Estado (**doc. anexo nº 6**):

- 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 (...). ”

6.4 La edición publicada en Avila, en 1937, de la “Instrucción reservada” del General Mola fechada en abril de 1936 (**doc. anexo n° 7**), un ejemplo entre otros 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 encarcelados 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 n° 1, de abril de 1936, pág. 138-139, 145).

SEGUNDO.- Las dos resoluciones judiciales de 1 y 2 de diciembre de 2008 que se acompañan muestran:

1.- Connivencia entre el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y el Sr. Fiscal para ordenar al Instructor que no investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008

corroborada por

- a) la indefensión absoluta de todas las partes acusadoras ante la petición del Fiscal de 7 de noviembre de 2008 (nunca comunicada a mi representada);
- b) la inadmisión del recurso de Súplica de 7 de noviembre de 2008 de las partes acusadoras en el que instaban la nulidad del Auto de igual fecha, a fin de que fueran oídas;
- c) la inadmisión *a limine*, por los propios recusados, de la respetuosa propuesta de recusación formulada el 9 de noviembre siguiente;
- d) el contenido mismo de los Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008,

son actos concordantes de premeditada y deliberada voluntad de denegación de justicia, iniciada el 21 de octubre de 2008 por el Ilmo. Sr. Fiscal y el Excmo. Sr. Presidente de la Sala y que culmina en los dos Autos que se aportan.

Es la acumulación y articulación de la secuencia de hechos relatados en nuestros escritos de 17 y 28 de noviembre de 2008 y en el presente, su sentido teleológico, lo que confiere naturaleza de acto injusto a sabiendas a las resoluciones de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008.

2.- La comisión deliberada de un acto de denegación de justicia, consistente en privar a mi representada, y a todas las acusaciones particulares y populares, de un órgano judicial que investigue los delitos objeto del Sumario 53/2008, consistentes en más de trescientos mil (300.000) españoles ejecutados; más de tres millones cuatrocientos (3.400.000) españoles víctimas de otros delitos contra la Humanidad en todo el territorio nacional, identificados 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 al escrito de querrela de 17 de noviembre de 2008); 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 y el voto particular discrepante del Auto de 2-12-2008).

Como han sostenido en la deliberación del Auto de 2-12-2008 tres Magistrados, el citado Sumario 53/2008 es la única investigación judicial en España sobre los crímenes más graves cometidos sobre millones de ciudadanos españoles (la prueba de este hecho es argumentada en el voto particular de los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel (secciones I y V), que damos aquí por reproducido en su integridad).

3.- La comisión a sabiendas de un uso fraudulento del art. 23 LECrim. como medio para cometer el acto injusto de denegación de justicia.

Este acto ha sido cometido

- en conocimiento de que el Auto del Instructor de 18.11.2008, en el que se inhibe a favor de Juzgados territoriales, no habiendo sido impugnado por el Fiscal, quedaba sin contenido el incidente promovido por este último por el cauce del artículo 23 LECrim.;
- a sabiendas de que para lograr la denegación de justicia el Sr. Fiscal y los Sres. Magistrados querellados debían desconocer el basamento de nuestro sistema judicial, en particular, los artículos 14, 19.2, 22 y 25 de la LECrim. Como claramente afirma Gómez Orbaneja³:

“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

³ 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” .

Y siendo así que en la deliberación previa se advirtió a los querellados que se estaba utilizando fraudulentamente el artículo 23 LECrm. para dictar una resolución injusta (la prueba de este hecho obra 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 reproducido en su integridad).

4. La concertación con el abuso de derecho y la mala fe del Fiscal para dictar el acto injusto.

Este acto ha sido cometido en el Auto de 2-12-2008 a sabiendas, pues en la deliberación previa se explicó el contenido del abuso de derecho y la mala fe del Fiscal para lograr una resolución injusta (la prueba de este hecho obra 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 reproducido en su integridad).

5. Los Sres. querellados son conscientes de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no es el “tribunal superior común” al que remite el art. 23 de la LECrim,

pues les ha sido explicado

- a) por los Ilmos. Magistrados D. Ricardo de Prada, Da. Clara Bayarri y D. Ramón Sáez Valcárcel durante la deliberación, según consta en su voto particular (sección III.2), que damos aquí por reproducido en su integridad;
- b) Por esta parte en el escrito de fecha 27.10.2008 dirigido al Pleno de la Sala de lo Penal –de oposición a la petición del Fiscal de 21.10.2003- copia del cual se ha acompañado al escrito inicial de querrela como anex nº 10 (ver su Otrosí, Hechos TERCERO y CUARTO, que damos aquí por íntegramente reproducidos).

6. Los Sres. querellados conscientemente, a instancia del Fiscal, no han designado cuál sería el órgano judicial competente

para investigar los delitos objeto del citado Sumario 53/2008. La prueba de que esta desnaturalización del artículo 23 LECrim. les ha sido expuesta en las deliberaciones obra

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.

7. Los Sres. querellados han declarado la nulidad de las diligencias practicadas en investigación del delito a sabiendas de que tal decisión es injusta

La prueba de que han actuado a sabiendas obra en las deliberaciones reflejadas en el 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.

8. Los Sres. querellados han declarado la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción a sabiendas de que tal decisión es injusta

La prueba de que sabían la injusticia que estaban acordando obra 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.

TERCERO.- La Sala II del Tribunal Supremo tiene declarado, en relación con este mismo incidente de competencia promovido por el escrito del Fiscal de 21.10.2008, que lo que determinaría la competencia, en su caso, del Tribunal Supremo, es si “*alguna persona que pudiere haber intervenido o participado en los hechos a los que el escrito [del Fiscal] se refiere desempeña en la actualidad alguno de los cargos mencionados en los preceptos citados*” [art. 71 de la Constitución y art. 57.1.2º de la LOPJ], o “*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*” (ver la Providencia de fecha 26.11.2008 que se acompaña aquí como **doc. anexo nº 8**), que resuelve la cuestión inhibitoria formulada por mi representada el 27 de octubre de 2008 aportando el citado escrito del Fiscal (Recurso 006-0020544-2008).

Esta parte interpreta que la resolución de este Alto Tribunal determina su competencia, en la fase actual del Sumario, en el correspondiente artículo de la LOPJ (y no en los motivos alegados por el Fiscal que recoge el Auto de 2-12-2008), y que razonan en sentido concordante con aquella los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 del Juez Instructor del Sumario y los votos particulares discrepantes de los Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008.

CUARTO.- A sabiendas de su injusticia los recusados Magistrados

1. han negado al Juez de instrucción, al margen de todas las reglas del procedimiento aplicables, el derecho-deber de declararse competente o incompetente, de reclamar el asunto o de inhibirse en él, que le corresponde exclusivamente;
2. han clausurado *de facto* la investigación de los delitos, a conciencia de que ningún otro órgano judicial los está investigando y sin designar ningún otro órgano competente;
3. han impuesto la denegación de justicia a los ofendidos por el delito.

QUINTO.- Incidencia material concreta del Auto injusto de 2 de diciembre de 2008

Quienes entre los recusados suscriben favorablemente este Auto han resuelto, en un incidente de competencia planteado por el Fiscal por el cauce del artículo 23 de la LECrim., cuestiones de fondo de interés directo para mi representada:

1. si el delito contra los legítimos altos organismos del Estado español y su Gobierno ha sido el medio de, y tenido como fin, cometer contra ciudadanos españoles los graves crímenes contra la Humanidad indicados en el Hecho Segundo, punto 2;
2. 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 el Auto de 18 de noviembre de 2008 pronunciado en el Sumario 53/2008, que damos por reproducida (documento anexo nº 5 a nuestro escrito de fecha 28.11.2008), y en el Auto de 16 de octubre de 2008 que acompaña como anexo nº 8 al escrito de querrela de 17 de noviembre de 2008.

Sin embargo, los Sres. Magistrados recusados, a sabiendas, se han servido de un artificioso incidente de competencia para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, invalidar la conexión entre los delitos investigados -parte esencial y sustantiva de los Autos del Instructor de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008- negar incluso la existencia del delito contra las Altas Instituciones del Estado y la forma de Gobierno como medio de cometer crímenes contra la Humanidad, a fin de fundamentar, por una vía procesal que saben que es irregular, el Auto de 2 de diciembre de 2008 que prohíbe investigar los delitos al único Juzgado que conoce de ellos, niega la conexión entre ellos, anula los Autos de 16 de octubre y 18 de noviembre de 2008 y, en consecuencia, paraliza sin límite de fecha la única investigación judicial jamás abierta en España por estos delitos.

3. Los Sres. Magistrados recusados que suscriben el Auto de 2 de diciembre de 2008, a sabiendas, han aplicado, en fraude, el artículo 23 de la LECriminal no para dirimir un inexistente conflicto de competencia, no para atribuir ésta a otro órgano judicial que prosiga la investigación de los delitos objeto del Sumario 53/2008, sino para hacer una calificación jurídica sobre el fondo, vedada en la fase y en el cauce procesal que ha promovido el Fiscal, a fin de obstruir la continuación de la investigación judicial.

Los fundamentos de esta afirmación los hemos desarrollado en el inciso SEXTO del escrito de querrela de 17 de noviembre de 2008, que damos aquí por íntegramente reproducidos. A los mismos agregaremos que

- el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no permitía a la Fiscalía impugnar la instrucción mediante la negación de competencia al Juzgado Instructor, pues no es la competencia lo que el Fiscal impugna sino el fondo mismo del asunto, como el Auto de 2.12.2008 confirma;
- el art. 23 LECrim. tiene como finalidad denunciar la incompetencia cuando se considera que es otro el tribunal competente, no cuando una parte entiende que no lo es el que tramita el asunto, es decir que carece de competencia objetiva, pues para esto último ya dispone de la declinatoria que tiene en la ley procesal una tramitación clara, como cuestión de previo pronunciamiento que debe resolverse una vez conclusa la instrucción, no antes (artículo 45 LECrim);
- lo que acredita que los recusados que firman el Auto de 2 de diciembre de 2008 han actuado a sabiendas al margen de la legalidad, utilizando un precepto aislado que, puesto en relación con los que le acompañan, no permite lo pedido por el Fiscal, ni lo concedido en el Auto de 2.12.2008, pues, insistimos, ni ha existido cuestión de competencia alguna ni a nadie se la atribuye este Auto, sino, simplemente, una orden al Juez de Instrucción para que no investigue los hechos;
- ni siquiera cabría aducir una cuestión declinatoria de competencia, pues lo que ha impugnado el Fiscal y le concede el Auto de 2.12.2008 es la ilegalidad misma de los hechos, y si son perseguibles penalmente.

4. la voluntad de consolidar a sabiendas el acto injusto y en perjuicio de las personas afectadas por los delitos investigados, la reafirman los querrelados al anunciar en su Auto de 2-12-2008 (págs. 11 y 12) que no admitirán a trámite recurso de súplica ni recurso de casación contra aquel, siendo así que saben que:

1. es doctrina del Tribunal Supremo que **tiene acceso al recurso de súplica** el Auto que inadmite *a limine* una propuesta de recusación (Auto de la Sala del Trib. Supremo del art. 61 de 28 febrero de 1999 (RJ 2001\5275)). Doctrina confirmada por el Trib. Constitucional (Sentencias de 20 julio (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) y 2 de febrero de 1984 (RTC 1984\64));

2. es doctrina consolidada del Tribunal Supremo -en cuanto a la aplicación de la expresión “*sin ulterior recurso*”, común a los artículos 22 y 23 de la LECrim. 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.- que el Auto que resuelve la cuestión de competencia **tiene acceso a la casación**. Así, la STS de 22 febrero 1983 (RJ 1983\1708) sobre cuestión de competencia, formulada precisamente por el cauce del art. 23 de la LECrim. ante la AT de Barcelona, que la desestima. Interpuesto recurso de casación con apoyo en el núm 1.º del art. 849 de la L. E. Crim. y denunciada infracción del art. 23 de la L. E. Crim., tanto la AP de Barcelona (Pleno) como el Tribunal Supremo admiten a trámite el recurso de casación. En igual sentido, SS.T.S. de 12 de junio de 1993 (RJ 1993\5420); 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;
3. el Auto de 2-12-2008 ha entrado, sin previo recurso de apelación, en la esfera de la aplicación del **artículo 25 de la LECrim.** -que regula la inhibición en el conocimiento de la causa- al anular el Auto dictado por el Juzgado de Instrucción en fecha 18 de noviembre de 2008 sobre inhibición en favor de Juzgados de Instrucción territoriales. Conforme al último párrafo de este artículo, contra los Autos de las Audiencias en materia de inhibición “***podrá interponerse el recurso de casación***”;
4. el **recurso de casación puede interponerse fundándose en la infracción de precepto constitucional** (art. 852 LECrim., STC de 24 abril de 2002 (RTC 2006\116), FJ 5);
5. el **Art. 851.6 de la LECrim. admite el acceso a la 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 (S. 542/2006, de 23 mayo, RJ 2006\3576);
6. el **Art. 851.1 de la LECrim. prevé, como 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, como ocurre en el Auto de 2-12-2008.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I

El art. 508.2 del Código Penal sanciona a la autoridad que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación, relativa a la causa que está conociendo. Es lo que parece haber ocurrido en la especie, según se desprende de la publicación que se acompaña como **doc. anexo nº 4.**

II

Las resoluciones adoptadas el 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008 por los Magistrados querellados no son sostenibles mediante una interpretación teleológica de las normas invocadas, ni por alguno de los métodos de interpretación del derecho científicamente aceptados en un estado democrático de Derecho en el que se aplique de manera efectiva el Convenio europeo de DD.HH. Reúnen los elementos del tipo del artículo 356 del Código Penal

III

Los artículo 24, 10.2 y 9.3 de la Constitución tutelan el derecho a la jurisdicción, a un proceso con todas las garantías, ante un Tribunal imparcial, sin dilaciones indebidas, la tutela judicial efectiva, a acceder a los recursos previstos por la ley y al juez predeterminado por la ley, la interdicción de la arbitrariedad, de la incongruencia y de la indefensión. Garantías todas que los Sres. Magistrados querellados conocen y han denegado a sabiendas.

IV

Saben los Señores Magistrados querellados que este Alto Tribunal, en su Sentencia de 28 de julio de 1999 (RJ 1999\6662), de la que es Ponente el Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater, tiene declarada la nulidad de actuaciones tras una resolución adoptada por la A. P. de Huelva después que la Sala, presidida por el Magistrado recusado, decidiera no admitir a trámite el incidente de recusación. Este Alto Tribunal consideró:

“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

“b) (...) 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. (...).

c) 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.

V

Saben los Sres. Magistrados querellados que al votar las dos resoluciones que se acompañan, mientras estaban recusados, han actuado en oposición a la doctrina sentada por el TEDDHH en la Sentencia de 22 de julio de 2008 que condenó al Reino de España por denegar el derecho del Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Gómez de Liaño a un Tribunal imparcial (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. »

VI

Consumación del delito: la prevaricación judicial activa es un delito de mera actividad y de lesión. Se consuma la prevaricación cuando se realiza la conducta típica de ‘dictar una resolución injusta’.

VII

Tipificación de los hechos, jurisprudencia y doctrina.

Los hechos descritos en los incisos PRIMERO a QUINTO configuran un presunto delito de prevaricación de Magistrados tipificado en el artículo 446.3º del Código Penal, sin perjuicio de ulterior tipificación si se confirmara la información publicada en el medio de comunicación que se acompaña en el **documento anexo nº 4.**

Jurisprudencia y doctrina

La citada en nuestros escritos de 17 y 28 de noviembre de 2008, que damos aquí por íntegramente reproducida.

Como diligencias que se deberán practicar indicamos las siguientes, previa declaración de pertinencia:

- la unión a la causa de los Autos de 1 y 2 de diciembre de 2008 que se acompañan, incluidos los votos particulares;
- 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 4;**
- que se tome declaración al Ilmo. Sr. Magistrado Instructor del Juzgado Central Nº 5, acerca de si ha recibido de parte del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo

Penal, o de alguna otra persona, instrucción, orden o intimación, directa o indirecta, relativa a la causa (Sumario 53/2008) que está conociendo;

- que se tome declaración sobre los relatados hechos al Sr. Fiscal o Sres. Fiscales firmantes de los escritos de 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008;
- que se tome declaración como inculpados a los Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, estando recusados, han tomado parte en la deliberación y votado los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008;
- que se tome declaración como testigos a los Sres. Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que han suscrito votos discrepantes en los Autos de 7 de noviembre, 1 y 2 de diciembre de 2008.

En su virtud,

A LA SALA SUPlico: Que teniendo por presentado este escrito, con los ocho elementos de prueba que se acompañan, se sirva admitirlo y disponer su unión a la causa; tener por instada la proposición de prueba que se formula y acordar su práctica.

Madrid, 10 de diciembre de 2008

Ldo. Joan E. Garcés
Col. N° 18.774
Madrid

Carmen Negrín Fetter