

Recurso N°: 20587/2008

Ponente Excmo. Sr. D.: Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

AUTO

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
25 FEB 2003	26 FEB 2003
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

Excmos. Sres.:

D. Juan Saavedra Ruiz

D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar

D. Joaquín Giménez García

D. Francisco Monterde Ferrer

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil nueve

I. HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 17 de noviembre del pasado año, tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito presentado por el Procurador Don Anibal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de DOÑA CARMEN NEGRIN FETTER contra el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional DON JAVIER GOMEZ BERMUDEZ y los Magistrados de la misma DON F. ALFONSO GUEVARA MARCOS, DON

FERNANDO GARCIA NICOLAS, DOÑA ANGELA MURILLO BORDILLO, DON GUILLERMO RUIZ POLANCO, DON ANGEL HURTADO ADRIAN, DON PALOMO GONZALEZ PASTOR, DON JULIO DE DIEGO LOPEZ, DON JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO y DON NICOLAS POVEDA PEÑAS, así como contra el Excmo. Sr. Fiscal-Jefe de la Audiencia Nacional DON JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO, a los cuales imputa un presunto delito de prevaricación, tipificado en el art. 446.3 del Código Penal, y que estaría constituido fundamentalmente por el contenido del Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2008, que obra en las actuaciones.

SEGUNDO.- Formado rollo en esta Sala núm. 3/ 20587/2008, por providencia de 18 de noviembre pasado se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado Excmo. Sr. Don Adolfo Prego de Oliver y Tolivar y se requirió al querellante por diez días a los efectos del art. 277.7ª LECrm.- Cumplimentado, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal en el trámite correspondiente evacuó traslado con fecha 13 de enero pasado en el que interesa la *asunción de la competencia para el conocimiento de la presente querella en función de lo dispuesto en los núm. 2º y 3º del art. 57 de la LOPJ y la inadmisión a trámite de la misma, con expresa imposición de las costas causadas al querellante.....*"

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de DOÑA CARMEN NEGRIN FETTER ha interpuesto querella criminal contra el Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Don Javier Gómez Bermúdez y los Magistrados de la misma Don F. Alfonso Guevara Marcos, Don Fernando García Nicolás, Doña Ángela Murillo Bordillo, Don Guillermo Ruiz Polanco, Don Ángel Hurtado Adrián, Don Palomo González Pastor, Don Julio de Diego López, Don Juan Francisco Martel Rivero y Don Nicolás Poveda Peñas, así como contra el Excmo. Sr. Fiscal-Jefe de la Audiencia Nacional Don Javier Alberto Zaragoza Aguado, a los cuales imputa un presunto delito de

prevaricación, tipificado en el art. 446.3 del Código Penal, al dictar fundamentalmente el auto de 7/11/08, en la cuestión de incompetencia, expediente núm. 34/08 Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que obra en las actuaciones.

SEGUNDO.- La condición que ostentan las personas contra las que se dirige esta querrela -Magistrados de la Audiencia Nacional y Fiscal-Jefe de la misma-, determinan la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para la instrucción y el enjuiciamiento, en su caso, de la presente causa (art. 57.1.3º LOPJ).

TERCERO.- En el escrito de querrela que encabeza estas actuaciones, se relacionan una serie de supuestas irregularidades en la tramitación de la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que dio lugar al expediente 34/08 del Pleno de la citada Sala y que dimanaban del Procedimiento Ordinario 53/08 del Juzgado Central de Instrucción número 5 en el que la querellante estaba personada en forma, a la que seguidamente vamos a hacer una sucinta referencia.

Según la parte querellante "*.....En fecha 21 de octubre de 2008, el Sr. Fiscal de la Audiencia Nacional invocó el art. 23 de la L.E. Criminal y presentó ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional un escrito en el que pide declarar la incompetencia del referido Juzgado Central de Instrucción, alegando entre otros motivos, que el delito contra la forma de Gobierno investigado sería competencia del Tribunal Supremo.....Dos días después, el 23 de octubre de 2008, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha admitido a trámite el escrito del Sr. Fiscal, incoó el Expediente núm. 34/2008 y se erigió en Juez y parte no habiendo sido planteada cuestión de competencia por ningún otro Juzgado Central de Instrucción, entiende esta parte que la propia Sala de lo Penal no es "el órgano inmediato superior común" al que reenvían el art. 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....El 27 de octubre de 2008 mi representada se personó en el referido expediente 34/2008 e informó al Pleno de la Sala de lo Penal que en la misma fecha había presentado ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo un requerimiento de inhibición, y solicitó que en tanto el Tribunal Supremo lo resuelve la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional suspenda la tramitación de la cuestión de competencia así como la práctica de cualquier diligencia que en el expediente se hubiera dispuesto.....En escrito de fecha 7 de noviembre*

de 2008 ha solicitado a la Sala que cualquier petición relacionada con este expediente que haya sido presentado por alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, sea notificada a las restantes partes personadas, a fin de que puedan ser oídas por la Sala y ésta haga efectivo el derecho de defensa amparado por el art. 24 de la Constitución antes de adoptar una resolución respecto de la petición que hubiere sido formulada.....En el transcurso de la tarde del mismo día 7 de noviembre mi representada ha leído en internet la información....."La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha suspendido cautelarmente la apertura de fosas de la Guerra Civil y el franquismo (...). Los 15 Magistrados de la Sala han celebrado un Pleno extraordinario a petición de la Fiscalía en que han adoptado la medida solicitada por el Ministerio Público. Los Magistrados han apoyado la decisión por 10 votos a cinco (...)" Se reitera que ninguna de las diligencias del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 habían sido recurridas en reforma por ninguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal.....En la misma tarde del 7 de noviembre de 2008 mi representada interpuso un recurso de súplica contra la resolución comunicada por medios de prensa, e instó declarar su nulidad de pleno derecho. En fecha de hoy esta petición aún no ha sido resuelta.- El 9 de noviembre de 2008 solicitó mi representada que los referidos diez Sres. Magistrados se abstuvieran de resolver el recurso de súplica así como de conocer y resolver el expediente 34/2008. En fecha de hoy esta petición aún no ha sido resuelta.- El 12 de noviembre de 2008 ha sido notificado el auto del día 7 anterior. No lo ha sido hasta la fecha, el escrito del Sr. Fiscal del que toma causa.....La resolución es el resultado de una serie de decisiones cuya acumulación y complementariedad confirman que ha sido tomada a sabiendas de que es injusta y con el ánimo de obstruir la administración de justicia, a saber: 1º) Los Sres. Magistrados querellados aún hoy todavía no han dado traslado a mi mandante -ni a las restantes partes personadas- de la petición formulada el 7 de noviembre de 2008 por el Sr. fiscal. 2º) Ello a pesar de que otros cinco Magistrados les advirtieran durante la deliberación del 7 de noviembre del deber de ponerla en conocimiento de todas las partes antes de resolver sobre la misma. 3º) A pesar, asimismo, de que en la mañana del 7 de noviembre del 2008 mi mandante presentó en el Registro de la Sección 1ª de la Sala de lo Penal la solicitud de que cualquier petición de alguna de las partes, incluido el Ministerio Fiscal, fuera notificada a las restantes a fin de ser oídas y hacer efectivo el derecho de defensa amparado por el artículo 24 de la Constitución. 4º) Los Sres. Magistrados han aceptado la dicha petición del Sr. Fiscal a pesar de haber sido presentada directamente al Pleno de la Sala al margen del procedimiento, y de que otros cinco Sres. Magistrados les

advirtieran durante la deliberación. 5°) Los querellados han aceptado también, la petición del Sr. Fiscal de dirigir una orden al Juez Central de Instrucción a pesar de que otros cinco Magistrados de la misma Sala les advirtieran durante la deliberación. 6°) La motivación del Auto de 7 de noviembre de 2008 tergiversa los hechos de la causa y constituye un apartamiento grave de la Ley. En efecto, 1.- Ni el escrito el Fiscal ni el Auto identifican, siquiera de manera indiciaria, cual podría ser "el perjuicio irreparable" ni quienes serían las "víctimas" de la práctica de las diligencias de investigación en curso. 7°) La motivación del Auto tergiversa los hechos de la causa y constituye un apartamiento grave de la Ley, asimismo, cuando invoca el Art. 22.2 de la LEcrm., para afirmar que las diligencias necesarias para la investigación del delito son solamente "aquellas que, de no realizarse contemporáneamente, frustrarían el fin mismo del proceso. Además, naturalmente, de la reconocida urgencia.". 8°) Los Sres. Magistrados querellados al parecer han ejecutado el referido Auto de 7 de noviembre de 2008 al margen del procedimiento, a sabiendas de que sus resoluciones deben ser ejecutadas por el Juzgado Central de Instrucción del que dimana el Sumario. 9°) Formulada el 9 de noviembre de 2008 respetuosa proposición de recusación invocando los artículos 219.10°, 223, 224 y 225 y ss. de la LOPJ, los Sres. Magistrados al parecer han resuelto continuar formando Sala a fin de deliberar y resolver, según parece desprenderse del tenor de la resolución adoptada el 10 de noviembre de 2008. Ello a pesar de saber que hasta que se decida el incidente de recusación quien continuará con la tramitación de la causa, es el que legalmente sustituye al recusado...."

CUARTO.- Una reposada lectura de la presente querella permite compartir el criterio expuesto por el Ministerio Fiscal en su dictamen al decir:

".... Estamos en presencia de un decisión judicial, elaborada, seria y razonada, que llega a la conclusión expresada en el acuerdo final, en base a criterios que han de ser calificados, en el peor de los casos, de absolutamente respetables.- No existe vulneración de norma jurídica alguna (el querellante, ni siquiera la invoca) y el auto supone un ejercicio de la jurisdicción razonada y razonable.....Incluso, la querella llega a incluir entre las personas contra las que se dirige "al Sr. Fiscal, que a sabiendas, en la forma radicalmente irregular e injusta que luego se dirá, ha impulsado en escritos presentados el 21 de octubre y 7 de noviembre de 2008, directamente ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la suspensión de diligencias ordenadas por el referido Juzgado instructor (los autos de 29 y 30 de octubre y las providencias

de 29 y 31 de octubre de 2008, los anexos 2 a 5) dirigidas a investigar los crímenes de Lesa Humanidad objeto del sumario 53/2008".- No es necesario constatar que el Fiscal a quien se alude, no ha dictado ninguna sentencia o resolución, y por ende difícilmente se puede incardinar su actuación dentro de las conductas tipificadas en el art. 446 y ss del Código Penal.- La tesis que se mantiene ya ha sido acogida por Esa Excma. Sala que en providencia de 26 de noviembre de 2008, declinó el conocimiento de la Sala Segunda de los hechos que motivaron el Auto que ahora se recurre, por no existir "razón ni fundamento legal para ello"....".

Más antes de pronunciarnos sobre el posible fundamento de esta querella, nos parece oportuno hacer unas reflexiones previas que nos permitan situar los hechos denunciados en el contexto global y temporal en que se han producido.- En este sentido debemos destacar que pendiente ya en la Sala el incidente de incompetencia, el Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando la adopción de medidas cautelarisimas que es lo que resuelve el Pleno el 7/11/08, así dice la resolución:

"....En consecuencia procede acoger la petición del Ministerio Fiscal y con carácter cautelarísimo requerir al Juzgado Central núm. 5 y a todos aquellos que estén actuando por auxilio judicial para que paralicen todas las actuaciones ordenadas en el sumario de referencia, salvo las que, de no realizarse ya, causarían un perjuicio irreparable e irreversible al fin de la investigación ordenada, de modo concreto y específico, que se paralicen las actividades tendentes a la exhumación de cadáveres con fines de identificación u otros en tanto no se resuelva por esta Sala de lo Penal la cuestión de incompetencia planteada por el Ministerio Fiscal.....".

En segundo término no dice en su escrito de querella cual fue el resultado del requerimiento de inhibición que el 27 de octubre presentó ante esta Sala, que fue registrado con el núm. 6/ 20544/2008 y en el que por providencia de 26 de noviembre pasado, resuelve recordando las normas que establecen la competencia de esta Sala (71 CE; art. 1º Ley de 9 de febrero de 1.912 y art. 57.1.2º LOPJ) *".... 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; ni que alguna de las personas que actualmente los desempeñen en los diferentes ámbitos del Estado, interviniera o participara en*

los hechos a los que el escrito alude.-En consecuencia no hay ninguna razón ni fundamento legal que justifique el conocimiento por esta Sala que el escrito postula por lo que procede desestimar lo que se pide, con archivo del presente Rollo....".

QUINTO.- Las observaciones hechas por la parte querellante sobre la forma, el modo y el tiempo en que la Sala dictó la resolución de 7/11/08, no suponen otra cosa que una opinión de dicha parte, respetable sin duda, pero a la que ninguna especial relevancia jurídica cabe reconocer.- Así si lo que se adopta con la citada resolución es una medida cautelarísima, el derecho de defensa queda, salvaguardado con la notificación que de la misma se hizo a las partes personadas, que en el caso de la querellante se ejercitó con el correspondiente recurso de súplica que dice interpuso, y en cuanto a los argumentos que esgrime sobre la competencia de esta Sala, quedan sin contenido por la resolución de 26/11/08 resolviendo el requerimiento de inhibición que la querellante con anterioridad al escrito del Ministerio Fiscal presentó ante esta Sala que declinó el conocimiento por no existir *"razón ni fundamento legal para ello"*.

Así las cosas, no parece que pueda apreciarse en esta resolución una actuación arbitraria del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 9.3 CE), ni una resolución carente de motivación, o un retorcimiento del derecho, ni, en suma, una resolución injusta por su evidente contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, por haber adoptado los Sres. Magistrados componentes del Pleno de la referida Sala un criterio de aplicación de la norma jurídica abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones usuales y admisibles en derecho (v.ss TS de 11 de diciembre de 2001 y de 26 de febrero de 2002), que es lo propio y característico del delito de prevaricación judicial, que es el que la parte querellante imputa a los Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, es mas cabe afirmar que se trata de una resolución judicial debidamente fundada de tal modo que no puede ser calificada de injusta (art. 446 CP) ni menos aún de "manifiestamente injusta" (art. 447 CP). De ahí que debemos concluir de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal que procede la desestimación de la querella conforme al art. 313 LECrm., por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno.

III. PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento de la querella presentada por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro, en nombre y representación de DOÑA CARMEN NEGRIN FETTER. Y, 2º) Inadmitir la querella por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal alguno, decretando el archivo de las actuaciones.

Así lo acordaron, mandaron y firman los Excmos. Sres. que han formado Sala para ver y decidir la presente, de lo que como Secretario, certifico.

.