

## **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 6 de marzo de 2009 me ha sido notificado el Auto del día 26 de febrero de 2009 que tácitamente inadmite a trámite la propuesta de recusación formulada con carácter subsidiario en el OTROSI de nuestro **recurso de súplica** de 10 de diciembre de 2008 contra el Auto de 2 de diciembre de 2008.

Estima mi representada, dicho sea con respeto, que el referido Auto –hecha abstracción del Fallo *stricto sensu*- incurre en una interpretación de la legalidad que vulnera los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 24, párrafos 1 y 2, de la CE, y que es susceptible de recurso de amparo, previa solicitud de declaración de nulidad de actuaciones por el cauce del artículo 241 de la LOPJ.

Por ello mi mandante formula la presente solicitud de nulidad del Auto de 26 de febrero de 2009 exclusivamente en cuanto que ha inadmitido a trámite, SIN motivación alguna, la respetuosa propuesta de recusación formulada en el referido OTROSI con carácter subsidiario, reservándose otras acciones que el Derecho le confiere para ejercitarlas ante el Tribunal competente.

Razono el presente recurso en base a los antecedentes y fundamentos de derecho que expongo sucintamente a continuación.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO**.- En escrito de fecha **10 de diciembre** de 2008 mi representada formuló recurso de súplica frente al **Auto de 2 de diciembre** de 2008, en el que instó en el **“PRIMER OTROSI DIGO: (...) Subsidiariamente (...)**

*“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 n° 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 agrego, 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 nº 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>1</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);

---

<sup>1</sup> “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)”.

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 Orosí 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;

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:** (...)

**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 inhabilitación, 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”*

**TERCERO.**- Que en fecha 12 de diciembre de 2008 mi mandante ha ratificado personalmente en presencia judicial la arriba transcrita respetuosa propuesta de recusación.

**CUARTO.**- El Auto de 26 de febrero de 2009, que resuelve el recurso de súplica contra el Auto de **2 de diciembre** de 2008, ha sido pronunciado formando Sala los propios Señores Magistrados, mientras se hallaban recusados, sin haber dado curso a la propuesta de recusación formulada con carácter subsidiario en Otrosí ni haber motivado en forma alguna su desestimación tácita.

En efecto, el Auto de 26 de febrero de 2009, que desestima el recurso de súplica de fecha **10 de diciembre** de 2008 contra el **Auto de 2 de diciembre** de 2008, no motiva su inadmisión tácita de la petición formulada con carácter subsidiario en el referido Otrosí.

**QUINTO.**- No cabe confundir el anterior Auto con un segundo Auto de igual fecha 26 de febrero de 2009, que se pronuncia sobre otro recurso con objeto distinto (petición de nulidad de actuaciones) y *causa petendi* diferente (contra el Auto de 1 de diciembre de 2008), delimitados en el Antecedente de Hecho 1 del segundo Auto:

*“ (...) escrito de **16 de diciembre de 2008** en el que, tras serle notificado **el auto de 1 de diciembre de 2008** que desestimaba su recurso de súplica contra el auto de 7 de noviembre del mismo año, **insta la nulidad** basándose en una supuesta recusación presentada el día 9 de noviembre de 2008.”*

El Razonamiento jurídico 1 de este segundo Auto alude a “*un escrito de 9 de noviembre en el que no recusa a magistrado alguno (...) Se trata de una cuestión ya resuelta...*”.

La parte dispositiva de este segundo Auto acuerda “*inadmitir el incidente de nulidad y petición de recusación presentados por Don Anibal Bordallo Huidobro, (...) en escrito presentado el **16 de diciembre** de 2008...*”

Salta, pues, a la vista que este segundo Auto se refiere al recurso de  nulidad  contra el Auto de 1 de diciembre de 2008, interpuesto en fecha 16 de diciembre de 2008.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### I

Mi representado entiende recurrir en amparo el Auto de 26 de febrero de 2009, en virtud de los Fundamentos que siguen:

1º.- La falta de motivación de una resolución judicial vulnera el art. 6.1 del Convenio Europeo de DDHH<sup>2</sup> en relación con los artículos 10.2 y 24 de la Constitución española.

2º. La denegación, inmotivada, de la práctica de las pruebas propuestas en el referido OTROSI para demostrar la ausencia de imparcialidad de una parte de los miembros de la Sala, vulnera la doctrina del Tribunal Europeo de DD.HH., a saber:

*“La imparcialidad debe apreciarse según una actuación subjetiva (tratando de determinar la convicción personal del juez en tal ocasión) y también según una actuación objetiva (dirigida a asegurar que ofrecía garantías suficientes para excluir al respecto toda duda legítima).”<sup>3</sup>*

Esta doctrina es asumida por el Tribunal Constitucional de España entre otras en la S. la núm. 39/2004 (Sala Segunda), de 22 marzo, Recurso de Amparo núms. 2023/2001, 2173/2001, 2179/2001 y 2183/2001 (acum.), RTC 2004\39.

3º. vulneración del artículo 24 en relación con el art. 10.2 de la Constitución, el art. 6.1<sup>4</sup> del Convenio Europeo de DD.HH. y el art. 219 LOPJ, en sus puntos 10º y 11º, al no haber dado curso al incidente de recusación en la forma establecida en las leyes;

4º.- infracción del artículo 24 en relación con el art. 10.2 de la Constitución y el art. 13<sup>5</sup> del Convenio Europeo de DD.HH., al haber resuelto el escrito de 10 de diciembre de 2008 una Sala integrada por los propios recusados, sin admitir a trámite el incidente de recusación, sin motivación alguna y con manifiesta incongruencia con lo pedido en los referidos Otrosies;

5º.- vulneración del artículo 5.1 de la LOPJ, según el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante “*en todo tipo de procesos*”, en relación con la doctrina sentada en la STC núm. 66/2000, de 13 marzo (RTC 2000\66, pp. 33 y 34), que aceptando la interpretación de la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo estimó que la parte debía haber formulado la recusación **en el propio recurso de Súplica interpuesto contra un Auto, aunque la Ley no permitía recurso alguno contra el mismo**, cuando ya disponía de todos los elementos para fundamentarla.

---

<sup>2</sup> Ver la Sentencia del TEDDHH de 9 de diciembre de 1994, Série A nº 303-A, que condena al Reino de España en el caso Ruiz Torija c. Espagne.

<sup>3</sup> Affaire Hauschildt c. Danemark, Sentencia de 24 de mayo de 1989 (Pleno), Serie A nº 154, p. 4.

<sup>4</sup> “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)*”.

<sup>5</sup> “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*”

6º.- Vulneración de la doctrina sentada en la Sentencia de 22 de julio de 2008 del TEDDHH (caso *Gómez de Liaño c. España*), que declara que el Tribunal español (en aquella ocasión la Sala II del Tribunal Supremo) debió atender la petición de abstención desde la misma fecha en que se formuló una **sugerencia de abstención sin recusación**, y condena al Reino de España por haber infringido el derecho a un Tribunal imparcial (art. 6.1 del Convenio, subrayado nuestro). La doctrina del Tribunal Europeo está sintetizada en los puntos 50 a 54 de la Sentencia:

*“50. El Tribunal señala que en este caso el recurso de amparo interpuesto por el demandante, en lo que concierne a la queja de falta de imparcialidad del Tribunal, fue rechazado por no haber agotado las vías de recurso ordinarias, al no haber solicitado la recusación de la Sala en tiempo y forma. Sin embargo, señala que la legislación aplicable relativa al plazo de caducidad para las demandas de recusación fue objeto de interpretaciones diversas en el seno de la misma Sala especial del Tribunal Supremo que tuvo que conocer la demanda presentada por el recurrente (apartado 27 supra), principalmente en lo que concierne al dies ad quem. En efecto, el rechazo de la recusación por extemporánea, confirmado por el Tribunal Constitucional en el marco del recurso de amparo, se apoyaba en una de las interpretaciones posibles de la legislación procesal. El Tribunal recuerda al respecto que no le corresponde sustituir a las jurisdicciones internas. Corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales, principalmente a los juzgados y tribunales, interpretar la legislación interna (ver, mutatis mutandis, Sentencias Brualla Gómez de la Torre contra España [TEDH 1997, 2] de 19 diciembre 1997, Repertorio 1997-VIII). El Tribunal señala que la recusación fue declarada extemporánea, debido a que el demandante la presentó no después de la decisión de envío a juicio sino una vez que esta decisión se convirtió en definitiva. Esta interpretación de la legislación procesal, discutida por cinco magistrados de la Sala especial del Tribunal Supremo y por el magistrado ponente del Tribunal Constitucional, parece demasiado rigurosa y formalista, ya que privó al demandante de la posibilidad de hacer examinar a fondo la queja relativa a la presunta parcialidad del Tribunal y de prevenir, llegado el caso, una situación contraria a la exigencia de imparcialidad que se desprende del artículo 6.1 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). El Tribunal recordó al respecto la importancia de la confianza de que los Tribunales de una sociedad democrática inspiren al justiciable (Remli contra Francia [TEDH 1996, 22], Sentencia de 23 abril 1996, Repertorio de sentencias y decisiones 1996-II, ap. 48).*

*51. En cualquier caso, el Tribunal señala que el demandante solicitó en dos ocasiones, el 16 de noviembre de 1998 y el 20 de diciembre de 1998, a la Sala en cuestión que se abstuviera de examinar su causa, invocando la Sentencia Castillo Algar (TEDH 1998, 51). Ahora bien, los miembros de la Sala, conscientes de los temores del demandante, no consideraron necesario inhibirse por iniciativa propia (ver, mutatis mutandis, Hayschildt contra Dinamarca [TEDH 1989, 8] de 24 mayo 1989, serie A núm. 154, pg. 21, ap. 1). Al respecto, señala que en derecho español existe una disposición de orden general, el artículo 221 de la Ley orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635), en vigor en la época de los hechos, que obliga al Juez concernido por una de las causas de abstención o de recusación prevista por la Ley a abstenerse de conocer el asunto sin tener que esperar a ser recusado (ver Sentencia Pescador Valerto contra España [TEDH 2003, 27](...)(...).*

*52. En estas condiciones, no se podría afirmar que las autoridades nacionales no tuvieron la posibilidad de corregir la violación alegada del artículo 6.1 (RCL 1999, 1190, 1572) (ver, mutatis mutandis, Castillo Algar contra España [TEDH 1998, 51],*

*Sentencia de 28 octubre 1998, Repertorio de sentencias y decisiones 1998-VIII, ap. 35, y Romero Martín contra España [ TEDH 2006, 42] [dec], núm. 32045/2003, 12 junio 2006). El Tribunal considera que esto sería hacer prueba de un «formalismo excesivo» considerar que el demandante omitió agotar las vías de recurso internas al no respetar las reglas procesales prescritas (ver, mutatis mutandis , Corcuff contra Francia [ JUR 2007, 291837] , núm. 16290/2004, ap. 27, 4 octubre 2007).*

*53. En consecuencia, la excepción de no agotamiento de las vías de recurso internas planteada por el Gobierno no podría ser admitida.*

*54.El Tribunal constata que la queja planteada del derecho a un Tribunal imparcial no carece manifiestamente de fundamento en el sentido del artículo 35.3 del Convenio [ RCL 1999, 1190, 1572] . Por otro lado, señala que no presentaba ningún otro motivo de inadmisión y, por tanto, conviene declararla admisible.” (Subrayado nuestro).*

En la especie, una parte de los Señores Magistrados de esta Sala adoptaron la medida cautelar de 7 de noviembre de 2008. Con posterioridad, la propuesta de recusación fue formulada en el escrito de 10 de diciembre (Otrosí, proposición subsidiaria). El Auto de 26 de febrero de 2009 no ha aplicado la doctrina del Tribunal Europeo y ha vulnerado el art. 6.1 del CEDDHH y el art. 24 de la Constitución española.

7º.- Los fundamentos jurídicos expuestos en nuestro escrito de fecha 10 de diciembre de 2008, en cuanto se refieren al derecho a un Tribunal imparcial y al derecho efectivo a formular respetuosa propuesta de recusación, así como los antecedentes expuestos en los correspondientes OTROSIES, que damos aquí por reproducidos en su integridad.

8º.- La relevancia constitucional se incrementa, si cabe, habida cuenta que la vulneración de garantías constitucionales consumada ha sido el medio a cuyo través se ha querido cerrar las puertas del Tribunal al conocimiento de los crímenes contra la Humanidad cometidos en España entre el 17 de julio de 1936 y el restablecimiento de las libertades fundamentales. Ello incumple las obligaciones contraídas por el Estado español al ratificar, sin formular reservas, el artículo 16.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 el 27 de abril de 1977 que, en conformidad con el art. 96 de nuestra Constitución, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español;

9º.- El Auto violenta los fundamentos mismos de la estructura y garantías de la independencia del sistema judicial, incluido la que es objeto estricto del presente recurso: el derecho a solicitar y obtener el acceso a un Tribunal independiente e imparcial.

## II

Concurren, en el presente caso, los requisitos previstos en el artículo 241.1 de la LOPJ para promover el incidente de nulidad de actuaciones:

a) Mi representado está legitimado en su calidad de parte perjudicada en el proceso donde se ha producido el vicio determinante de la nulidad;

b) El artículo 228 de la LOPJ dispone que contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno. El Auto de 26 de febrero de 2009 tiene un contenido de tática, absoluta e inequívoca inadmisión a trámite del incidente de recusación formulado con carácter subsidiario en el recurso de súplica de fecha 10 de diciembre de 2008 (Otrosí).

c) El incidente de nulidad se promueve ante el mismo Tribunal que dictó la resolución recurrida.

d) El escrito de solicitud se presenta dentro del plazo de veinte días previsto en la Ley.

e) La LO 6/2007, de 24 de mayo de 2007, por la que se modifica la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, establece la necesidad de formular el incidente de nulidad del art. 241.1 de la LOPJ como paso previo indispensable a interponer, en su caso, recurso de amparo;

f) el Convenio Europeo de DDHH. exige el agotamiento de los recursos internos como paso necesario a recurrir ante el Tribunal internacional con sede en Estrasburgo.

En su virtud

**A LA SALA SUPlico**: Que teniendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo; tener por promovido por el cauce del artículo 241.1 de la LOPJ, previo al recurso de amparo, la nulidad del Auto de 26 de febrero de 2009 exclusivamente en cuanto que, abstracción hecha del Fallo propiamente dicho, sin motivación alguna tácitamente ha inadmitido a trámite la respetuosa propuesta de recusación formulada con carácter subsidiario en el OTROSI del recurso de súplica formulado el 10 de diciembre de 2008 contra el Auto de 2 de diciembre de 2008; previos los trámites legales, lo estime en su día, declare la nulidad de la resolución dictada, lo sustituya por otro congruente y conforme con la propuesta de mi representada, admita a trámite la recusación y de a la misma el curso legalmente establecido.

Madrid, 20 de marzo de 2009

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