

Expediente 34/2008
Audiencia Nacional. Sala de lo Penal. Pleno.
Jº Central de Instrucción Nº 5
Sumario 53/2008

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Demandante

Dña. Carmen NEGRÍN FETTER, mayor de edad, casada, vecina de París (Francia), con pasaporte francés nº 03RC36020, con domicilio en la calle Zorrilla Nº 11, 1º der., Madrid 28014,

Postulación

DON Anibal BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales y de la recurrente, según acredito con la escritura de Poder que acompaño, bajo la dirección técnica del

Letrado D. Joan E. GARCÉS y RAMÓN, inscrito con el nº 18.774 en el I. Colegio de Abogados de Madrid,

ante la Sala comparezco y como mejor proceda en Derecho **DIGO**:

ORDEN DE LA EXPOSICIÓN

	<u>Página</u>
I. TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO	3
II. CONTENIDO DEL ESCRITO	4
III. ANTECEDENTES	4
IV. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL AMPARO	
Plazo de interposición; agotamiento de los recursos; invocación del derecho vulnerado	9
V.- FUNDAMENTOS DE DERECHO	
Competencia, legitimación, procedimiento	11
Derecho aplicable sustantivo	11
Jurisprudencia vulnerada	12
Procedencia y fundamento de la pretensión de amparo	12
A) La procedencia del amparo	
PRIMER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE DERECHO A FORMULAR RECUSACIÓN Y A UN TRIBUNAL IMPARCIAL	12

SEGUNDO MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE AMPARO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A UN TRIBUNAL IMPARCIAL, A LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO, A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD E INDEFENSIÓN	15
TERCER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE AMPARO DEL DERECHO AL PROCESO DEBIDO Y AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY	17
CUARTO MOTIVO.- VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA C.E. POR INCONGRUENCIA. ERROR	18
B) La vulneración cometida en las resoluciones impugnadas	19
C) La doctrina del Tribunal Constitucional	20
D) La tutela que se solicita	22
PETICIÓN	22
OTROSIES	23
Documentos anexos	25

I

TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

En conformidad con el art. 49, ap. 1, de la LOTC, la presente demanda se justifica en la especial trascendencia constitucional de que de modo consciente y deliberado, el Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ha vulnerado la doctrina constitucional reiterada en la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 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 podía formular la recusación incluso **en el propio recurso de Súplica interpuesto contra un Auto, aunque la Ley no permitiera recurso alguno contra este**, cuando ya disponía de todos los elementos para fundamentarla.

En el caso de especie, mi representada ha seguido ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el procedimiento de recusación señalado en la citada Sentencia del Tribunal Constitucional. No así la resolución recurrida, adoptada por una Sala integrada por los propios recusados que han inadmitido a trámite la respetuosa propuesta de recusación.

Ha vulnerado la resolución recurrida, asimismo de manera consciente y deliberada, la doctrina sentada en la Sentencia de 22 de julio de 2008 del TEDDHH (caso *Gómez de Liaño c. España*), oportunamente invocada por la recurrente, que declara que los Tribunales españoles (en aquella ocasión la Sala II del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional) debieron atender la petición de abstención desde la misma fecha en que se formuló una **sugerencia de abstención sin recusación**, y condenó al Reino de España por haber infringido el derecho del recurrente a un Tribunal imparcial amparado en el art. 6.1 del Convenio Europeo de DDHH.

La resolución recurrida ha “ordenado” cerrar la investigación al primer Juzgado de Instrucción que ha entreabierto los Tribunales al conocimiento de dichos crímenes al amparo

La resolución judicial que se recurre ha infringido, pues, el artículo 24 de la Constitución española, en las dimensiones que se desarrollan más adelante, los artículos 6.1 y 13 del Convenio Europeo de DDHH. y el artículo 16.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, ratificado por España el 27 de abril de 1977. Este último Tratado forma parte desde entonces del ordenamiento jurídico español en conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 del Código Civil.

II CONTENIDO DEL ESCRITO

Por su medio se formula demanda en solicitud de amparo constitucional frente al Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal (Pleno) de la Audiencia Nacional (**doc. anexo n° 1**), que de modo manifiestamente arbitrario e incongruente inadmite a trámite la propuesta de recusación formulada el 9 de noviembre de 2008 (**doc. anexo n° 2**), y veda al recurrente el derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial.

En escrito de fecha 16 de diciembre de 2008 fue solicitada la nulidad de actuaciones del Auto de 1 de diciembre de 2008 por el cauce del artículo 240.1 de la LOPJ, en cuyo OTROSI se reiteró la propuesta de recusación (**doc. n° 3**). Esta petición de nulidad ha sido desestimada en el Auto de 26 de febrero de 2009, notificado el día 6 de marzo de 2009 (**doc. n° 4**).

III ANTECEDENTES

1. Mi representada ejercita la acusación particular en el Sumario 53/1988 que instruye el Juzgado Central de Instrucción n° 5 (**doc. anexo n° 5**). En esta condición se ha personado el 27 de octubre de 2008 en el Expte. 34/2008 seguido a instancia del M° Fiscal ante el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y ha formulado 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*” (**doc. anexo n° 2**).

2.- La propuesta de recusación fue formulada en cuanto mi representada tuvo noticia, por medios de comunicación, de lo ocurrido en la reunión de la Sala del día 6 de noviembre de 2008. En el encabezamiento del escrito invocó “*el artículo 223¹ y concordantes de la LOPJ*” y en el Suplico instó a los Sres. Magistrados identificados en dicho escrito a 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. 224.2² de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225³ y ss. del mismo cuerpo legal”.

¹ 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.*”

² El artículo 224 regula la instrucción de “*los incidentes de recusación.*”

³ 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 (...)*”.

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).⁴ 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 de 9 de noviembre de 2008, que se acompaña aquí en el **anexo nº 2**).

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.

5. Los hechos que sirvieron de fundamento a la recusación y los motivos de la misma, son anteriores, externos y ajenos a los Fallos notificados el 12 de noviembre de 2008 (el Auto del anterior día 7 de noviembre, **doc. anexo nº 7**) y 9 de diciembre de 2008 (el Auto de 1 de diciembre de 2008, **doc. anexo nº 1**). Están descritos en el escrito de recusación de 9 de noviembre de 2008, cuyos ANTECEDENTES (puntos 6 a 15) damos aquí por reproducidos y reafirmados en su integridad.

6. El principio de prueba invocado en el meritado escrito de 9 de noviembre de 2008 guarda relación con la causa de recusación y no es descartable *prima facie*. En el Otrosí se solicitaba:

“ (...) **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 Nº 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 Nº 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

⁴ 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.*”

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.”*

7.- 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 noviembre de 2008 no ofrece duda lógica ni racional en cuanto a que desde dicha fecha está propuesta la recusación de los referidos Sres. Magistrados y comunicar 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*”.

8.- Mi representada 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, en escrito de 6 de diciembre de 2008 ha comunicado a esta última la propuesta de recusación y solicitado (**doc. aquí anexo nº 6**):

- 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).

Ante el silencio que siguió, esta petición de 6-12-2008 fue reiterada en escritos de fechas 15 de enero y 16 de febrero de 2009 (**doc. aquí anexo n° 6**).

9.- En fecha 9 de diciembre de 2008 me fue notificado el Auto del día 1 anterior (**doc. n° 1**), que rechaza *a limine litis* la respetuosa propuesta de recusación formulada el 9 de noviembre de 2008, considerando que: “1. (...) *La parte no ha recusado a magistrado alguno (...).*”

10. El 16 de diciembre de 2008 mi representada ha anunciado su propósito de acudir en amparo a este Tribunal al solicitar la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 2008 por el cauce del art. 240.1 de la LOPJ, reiterando en el Otrosí que se diera curso al incidente de recusación promovido el 9 de noviembre de 2008 en los términos que figuran en el **documento anexo n° 3**, a saber:

“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 n° 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, 10° 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”).

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

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. (...).*

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: (...)*

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”

11.- En fecha de 16 de diciembre de 2008 la recurrente ha ratificado en presencia judicial ambos escritos de recusación.

12. En escrito de fecha 15 de enero de 2009 mi mandante ha reiterado la respetuosa propuesta de recusación (**doc. nº 6**).

13. En Auto de fecha 26 de febrero de 2009 (**docs. anexos nos. 4 y 8**) el Tribunal *a quo* inadmitió a trámite

a) la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008 reiterada en el OTROSI del escrito de 16 de diciembre de 2008;

b) la nulidad de actuaciones formulada el 16 de diciembre de 2008 contra el Auto de 1 de diciembre de 2008;

c) la preparación del recurso de casación, declarando que contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 no cabe recurso de casación.

IV

REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA DE AMPARO

Primero.- Plazo de interposición.

En conformidad con el art. 44.2 de la LOTC y la LO 6/2007, de 24 de mayo (BOE de 25 de mayo), la presente demanda se interpone antes de que haya transcurrido el plazo de treinta días contados a partir de la notificación –el 6 de marzo de 2009- del Auto de 26 de febrero de 2009, que desestima el recurso de nulidad interpuesto contra el Auto de 1 de diciembre de 2008.

Se acredita ello mediante la aportación de copia sellada de la diligencia de notificación del Auto de 26 de febrero de 2009 (**documento anexo nº 4**).

Segundo.- Agotamiento de los recursos utilizables.

El artículo 228 de la LOPJ dispone que contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno.

Frente al Auto de 1 de diciembre de 2008 (**doc. anexo nº 1**) -la primera resolución judicial en la que se desconoció de modo inmediato el derecho a un Tribunal independiente e imparcial - la recurrente ha utilizado todos los medios que estaban a su alcance (art. 44.1.a) LOTC), a saber el Rº de súplica y subsidiariamente de casación, incluido el subsiguiente incidente de nulidad por el cauce del art. 241.1 de la LOPJ que la LO 6/2007, de 24 de mayo de 2007 establece como paso previo a formular recurso de amparo (STC núm. 55/2007 (Sala Primera), de 12 marzo, Recurso de Amparo núm. 6820/2004, FJ 2º).

El Auto de 26 de febrero de 2009 –**doc. anexo nº 8**- resuelve que contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 no cabe recurso de casación, cuya preparación inadmite.

A su vez, el Convenio Europeo de DDHH. exige el agotamiento de los recursos internos para recurrir, en su caso, ante el Tribunal internacional con sede en Estrasburgo.

El frívolo, ilógico y arbitrario razonar del Auto de 1 de diciembre de 2008 y del que lo confirma, su manifiesta inexistencia de fundamento suficiente en relación con los hechos y argumentos sometidos al Tribunal para que admitiera a trámite la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008, la manifiesta incongruencia de dichos Autos, su carencia de razonabilidad, evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de administrar Justicia respetando la apariencia de imparcialidad, muestran que **ningún recurso efectivo cabe ante la jurisdicción ordinaria susceptible de remediar la situación creada por el Fallo del Auto recurrido al inadmitir a trámite la respetuosa propuesta de recusación.**

Tercero.- Invocación formal del derecho vulnerado

La invocación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en sus manifestaciones de interdicción de la arbitrariedad, del error patente de las resoluciones judiciales, de un proceso público con todas las garantías, reconocidos en el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución española, se ha realizado desde la interposición de la propuesta de recusación el 9 de noviembre de 2008, y se ha reiterado en el escrito de 16 de diciembre de 2008 que insta la nulidad de actuaciones.

Así es de ver en la copia de los citados documentos que se acompañan con los **Nos. 2, 3 y 6.**

No existe ocasión procesal ninguna para efectuar invocación adicional ante la misma Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

V
FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Competencia

La competencia objetiva para el conocimiento de la demanda de amparo corresponde a la Sala, o, en su caso, Sección, del Tribunal Constitucional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 161 de la Constitución española y en los artículos 2.1,b), 11, 50 y 52 de la LOTC.

Segundo.- Legitimación

Doña Carmen NEGRIN FETTER está activamente legitimada para promover el presente recurso, en cuanto que es parte acusadora en el Sumario incoado en el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y en el Expte. 34/2008 ante la Sala de lo Penal de la A. Nacional del que dimana el presente recurso de amparo, y ha resultado agraviada por denegarle el derecho a un tribunal independiente e imparcial, a una resolución fundada en derecho, no arbitraria o infundada, y a un recurso efectivo.

Tercero.- Procedimiento

La tramitación del procedimiento se ajustará a lo establecido en el Capítulo II del Título III de la LOTC.

Cuarto.- Derecho aplicable de relevancia en la resolución del presente recurso

Derecho sustantivo

V.1.- El **art. 6.1⁵** del **Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales**, en relación con los arts. 24 y 10.2 de la Constitución y el art. 219 LOPJ, en sus puntos 10º y 11º, que las resoluciones recurridas han vulnerado.

V.2.- El **artículo 13** del mismo **Convenio Europeo de Derechos Humanos** en relación con los artículos 24 y 10.2 de la Constitución

*“**Derecho a un recurso efectivo.** 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.”*

V.3.- Las resoluciones recurridas han infringido, en este punto, también la **JURISPRUDENCIA** del **Tribunal Constitucional** en relación con el artículo 5.1 de la

⁵ “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones (...)*”.

LOPJ, según el cual la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es vinculante “*en todo tipo de procesos*”.

En particular, han infringido la doctrina sentada

- en la STC núm. 66/2000, de 13 marzo (RTC 2000\66, pp. 33 y 34) aceptando la interpretación de la Sala del art. 61 del Tribunal Supremo que estimó que la parte debía haber formulado la recusación incluso **en el propio recurso de Súplica interpuesto contra un Auto, aunque la Ley no permitiera recurso alguno contra el mismo**, cuando ya disponía de todos los elementos para fundamentarla (así lo hizo hecho mi representada en sus escritos de 9 de noviembre y 16 de diciembre de 2008);

- en el Auto del Tribunal Constitucional núm. 192/2007 (Pleno), de 21 marzo Recurso de Inconstitucionalidad núm. 8045/2006 (RTC 2007\192 AUTO), según el cual

“FJ 3. (...) Y distintos al presente son los casos que dieron lugar a los AATC 64/1984, de 2 de febrero (RTC 1984\64 AUTO), y 136/2002, de 22 de julio (RTC 2002\136 AUTO), en los que resolvimos sendos recursos de súplica contra resoluciones que habían acordado no admitir a trámite las solicitudes de recusación formuladas. La diferencia con el caso aquí planteado es clara ya que el Auto de 5 de febrero de 2007 (RTC 2007\26 AUTO) que ahora se recurre en súplica ha puesto fin al incidente recusatorio una vez tramitado el mismo y habiéndose resuelto sobre el fondo de las causas de recusación planteadas. Este diferente tratamiento se corresponde también con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de enjuiciamiento civil, que no establecen el carácter irrecurrible de cualesquiera resoluciones recaídas en un incidente de recusación sino sólo de la que lo decide, debiéndose entender por tal la que examina el fondo de la pretensión recusatoria. En efecto, la resolución que inadmite de plano una recusación aparece contemplada en los arts. 223 LOPJ y 107 LECiv, que no la consideran irrecurrible, mientras que en el art. 228 LOPJ lo que se regula es la estimación o desestimación de la recusación una vez tramitado el incidente, siendo precisamente en los arts. 228.3 LOPJ y 113 LECiv —y no en otros— en los que se establece que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno».

Sin embargo, el recurrido Auto de 6 de marzo de 2009 (página 3, *in fine*) sostiene que no cabe reiterar la recusación en el recurso de nulidad de 16 de diciembre de 2008, y la inadmite a trámite *a limine* por segunda vez.

Quinto.- Procedencia y fundamento de la pretensión de amparo

La pretensión se formula se funda en lo siguiente

A) La procedencia del amparo

PRIMER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE DERECHO A FORMULAR RECUSACIÓN Y A UN TRIBUNAL IMPARCIAL

En conformidad con los artículos 238.3º y 240.1 de la LOPJ, la no tramitación del incidente de recusación formulado el 9 de noviembre de 2008, la participación de los propios Señores Magistrados recusados en la Sala que resolvió la petición de nulidad de 10 de diciembre 2008, vicia los Autos recurridos de nulidad de pleno derecho, por haberse infringido las normas esenciales del procedimiento y causar indefensión.

Dicho sea lo anterior haciendo abstracción del Fallo de los Autos de 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009, irrelevantes en sí mismos a efectos de una recusación que se ha fundamentado en **hechos verificables y anteriores al Fallo, que permiten sospechar de la imparcialidad de algunos miembros del Tribunal, en apariencias que pueden revestir importancia**, como se dice en el Motivo 1º de la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008 en base a la doctrina de la Sentencia del TEDDHH de 17 de junio de 2003 (**caso Pescador Valerio c. España**):

“El elemento determinante consiste en saber si puede considerarse que las aprehensiones del interesado están objetivamente justificadas (casos Ferrantelli et Santangelo c. Italia de 7 de agosto de 1996, Recueil 1996-III, pp. 951-952, nº 58; Wettstein c. Suisse, nº 33958/96, nº44, CEDH 2000-XII).”

2. En el Motivo 3º del escrito de 9 de noviembre de 2008 se invocaba **“la muy grave falta de imparcialidad del Excmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal, hasta lograr que la Sala de lo Penal se constituya en juez y parte en el incidente de competencia promovido el 21 de octubre de 2008 por el Sr. Fiscal de la propia Sala de lo Penal de la propia Audiencia Nacional”**.

3. El primer hecho que motivaba la sospecha de parcialidad es que algunos Magistrados se auto-asignaran el papel de juez y parte, como explicita la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008, que enumera otros hechos verificables y externos al proceso.

4. Que esta aprehensión estaba justificada lo ha corroborado el Auto de 1 de diciembre de 2008, pronunciado por Magistrados que se constituyen en juez y parte y rechazan *a limine* la propuesta de recusación formulada el anterior 9 de noviembre.

5. No han aceptado, sin embargo, esta función de juez y parte los Ilmos. Sres. Magistrados que han votado en contra los Autos de 7 de noviembre y 1 de diciembre de 2008.

6. En particular, el Auto de 1 de diciembre de 2008 ha infringido los arts. 52, 53, 54, 55⁶, 56, 57, 59, 60⁷, 61⁸, 62, 63 (a), 64, 65, 66, 67, 68(d) de la LECrim, en relación con

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

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

⁸ 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”.

los arts. 233(3), 224(1)(1º); 225, párrafos 1, 3 y 4 ; 227 (3º) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), y el art. 24.2 de la Constitución en su dimensión de derecho a formular recusación y a un Tribunal imparcial.

7.- Jurisprudencia del Tribunal Supremo

7.1. 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):

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 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». (...).

En el Suplico y Otrosí de nuestro escrito de 9 de noviembre de 2008 no cabe duda que es “profiláctica” la petición de mi representada instando el apartamiento del caso y que: “*lo comuniqué 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, y tenga a bien acordarlo*”. Son los artículos que regulan precisamente el cauce procesal de la recusación.

7.2. 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 el Auto de 2-4-1998 inadmitiera de plano la recusación planteada, y ordenó retrotraer 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 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.”

7.3. 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; Cambell et Fell c. Reino Unido, de 28-6-1984, p. 85, entre muchas otras).

SEGUNDO MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE AMPARO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, A UN TRIBUNAL IMPARCIAL, A LA IGUALDAD ENTRE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO, A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD E INDEFENSIÓN

En conformidad con el artículo 238, puntos 3º y 6º, y 240.1 de la LOPJ, la no tramitación del incidente de recusación del 9 de noviembre de 2008 y la ulterior resolución por los propios recusados del recurso de nulidad interpuesto el 10 de diciembre de 2008 contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 -abstracción hecha del Fallo y fundamentación del mismo- vicia este Auto de nulidad absoluta por infracción de los artículos 24.1 y 24. 2 en relación con los arts. 10.2 y 9.3 de la Constitución, en su dimensión de amparo del derecho a la tutela judicial efectiva, a un tribunal imparcial, a la igualdad entre las partes en el procedimiento, a un proceso con todas las garantías y a la interdicción de la arbitrariedad 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 vulnerado el 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 suscita 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 a recusar a Sres. Magistrados, 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.- Las resoluciones recurridas no han aplicado

4.1 la jurisprudencia constitucional según la cual *“el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional”*, y puede sustentarse en motivos que en la especie no concurren, a saber, según la STC de 18 diciembre de 2003 (RTC 2003\229):

“en el incumplimiento de los requisitos formales que afecten a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea prima facie descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio [RTC 1982\47], F. 3; 234/1994, de 20 de julio [RTC 1994\234], F. 2; 64/1997, de 7 de abril [RTC 1997\64], F. 4; 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999\136], F. 5; 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002\155], F. 2).”

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*).

TERCER MOTIVO.- VULNERACION DEL ARTICULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN EN SU DIMENSIÓN DE AMPARO DEL DERECHO AL PROCESO DEBIDO Y AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY

En el supuesto caso de que, sin entrar a considerar el Fallo de 1 de diciembre de 2002, no fuera estimada la nulidad del mismo por los motivos anteriores, procede entrar a considerar, con carácter subsidiario, el Fallo en sí mismo, y fundamentar su nulidad en conformidad con el artículo 238, punto 2º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por haber vulnerado el derecho al proceso debido amparado por el art. 24 de la Constitución, como acreditan los siguientes hechos:

1) la petición del Fiscal de 7 de noviembre de 2008 en el origen del Expte. 34/2008 no ha sido notificada a esta parte –ni a las restantes- 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*”;

2) la petición del Fiscal ha sido debatida y resuelta por la Sala sin haber oído a todas las partes personadas, con la consiguiente indefensión. El Tribunal Constitucional tiene dicho (por todas, la STC de 22 marzo de 1993 (RTC 1993\105) que:

“3. Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva , reconocido en el art. 24.1 CE, comprende, no sólo el derecho de acceso al proceso y a los recursos, sino también a que el órgano judicial que revise el proceso decida conforme a lo alegado por las partes, oídas contradictoriamente, sin que pueda justificarse la resolución judicial inaudita parte más que en caso de incomparecencia por voluntad expresa o tácita, o por negligencia imputable a la parte interesada [SSTC 112/1987 (RTC 1987\112), 151/1987 (RTC 1987\151), 66/1988 (RTC 1988\66) y 37/1990 (RTC 1990\37), entre otras]”;

3) el art. 52 de la LOPJ dispone que en las cuestiones de competencia es obligatorio oír a las partes, y frente a esta disposición el Auto de 1 de diciembre de 2008 (pág. 5, punto 4) opone una norma de rango inferior como es el art. 23 de la LECrim., interpretada por los Señores Magistrados mientras se hallaban recusados en términos incompatibles con el art. 24 de la Constitución, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que luego se dirá y la del Tribunal Supremo (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, entre otras).

4) las resoluciones del Juzgado Instructor de las que toma causa el Auto de 7 de noviembre de 2008 no han sido recurridas por el Fiscal u otra de las partes por ninguno de los cauces establecidos en la LECrim., por lo que aquellas han ganado firmeza;

5) el Auto de 7 de noviembre de 2008 está dirigiendo una orden al Juez Instructor, infringiendo el artículo 12.2 de la LOPJ;

6) es arbitrario e incongruente el Fallo de 1 de diciembre de 2008 en relación con la fundamentación del mismo en su página 7 (puntos 6 y 7), pues no concurría riesgo alguno de nulidad de las diligencias que ha prohibido practicar;

7) el Auto vulnera el art. 733.4 de la LECrim., pues ninguna de las partes personadas en el Sumario 53/2008 (tampoco el Fiscal, según afirma el voto particular disidente- puntos 2 y 4- que han tenido acceso al escrito del Fiscal de 7 de noviembre), ha instado la “medida cautelar” que el Auto de 7 de noviembre acuerda;

8) el cauce del art. 23 LECrim. no es ninguno de los establecidos en la ley para recurrir ante la Audiencia la práctica de diligencias de investigación acordadas por el Juez Instructor sin que ningún otro órgano judicial cuestionara su competencia;

9) el Fallo vulnera, asimismo, el párrafo final del art. 23 de la LECrim. al asumir el Tribunal enjuiciador, *de facto* y al margen del proceso, las competencias, que el art. 22 de la misma Ley confiere exclusivamente al Juez Instructor del Sumario, a saber practicar “*las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia*”;

10) el Fallo es el medio a cuyo través se busca mantener cerradas las puertas de los Tribunales españoles 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 a partir del 15 de junio de 1977;

11) La resolución recurrida ha vulnerado el artículo 16.2 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, al “ordenar” cerrar la investigación al primer Juzgado de Instrucción que ha tratado de entreabrir las puertas de los Tribunales a dichos crímenes. Orden dada, además, violentando los fundamentos de la estructura y garantías de la independencia del sistema judicial.

CUARTO MOTIVO.- VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 DE LA C.E. POR INCONGRUENCIA, ALTERACION DE LA CAUSA DE PEDIR Y ERROR

La propuesta de recusación de 7 de noviembre de 2008 está explícitamente fundada en los artículos de la LOPJ que regulan el procedimiento de recusación. En el SUPPLICO se pide, expresamente, que se comunique la propuesta:

“a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional en conformidad con el Art. 224.2⁹ de la LOPJ, a los efectos establecidos en el Art. 225¹⁰ y ss. del mismo cuerpo legal”.

Igual petición se reitera, y formula de nuevo, en el escrito de 16 de diciembre de 2008.

Sin embargo, las resoluciones recurridas fundamentan su Fallo en negar arbitrariamente la evidencia de la recusación, aduciendo que se trataba de una mera invitación a la abstención voluntaria, lo que ha alterado la causa de pedir.

Basta leer el mandato de los artículos de la LOPJ invocados en los Suplicos del 9 de noviembre y 10 de diciembre de 2008 para advertir la incongruencia y arbitrariedad de las resoluciones que se recurren.

Concurren, pues, en los Autos recurridos los supuestos de incongruencia, error, arbitrariedad y alteración de la causa de pedir, prohibidos por el art. 24.1 de la Constitución, el art. 13 del Convenio Europeo de DD.HH., la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del citado Tribunal Europeo con sede en Estrasburgo.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es tanto más relevante cuanto que los motivos de los recursos promovidos tenían por objeto la vulneración de derechos fundamentales.

Las circunstancias expuestas ponen de manifiesto que los Autos recurridos no han salvaguardado los derechos del recurrente, al no dar respuesta motivada sobre las vulneraciones de derechos fundamentales que plantean aquellos, lesionando así el derecho que el art. 24.1 C.E. reconoce.

B) La vulneración cometida en las resoluciones impugnadas

1. En el recurso de amparo no se plantea debatir de nuevo el contenido del Auto recurrido, ni la interpretación y consecuencia de su Fallo.
2. El recurso se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que el Tribunal *a quo* hace del derecho a formular respetuosa propuesta de recusación, que de hecho imposibilita su ejercicio.
3. El recurso solicita que otorgando el amparo se garantice, en aras de la efectividad de los derechos constitucionales vulnerados, que el Tribunal *a quo* no incurra en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad y error.

⁹ El artículo 224 regula la instrucción de “*los incidentes de recusación.*”

¹⁰ 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 (...)*”.

Lo que pide el recurrente es conforme con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional en materia de derecho a un Tribunal imparcial.

C) La doctrina del Tribunal Constitucional

El Tribunal al que tengo el honor de dirigirme ha declarado reiteradamente la nulidad de las resoluciones judiciales que han vulnerado las garantías invocadas a lo largo del presente escrito, según tiene afirmada la jurisprudencia en el mismo citada, por resultar lesivas del derecho declarado en el art. 24.1 CE (por todas, Autos del TC de 27 de noviembre de 2007 –Pleno- RTC 2007\443; de 16 de octubre de 2007 –Pleno- RTC 2007\387; 21 de marzo de 2007 –Pleno- RTC 2007\192; Sentencia 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.

Interpuesto el presente recurso después que el Tribunal Europeo de DD.HH. condenara al Reino de España en el caso Gómez de Liaño c. España (STEDH 2008\51, de 22 de julio de 2008), respetuosamente se solicita que el Tribunal Constitucional tenga presente la doctrina de esta Sentencia y la aplique al resolver el recurso, en particular la recogida en los puntos 50 a 54 :

“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).*

Es, asimismo, de aplicación a las recurridas resoluciones judiciales la constante doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de acceso a un Tribunal imparcial, al juicio debido, a un recurso eficaz que respete el standard de los derechos fundamentales establecido en los Tratados vigentes en España. Así, la STC núm. 116/2006 (Sala Primera), de 24 abril (RTC 2006\116), tiene declarado:

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

Ordenamiento jurídico español» (ATC 260/2000, de 13 de noviembre [RTC 2000\260 AUTO], F. 2).”

D) La tutela que se solicita

Por todo ello, se solicita el otorgamiento del amparo frente a las relatadas vulneraciones, mediante la declaración de que los Autos de 1 de diciembre de 2008 y de 26 de febrero de 2009 han vulnerado el Convenio Europeo de DD.HH. (artículos 6.1 y 13), en relación con el derecho a un tribunal imparcial, al juicio debido, a un recurso eficaz, a la tutela judicial efectiva, al juez predeterminado por la ley, a la igualdad entre las partes, en sus manifestaciones de interdicción de la arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad, amparados todos por el artículo 24.1 y 24.2 de la Constitución.

A fin de restablecer al demandante en la plenitud de su derecho, procede anular las resoluciones recurridas y ordenar la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse el Auto de 1 de diciembre de 2008, de manera que por la propia Sala se dicte nueva resolución mediante la que elimine el resultado disconforme con el vulnerado derecho fundamental.

PETICIÓN

a) **Formal:** Tenga por presentado este escrito de demanda con los documentos que acompaño, me tenga por comparecido y parte demandante en la representación que acredito, y tenga por formulado proceso en solicitud de amparo constitucional frente al Auto de 1 de diciembre de 2008, confirmado en el Auto de 26 de febrero de 2009.

b) **Material:** dicte en su día Sentencia por la que, estimando el amparo que se solicita,

1º se declare que Auto de 1 de diciembre de 2008 -así como el Auto de 26 de febrero de 2009 que lo confirma- ha vulnerado el derecho fundamental del recurrente Da. Carmen NEGRIN FETTER a proponer recusación de Magistrados, a un tribunal imparcial, a la tutela judicial efectiva, a la igualdad entre las partes, a un proceso con todas las garantías, al juez predeterminado por la ley, a la interdicción de la arbitrariedad, incongruencia e indefensión, al debido proceso. Derechos amparados por el Convenio Europeo de DD. HH (artículos 6.1 y 13 en relación con los arts. 10.2, 24.1 y 24.2 de la Constitución española);

2º se declare la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 2008 -así como la del Auto de 26 de febrero de 2009 que la confirma-;

3º se ordene la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse el Auto de 1 de diciembre de 2008 para que, en su lugar, se dicte una nueva resolución respetuosa con el contenido de los derechos fundamentales vulnerados.

OTROSI DIGO: SOLICITUD DE SUSPENSION DE LAS RESOLUCIONES RECURRIDAS

Sin paralización de la causa, solicito que se suspenda cautelarmente la ejecución de los Autos de 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009. Baso mi pretensión en los siguiente fundamentos:

1.- Una hipotética estimación del presente recurso en amparo 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 referidos Autos 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 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 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, el otorgamiento del amparo por el Tribunal Constitucional conduciría a la anulación de los Autos de 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009, adoptados por una Sala cuya mayoría de miembros se hallaba 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 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009 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 el amparo, 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 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009.

6.-. 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 1 de diciembre de 2008 y 26 de febrero de 2009, hasta tanto recaiga resolución firme y definitiva en el presente recurso de amparo.

OTROSI SEGUNDO DIGO: Que por serme necesario para otros pleitos, solicito el desglose y entrega del Poder que acompaño, dejando en autos testimonio del mismo.

En su virtud,

A LA SALA SUPlico: el desglose del Poder que acompaño,

Madrid, 31 de marzo de 2009

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

DOCUMENTOS ANEXOS

No.

- 1 Auto de 1 de diciembre de 2008 de la Sala de lo Penal de la A. Nacional
- 2 Propuesta de recusación formulada el 9 de noviembre de 2008
- 3 Petición de nulidad de actuaciones de 16 de diciembre de 2008 contra el Auto de 1 de diciembre de 2008
- 4 Auto de 26 de febrero de 2009 que desestima la petición de nulidad de Actuaciones formulada el 16 de diciembre de 2008
- 5 Admisión del recurrente en calidad de acusación particular en el Sumario 53/1988 que instruye el Juzgado Central de Instrucción nº 5. Providencia de 24 de octubre de 2008
- 6 Escritos dirigidos en fechas 6 de diciembre de 2008, 15 de enero y 16 de febrero de 2009 a la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional reiterando que se de curso a la propuesta de recusación de 9 de noviembre de 2008
- 7 Auto de la Sala de lo Penal de la A. Nacional (Pleno) de 7 de noviembre de 2008
- 8 Auto de 26 de febrero de 2009 que resuelve que contra el Auto de 1 de diciembre de 2008 no cabe recurso de casación.

