

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

DON JOSE MIGUEL MARTINEZ-FRESNEDA GAMBRA, Procurador de los Tribunales colg. nº 1.081 y de **ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS (ALA), IZQUIERDA UNIDA, ASOCIACION “JUSTICIA Y SOCIEDAD”, FEDERACION “LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES”**, según se acredita mediante escrituras de poder general para pleitos con cláusula especial para formular querrela que se adjuntan como documento número 0, ante el Juzgado comparezco y como mejor proceda en Derecho DIGO:

Que por medio del presente escrito vengo, en la representación que ostento, a interponer **QUERRELA CRIMINAL**, de conformidad con lo establecido en el artículo 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el ejercicio de la **ACUSACIÓN PARTICULAR**, al amparo de lo establecido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, y en los artículos 101 y 277 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra los Ilmos. Sres. **D.ÁNGEL HURTADO ADRIÁN, D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ y D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ** por la probable y posible comisión de los delitos siguientes:

- **PREVARICACIÓN del Art. 446 del Código Penal.**

así como cualquier otro delito que aparezca en el transcurso de la investigación de los hechos que se denuncian, y contra quienes resulten responsables a lo largo de la misma.

I- NOMBRE Y DOMICILIO DE LOS QUERELLANTES:

ASOCIACION LIBRE DE ABOGADOS (A.L.A.), CIF G-79387247, con domicilio social en calle Montesa 49, 5º A, 28006 Madrid

IZQUIERDA UNIDA, CIF G-78269206, con domicilio social en la Calle Olimpo nº 35 de Madrid.

ASOCIACION "JUSTICIA Y SOCIEDAD", CIF G-35942176, con domicilio social en c/ León y Castillo, 139, 1 izquierda, CP 35004, Las Palmas de Gran Canaria

FEDERACION LOS VERDES, ELS VERDS, BERDEAK, OS VERDES, CIF G18459230, con domicilio social en C/ Gran Vía Ramón y Cajal nº 16 pta., 1ª, 46007- Valencia.

II.- NOMBRE, APELLIDOS Y VECINDAD DEL QUERELLADO

Las personas contra quienes se dirige la acción penal, a la que se acumula la correspondiente acción civil, y una vez que sea admitida la presente querrela han de ser imputadas en concepto de autores son los Magistrados de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Ilmos. Sres:

1º DON ÁNGEL HURTADO ADRIÁN

2º DON ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ

3º D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ

Desconociendo el domicilio particular de los tres querellados, los mismos podrán ser citados en la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sita en la Calle Prim nº 12, 5ª Planta, Madrid.

III- ORGANO JUDICIAL ANTE EL QUE SE PRESENTA.

La presente querrela se interpone ante la **Sala Segunda del Tribunal Supremo**, conforme a lo establecido en el artículo 57.apartado 1º, inciso 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación al Art. 272 LECRIM, toda vez que los hechos denunciados serían constitutivo de delito de prevaricación realizado en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales por tres magistrados de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de Audiencia Nacional.

IV.- RELACIÓN CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS

Queremos llamar la atención de la Sala por cuanto algunos de los hechos que van a ser relatados son manifiestamente irregulares y pudieran ser constitutivos - de igual manera que los que son objeto de la querrela - de ilícitos penales y así ser calificados por parte de este Tribunal; pero dada la complejidad de los mismos y la necesaria instrucción, esta representación considera que debe iniciarse esta investigación por los hechos que por medio de la presente querrela son denunciados y que para esta parte, sin género de dudas incurren en el delito sobre el que versa la presente acusación.

Al hilo de lo expuesto y sin perjuicio de que detallaremos tanto en los presentes hechos como en los fundamentos de derecho la razón que nos ampara para la interposición de la presente querrela, creemos necesario desarrollar de una manera lo más detallada posible todas las circunstancias fácticas que tanto con

carácter previo como posterior se han ido produciendo y que consideramos deben ser objeto de investigación por parte de la Sala ante la que nos estamos dirigiendo.

PRIMERO: El día 28 de febrero de 2013 las organizaciones Izquierda Unida, Asociación Libre de Abogados (ALA), Asociación “Justicia y Sociedad”, Asociación “Coda-Ecologistas en Acción, y la Federación “Los Verdes, ElsVerds, Berdeak, os Verdes” presentaron ante la Audiencia Nacional querrela criminal contra Luis Bárcenas Gutiérrez, Álvaro Lapuerta, diversos dirigentes del Partido Popular y diez empresarios de la construcción por la presunta perpetración de numerosos delitos de alcance público, querrela que tomaba como base diversas informaciones aparecidas en prensa.

En particular, la querrela hacía referencia a la información suministrada por el diario El Mundo y la documentación publicada el día 1 de Febrero de 2.013 por el diario El País, documentos que tienen su origen descriptivo en el año **1990** y que revelaban una supuesta financiación ilícita del Partido Popular. Se acompaña como **Doc. nº 1A y 1B copia de la querrela.**

En la querrela se detallaba cómo de los *papeles* del ex tesorero del Partido Popular se establecían una serie de indicios que alcanzaban a diversos empresarios constructores citados en los documentos en tanto podrían haber influido “en y para la adjudicación” de diversas obras públicas, toda vez que en los documentos atribuidos al ex tesorero del Partido Popular se anotan pagos realizados por constructores de obra pública al Partido Popular en días coincidentes o cercanos temporalmente con las fechas de publicación en los Boletines Oficiales de adjudicaciones de obra o dentro del marco de proceso de licitación y de los que finalmente fueron beneficiados las empresas controladas por los constructores pagadores.

SEGUNDO Dicha querrela fue turnada por la oficina de reparto, siendo recibida el día 28 de Febrero de 2.013 por el Juzgado Central de Instrucción nº 3.

El día 1 de Marzo de 2.013 el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó auto de incoación de Diligencias Previas nº 25/2013 y acordó el traslado de la querrela

para que el Ministerio Fiscal se pronunciara acerca de la competencia de la Audiencia Nacional para el conocimiento de los hechos denunciados en aquélla.

El Ministerio Público, mediante escrito de fecha 8 de marzo, sin informar expresamente sobre la competencia solicitada por parte del Juzgado Central de Instrucción 3, solicita la inhibición a favor del Juzgado Central de Instrucción nº 5.

TERCERO.- Mediante auto de fecha 11 de marzo, el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó resolución, por la que admitió a trámite la querrela presentada. Se adjunta dicho auto como **doc. nº 2**

Es importante destacar algunas cuestiones del auto dictado por la importancia de las mismas, así como porque permiten establecer la consecuencia lógica de las acciones aquí interpuestas y los motivos en los que se fundan dichas pretensiones:

- En el razonamiento jurídico 22 del auto de admisión del 11 de marzo, se determina , en relación con la solicitud de inhibición realizada por el Ministerio Fiscal que la misma queda pendiente de resolver

22.El Ministerio Fiscal -cuyo informe no es preceptivo y, por lo tanto, tampoco vinculante-, en su escrito de 8 de marzo no se pronuncia expresamente sobre la competencia para conocer de estos hechos, sino que se limita a solicitar la inhibición en favor del Juzgado Central de Instrucción número 5. Esto hace preciso que antes de resolver sobre la inhibición solicitada por la parte acusadora pública, deba oírse a los querellantes para que aleguen lo que a su derecho convenga para lo que deberán tener conocimiento de los documentos, autos e informes sobre los que dice la parte instante que sustenta su petición.

- Considera el Juzgado Central de Instrucción 3 en su razonamiento jurídico 23 que para poder resolver sobre la inhibición planteada, debe entregársele por parte del Juzgado Central de Instrucción 5 una serie de documentación que enumera y determina a través del acuerdo IV del reiterado auto

IV. Reclámese del Juzgado Central de Instrucción número 5, la remisión de los autos de 5 de febrero y 1 de marzo de 2013 dictados, los escritos de solicitud y de recurso de la parte, los informes del Ministerio Fiscal previos a resolver sobre estos, el informe emitido por la UDEF-BLA, con número de registro de salida 22.510/13, de 6 de marzo de 2013 y la certificación del Sr. Secretario del juzgado sobre la fecha de incoación de las diligencias 275/08, junto con una relación de las acusaciones personadas y de los imputados.

A los efectos que nos interesan, debemos destacar

1º.- Por un lado, que en el momento de cometerse los hechos presuntamente delictivos ahora denunciados estaba pendiente de resolverse la inhibición planteada por parte del Ministerio Fiscal

2º.- Que no se podía resolver sobre la inhibición solicitada por el ministerio público en tanto en cuanto se cumplieran unos determinados requisitos consistentes en (i) entrega de una documentación (ii) dar traslado a las partes para alegaciones de conformidad con lo previsto en la Ley Rituraria

CUARTO.- Como consecuencia de la admisión de la querrela, y también en el auto de fecha 11 de marzo, por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 3 se acuerdan una serie de diligencias; siendo las relevantes para la presente querrela, las relativas a las declaraciones del Sr. Barcenas y resto de querrelados, fijándose las mismas para los días 25, 26 y 27 de marzo (Acuerdo II)

QUINTO.- **Contra la referida resolución de 11 de marzo de 2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 3, el Ministerio Fiscal presentó recurso de Apelación en fecha 14 de marzo, modificando el tipo de recurso a interponer por el de Reforma y Subsidiario de Apelación mediante escrito posterior de igual fecha**

Se interpone el recurso *“con la finalidad de que por la Sala se acuerde la modificación de la resolución impugnada en el sentido de dejar sin efecto la práctica de las diligencias - **ACUERDOS II Y IV DEL AUTO IMPUGNADO** - por no considerarlas necesarias para cumplir y satisfacer la finalidad perseguida expresada en la propia resolución”*

A tal recurso se les dio traslado a mis representados que lo impugnaron en tiempo y forma, y solicitaron que se confirmara la resolución por entender que era plenamente ajustado a Derecho.

SEXTO: Es importante también señalar que el Juzgado Central de Instrucción nº 3 dictó el 14 de marzo providencia por la que resolvía **SUSPENDER LAS DECLARACIONES DE LOS IMPUTADOS (Acuerdo II) EN TANTO EN CUANTO SE RESOLVIERA LA SOLICITUD DE INHIBICIÓN PLANTEADA:**

“Visto que el objeto del recurso es que se suspenda la práctica de las diligencias acordadas en el ordinal II del auto recurrido hasta que resolvamos sobre la inhibición planteada por la recurrente, (...)”

SEPTIMO.- Con fecha 19 de marzo, por parte del Juzgado Central de Instrucción nº 3 se dicta Auto por el que resuelve la petición de inhibición realizada por parte del Ministerio Fiscal, declarando que no cabe respecto y a favor del Juzgado Central de Instrucción 5, sino que debe ser este último el que se inhíba a su favor.

Hemos de señalar que dicho Auto ha devenido FIRME, no habiendo sido recurrido por ninguna de las partes.

OCTAVO.- Con base en el auto de fecha 19 de marzo, en desarrollo del mismo y en atención a lo previsto en la Legislación precedente¹, el 20 de Marzo de 2013 se dicta por el Juzgado Central de Instrucción 3 providencia por la que - habiéndose resuelto sobre la inhibición realizada y por tanto cumpliéndose las premisas en cuanto a la reanudación de las diligencias acordadas² - se cita al querellado Luis Bárcenas Gutiérrez para el día 22 de Marzo a las 12:00 horas, a petición de su letrado.

Por otra parte, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 tenía previsto citar al Señor Luis Bárcenas Gutiérrez para que declarase el jueves día 21 de marzo, siendo que

¹Artículos 311 y 312 de la LECr.

²Recuerdese la providencia de fecha 14 de marzo de suspensión de diligencias y el plazo de suspensión de las mismas acordado en la referida providencia : Resolución de la Petición de Inhibición

finalmente, e igualmente a petición de la defensa de Luis Bárcenas, se modificó la declaración de este para el viernes 22 de marzo a las 10:00 horas.

NOVENO.- El día 21 de Marzo de 2.013 el Ministerio Fiscal presentó recurso de apelación contra la anterior providencia, ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3, interesando se dejara sin efecto dicho señalamiento, lo que acredito como **Doc nº 3**.

En dicho recurso no se planteaba expresamente ninguna queja sobre la particular inconveniencia de la práctica de la toma de declaración del Señor Bárcenas, así como tampoco se planteaba al Juzgado Central de Instrucción nº 3 que de forma cautelarísima resolviese sobre la procedencia de la suspensión de la declaración del día siguiente.

Asimismo a esta parte **debe** poner de manifiesto que – tal y como se puede comprobar con una mínima lectura del mismo, el recurso contra la referida providencia es una copia “quasi exacta” del recurso de reforma y subsidiario de apelación interpuesto con fecha 14 de marzo justificando su impugnación en (i) que debería resolverse la petición de inhibición realizada (ii) la innecesaridad de las diligencias a practicar.

DECIMO.- Esta sucesión de hechos pone de manifiesto un sorprendente comportamiento del Ministerio Público, pues obviando las normas procedimentales que amparan las controversias o disconformidades que se puedan plantear en el seno del procedimiento, se aparta de las mismas. Y decimos que se aparta de las mismas por los siguientes motivos:

1.- Obvia el contenido de la providencia dictada con fecha 14 de marzo mediante la que se acuerda la suspensión de las diligencias y momento en que se reanudarían las mismas: señalar que no fue sometida ni a aclaración ni a escrito de impugnación por parte del Ministerio Público

2.- No recurre el auto dictado con fecha 19 de marzo que resuelve su petición de inhibición considerando que no procede la misma.

3.- Tampoco plantea cuestión de competencia directamente de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la LECr.³

4.- Obvia de manera consciente - por lo reiterado de su comportamiento cuando trata de continuar adelante con la improcedencia de que se lleven a cabo determinadas diligencias - lo previsto en el artículo 22 de la LECr⁴, que incluso se repite en el artículo 23 de la LECr, párrafo segundo, y por el que los Juzgados continuaran con la práctica de diligencias de instrucción aun en el caso de que se tramitara una cuestión de competencia.

5.- En igual sentido, obvia el artículo 759 de la LECr, que determina la continuación de la práctica de diligencias en casos en que está pendiente de resolución cuestión de competencia ⁵

6.- Y ya para terminar y sin haber hecho uso de toda una serie de mecanismos de impugnación o determinación de competencia amparados legalmente, recurre en apelación una resolución (providencia de 20 de marzo de 2.013) sobre la que no cabe este tipo de impugnación al tratarse de una resolución de mero trámite.

³ **Artículo 23.** Si durante el sumario o en cualquier fase de instrucción de un proceso penal el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes entendieran que el Juez instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior a quien corresponda, el cual, previos los informes que estime necesarios, resolverá de plano y sin ulterior recurso.

En todo caso, se cumplirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior.

⁴ **Art. 22 LECr.** Cuando dos o más Jueces de instrucción se reputen competentes para actuar en un asunto, si a la primera comunicación no se pusieren de acuerdo sobre la competencia, darán cuenta con remisión de testimonio al superior competente; y éste, en su vista, decidirá de plano y sin ulterior recurso cuál de los Jueces instructores debe actuar.

Mientras no recaiga decisión, cada uno de los Jueces instructores seguirá practicando las diligencias necesarias para comprobar el delito y aquellas otras que considere de reconocida urgencia.

⁵ **Artículo 759.** Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los juzgados continuará practicando en todo caso, hasta tanto se dirima definitivamente la controversia, las diligencias conducentes a la comprobación del delito, a la averiguación e identificación de los posibles culpables y a la protección de los ofendidos o perjudicados por el mismo, debiendo remitirse recíprocamente ambos juzgados testimonio de lo actuado y comunicarse cuantas diligencias practiquen.

UNDÉCIMO: Pues bien, continuando con la cadena de escritos y actuaciones (bien por acción u omisión) improcedentes, irregulares y carentes de cobertura legal, ese mismo día 21 de marzo la Fiscalía Anticorrupción, representada por el Fiscal Antonio Romeral Moraleda, presenta escrito directamente elevado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional; escrito que fue registrado a las **14:07hs.**

En el mismo solicita como medida cautelar la suspensión de la declaración señalada para el día 22 de Marzo, a las 12 horas, del presunto delincuente Luis Bárcenas Gutiérrez, en el marco de las Diligencias Previas 25/2013.

La escueta motivación de la solicitud era la siguiente:

“Interesamos se suspenda cautelarmente la declaración como imputado de Luis Bárcenas Gutiérrez, acordada para mañana, día 22 de marzo de 2013, a las 12,00 horas, por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, en el marco de sus Diligencias Previas núm. 25/2013, por resultar innecesaria pues el Magistrado Instructor del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, tienen señalada la misma declaración, por los mismos hechos y con antelación a la acordada por el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, dos horas antes que éste Juzgado, esto es el día 22 de marzo de 2013 a las 10,00 horas.

Para la mejor comprensión y correcta resolución de nuestra pretensión, adjuntamos copia del recurso de apelación que hemos presentado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 3, así como de las providencias de los Juzgados referidos señalando para el día de mañana la misma declaración.”. A modo de acreditación se adjunta copia de dicho escrito como **Doc. nº 4 y 5.**

Como elementos facticos de dicho escrito y en la línea con lo actuado hasta el momento por parte del Ministerio Público, volvemos a señalar tanto el hecho incontrovertido de que el mismo carece de remisión a precepto legal alguno como que con dicho escrito se adjuntaba una simple fotocopia del recurso de apelación supuestamente planteado.

DUODECIMO: Ese escrito solicitando la medida cautelar fue entregado por la Presidencia de la Sala en la Sección Segunda de la Sala de lo Penal el mismo día 21

de marzo, y esta Sección 2^o mediante Diligencia de Ordenación, toma razón del mismo SIN SER REGISTRADO PREVIAMENTE, pues tal y como consta en la referida Diligencia se envía mediante fax a las **14:06** hs a Registro de Asuntos, para que, “se registre informativamente y poder dar trámite a la solicitud”. Se adjunta como **Doc. nº 6** la diligencia de la Secretaria de la Sección 2^a.

Curioso resulta cuanto menos que, tan solo un minuto después del envío del fax referido, sea presentado, a las 14:07h, por parte del Ministerio Fiscal, ya sí en el registro de asuntos, el escrito solicitando la medida cautelar.

Tal y como puede comprobarse en el informe de registro que se adjunta como **Documento número 7**, el funcionario encargado del registro hace notar las siguientes observaciones

- Por un lado se envía fax desde la Sección Segunda solicitando número de registro y acompañando escrito del Ministerio Fiscal, a las 14:06h.
- Se presenta el mismo escrito por parte del Ministerio Público un minuto después, a las 14:07.

Es importante reseñar la hora a la que fueron registrados ambos escritos en el Registro de Asuntos, que tal y como hemos podido comprobar se realizó a las **14:15h**.

Lo consideramos importante por la relevancia que tiene a la hora de concatenar los hechos, los tiempos y el más que evidente uso fraudulento con el que se jugó en todo momento con los documentos recibidos por parte de quienes fueron los que resolvieron dicha solicitud de medida cautelar.

DECIMOTERCERO.- Obviando la elemental improcedencia procesal que presentaba la pretensión del Ministerio Fiscal, la Sección Segunda, formada por los magistrados Ángel Hurtado Adrián, Enrique López López y Julio de Diego López, decidió resolver la petición del Fiscal Antonio Romeral Moraleda.

Lo hizo sin que conste que, con carácter previo, por parte de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional se hiciese trámite alguno para solicitar del Juzgado Central de Instrucción nº 3 se remitiese testimonio del recurso de apelación presentado y de otras actuaciones que pudieran ser de importancia para la correcta y prudente resolución de lo pedido, además de que tampoco consta que la Sección 2ª se dirigiese al Juzgado Central de Instrucción nº 5 para conocer las circunstancias en que se iba a realizar la declaración de imputado del Sr. Bárcenas el viernes 22 a las 10 hs.

En estas condiciones, la Sección 2ª dictó auto el mismo día 21 de Marzo de 2.013 en el que se acordaba: “LA SUSPENSIÓN CAUTELAR interesada por el MF, de la declaración señalada para mañana, día 22 de marzo de 2.013, a las 12 horas del imputado Luis Bárcenas Gutiérrez, en el JCI 3 DP 25/2013”. Se adjunta copia del Auto como **Doc. nº 8**.

El auto de la Sección Segunda fue notificado al Juzgado Central de Instrucción nº 3 a las **14:45hs** de ese mismo día. Se adjunta como **Doc. nº 9** diligencia de ordenación notificando la suspensión al Juzgado Central.

Como puede observarse, **no habían transcurrido ni 40 minutos desde que se procedió a registrar y tramitar el escrito del Ministerio Fiscal en Registro de Asuntos** cuando la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, en lo que consideramos un acto fraudulento, ilícito, y constitutivo del delito que por medio de la presente querrela le estamos imputando, con los exiguidos elementos de juicio de los que dispone y contraviniendo el procedimiento establecido mediante norma con rango de ley dicta una resolución suspendiendo la declaración del principal imputado

Es grave no sólo la resolución dictada, sino el procedimiento que para la adopción de la misma siguió la Sección, **no trasladando la solicitud de suspensión a ninguna de las representaciones procesales de las cinco organizaciones querellantes** en las DP 25/13 incoadas por el Juzgado Central de Instrucción nº 3.

Destacamos la gravedad de tal comportamiento por cuanto las querellantes en ese proceso, como impulsoras del mismo y solicitándolo en la propia querrela⁶ habían

⁶Vease pagina 126 de la querrela interpuesta

interesado la declaración en calidad de imputado del Señor Luis Bárcenas Gutiérrez y no se les dio trámite alguno para que informasen sobre la conveniencia de la suspensión y la legalidad del trámite que se pretendía resolver, además de que tal forma de actuar hurto a los querellantes la posibilidad procesal de recusar a alguno de los magistrados en orden a que pudiesen existir razones fundadas para instar la recusación.

DECIMOCUARTO.- No fue hasta el 11 de abril de 2013, una vez transcurridos 20 días desde la adopción del auto que aquí denunciemos, que la Sección Segunda decidió notificar al resto de partes personadas el auto de fecha 21 de marzo. Se adjuntacomo **doc. n° 10** acreditación de dicha notificación en fecha 11 de abril de 2013.

DECIMOQUINTO.-Resumiendo y como síntesis de los hasta aquí relatado, el auto que se dicta por la Sección Segunda de la Sala de lo Penal:

- 1.- Adolece de motivación alguna para adoptar la resolución dictada,
- 2.- Se realiza sin las garantías procedimentales mínimamente exigidas cuya falta origina graves perjuicios a los querellantes
- 3.- Interviene en una instrucción realizada por el órgano judicial competente sin siquiera solicitar que este último le justifique ya sea formalmente la interposición de la actuación impugnatoria sobre la que justifica la solicitud de la medida cautelar que se pretende.
- 4.- Predetermina sin conocimiento alguno la competencia o mejor derecho de un Juzgado, el Central de Instrucción n° 5, sobre otro Juzgado, el Central de Instrucción n°3, para realizar determinadas diligencias de prueba.
- 5.- Se dicta a sabiendas de que no existe norma legal que le otorgue facultad o potestad para dejar sin efecto una diligencia de averiguación acordada por el juez instructor, toda vez que solo son recurribles las resoluciones denegando la práctica de diligencias, tal y como establece al artículo 311 de la LEcrim.

Teniendo en consideración el conjunto de elementos facticos puestos de manifiesto en esta querella, cabe preguntarse:

¿Cómo puede realizar valoraciones sin estar mínimamente instruido y realizar una injerencia tan grave como es la de suspender la declaración del principal imputado y justificar dicha suspensión en (cito literal) “... pues de lo que se trata es de la toma de una declaración que, de la misma manera que se tome mañana, puede ser tomada en otro momento, y eso dicho sea de paso, nos parece más prudente, en la medida que, tomadas por juez que no fuera competente, pudiera cuestionarse su regularidad...”?

Varias son las manifestaciones recogidas en este Auto que- dicho sea a los efectos de la presente querrela y enmarcados en la misma – resultan sorprendentes, sumamente gravosos y realizados bajo la más absoluta arbitrariedad : en este sentido y con respecto a la aseveración de que la declaración puede ser tomada en otro momento y no por ello perjudica al procedimiento y mucho menos a las garantías legales que deben presidir el mismo, nos hacemos la siguiente pregunta:

¿Cómo se puede permitir realizar tal aseveración sin tener en cuenta otros factores como pueden ser, la más que evidente gravedad de los hechos que se le imputan, las posibles medidas que tras la declaración tanto las partes como el propio juzgado pudieran adoptar, el contexto social y jurídico de las imputaciones realizadas y las personas y partidos sobre las que pudiera recaer dicha responsabilidad?

En nuestra opinión y parafraseando el auto “lo prudente” hubiera sido tener en cuenta todos los antecedentes y partes para poder adoptar la decisión que se tomó, no hacerlo sobre la base de un recurso improcedentemente interpuesto, sin acreditación formal del mismo, y donde claramente la Sección Segunda olvida ejercer ese papel garante y tutelador que le confiere la legislación y que a los que participamos como operadores jurídicos nos permite trabajar con seguridad ya no sólo procedimentalmente hablando sino con la confianza de la solvencia e independencia de los que la ejercen.

Otra de las manifestaciones recogidas en el Auto y que indudablemente aportan una predeterminación , valoración y lo que es más importante, intromisión sobre la cuestión de competencia que pudiera plantearse – que ya anticipamos que en ningún caso correspondería a esta Sección, como así ocurrió- son las alegaciones

realizadas en cuanto a la más que presumible incompetencia del Juzgado Central de Instrucción 3 y donde haciendo uso de la prudencia considera que “ nos parece más prudente, en la medida que, tomadas por Juzgado que no fuera competente” pudiera cuestionarse su regularidad, circunstancia este que se evitaría, resultado el conflicto que llegara a plantearse”fundamentando así la suspensión de la diligencia de declaración del querellado Luis Bárcenas en la posible falta de competencia del JCI nº 3, sin proceder sin embargo a pronunciarse, *mutatis mutandis*, sobre la procedencia de la declaración señalada para el mismo día 22 de marzo ante el JCI nº 5, juzgado respecto al cual no existía tampoco en ese momento procesal una declaración expresa de competencia dictada por el órgano superior jerárquico

Predetermina de manera clara la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción 3, y con base a esa declaración de incompetencia , amparada ficticiamente bajo el concepto de presunción, considera que puede cuestionarse su “regularidad”: pues bien, “regularidad” es no realizar labores de injerencia en instrucciones donde precisamente formando parte de lo lógico, racional y regular del procedimiento en sí sea la toma de declaración de – como venimos diciendo y bien conoce esta Sala –el principal imputado; regular es aplicar la legalidad vigente y el procedimiento establecido; regular es valorar la instrumentalización y falta de normativa que ampare la actuación realizada por la Fiscalía sobretodo analizando las diferentes acciones que pudiera haber ejercitado en el seno de la misma y que no fueron realizadas: todos estos factores “regulares” son los que determinan el que por esta parte se considere “irregular “ su actuación y se determine su proceder como constitutivo de ilícito penal .

La decisión adoptada por los magistrados de la Sección 2ª de la Audiencia Nacional, que impidió que el imputado Sr. Bárcenas prestase declaración ante un determinado juez Instructor, ha generado un innegable perjuicio a esta representación, que ejerce la acusación popular en el procedimiento, ya que no ha podido interrogar al Señor Bárcenas Gutiérrez ni solicitar las medidas cautelares que estimase conveniente amén de todas las actuaciones irregulares, contrarias a la legalidad e incardinables dentro del tipo delictivo que se denuncia a través de la presente querrela y que, como tales, deben ser investigadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- TIPIFICACION DE LOS HECHOS DELICTIVOS:

Los hechos relatados en la presente querrela, de los que esta representación aparece de forma inequívoca como perjudicado directo del delito, son de innegable gravedad toda vez que muestran como tres magistrados de la Audiencia Nacional actuaron de forma consciente contra al ordenamiento jurídico al que están sujetos.

Sin perjuicio de ulterior calificación jurídica, la conducta descrita puede ser constitutiva del siguiente delito:

Los hechos relatados anteriormente son constitutivos de un delito de prevaricación penado en el artículo **446.3º del Código Penal**:

“El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1º) Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2º) Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3º) Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.”

Son ELEMENTOS del delito de prevaricación:

A) Injusticia de la resolución: la sentencia o resolución, ha de ser **injusta**. Y en la injusticia de la resolución, está el núcleo de la prevaricación judicial, el **elemento básico del tipo objetivo de la prevaricación**, en el código vigente. Por ello, el concepto de injusticia de la resolución, ha sido cuidadosamente precisado y delimitado por la **Jurisprudencia**.

La **sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1.998**, tras hacer constar que "es la naturaleza injusta de la resolución lo que plantea mayores problemas", aclara que "la injusticia puede provenir de la **absoluta falta de competencia por parte del sujeto activo, por la inobservancia de esenciales normas de procedimiento, o por el propio contenido de la resolución, de modo tal que suponga un "torcimiento del derecho", o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta, que pueda ser apreciada por cualquiera**, dejándose de lado, obviamente, la mera ilegalidad producto de una interpretación errónea, equivocada o discutible, que ocurre en tantas ocasiones en el mundo jurídico.

La **sentencia de 26 de junio de 1.996**, declara: "Los diferentes delitos de prevaricación exigen como **elemento objetivo** la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando tal elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en derecho. Sólo cabe prevaricación, cualquiera que sea su clase -judicial o administrativa- o su modalidad de comisión -dolosa o culposa- cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a derecho... **pudiendo referirse tal ilegalidad así calificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba**. Y así, esta Sala viene utilizando con frecuencia los términos de "patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico", "tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera"... "se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate, conforme al principio de

intervención mínima" -sentencias de esta Sala de 20-2, 10-7, 6-10, y 14-11 todas de 1.995-".

Y en **Auto de 1 de junio de 1.996**: "el quebrantamiento prevaricante del derecho sólo es de estimar cuando **el juez haya superado los límites del ámbito de ponderación que la ley le acuerda o cuando en el ejercicio de sus poderes se haya motivado por consideraciones espurias y no técnicas**".

"La injusticia de la resolución se produce cuando suponga un ataque a la legalidad, una contradicción con el ordenamiento jurídico" (Auto TS 13-5-96, y sentencias 3, 20 y 26 febrero de 1.992).

"Es absolutamente cierto que la nota de la **injusticia** de la resolución, a los efectos penales, ha de predicarse sólo de aquellas infracciones que de un modo flagrante y clamoroso desbordan la legalidad vigente, adentrándose en la esfera de la licitud penal, es decir, ha de ser una decisión que se separe del Ordenamiento jurídico de una manera palmaria y evidente, de tal modo que se convierta en manifiestamente injusta (sentencia de 16 de mayo de 1.992). Desviación que otra sentencia de 10 de mayo de 1.993, califica de grosera, clara y evidente para que pueda considerarse manifiestamente injusta" (sentencia del TS de 24 de junio de 1.994. Ponente: Ruiz Vadillo).

B) Además del elemento objetivo de la injusticia de la resolución, el artículo 446 del código penal exige la concurrencia de un **elemento subjetivo**: el que la resolución injusta sea dictada **a sabiendas**, lo que implica no sólo la necesidad del dolo, sino que sirve para excluir además de la posibilidad de incriminación culposa, su comisión a título de dolo eventual (**Sentencia TS 26 de junio de 1.996**, ponente: Delgado García, Asunto *Pascual Estevill*). "La exigencia de que el Juez actúa a sabiendas, es estimada por la mayoría de la doctrina científica como indicativa de que no se trata tan sólo de un delito doloso, sino que precisa su realización con dolo directo, equivaliendo a... la conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia... con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, porque el mero error en la aplicación de la Ley no integra este delito... O sea, es preciso que el sujeto sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la Ley,

y que a pesar de ello se dicte conscientemente. Además la injusticia ha de ser clara, patente y manifiesta... ". El precepto exige en consecuencia, como declara el **TSJ de Madrid** en Auto de 3 de noviembre de 1.990, que la conducta típica sea realizada con dolo directo, que tiene que ser probado. Habiendo declarado el **Tribunal Supremo** que "debe existir plena conciencia del carácter injusto de la resolución" (**Sentencias de 24 de junio de 1.998**, 4 de julio 1.996 y 20 de noviembre de 1.995 y Auto TS de 16-junio-98, en que se condensa la posición de la Sala en la materia); o "una clara conciencia de la ilegalidad y arbitrariedad" (Sentencia de 26 de febrero de 1.992).

Es más que evidente que los dos elementos del tipo (objetivo y subjetivo) se cumplen y así ha quedado acreditado por la irregularidad de sus actuaciones en los hechos de la presente querrela

La Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, obviando dolosamente el procedimiento establecido para la adopción de una medida cautelar, resuelve dictando un Auto que incurre en las siguientes irregularidades:

- 1.- Adolece de motivación alguna para adoptar la resolución dictada,
- 2.- Se realiza sin las garantías procedimentales mínimamente exigidas cuya falta origina graves perjuicios a los querellantes
- 3.- Interviene en una instrucción realizada por el órgano judicial competente sin siquiera solicitar que este último le justifique ya sea formalmente la interposición de la actuación impugnatoria sobre la que justifica la solicitud de la medida cautelar que se pretende.
- 4.- Se dicta a sabiendas de que no existe norma legal que le otorgue facultad o potestad para dejar sin efecto una diligencia de averiguación acordada por el juez instructor, toda vez que solo son recurribles las resoluciones denegando la práctica de diligencias, tal y como establece al artículo 311 de la LEcrim

De entrada, nos encontramos con una singular y extravagante petición del Ministerio Público tanto en la forma que se plantea como en el fondo que la justifica: y que volvemos a reiterar por lo grave de su actuación:

1.- Obvia el contenido de la providencia dictada con fecha 14 de marzo por el JCI nº 3 mediante la que se acuerda el momento en que se reanudaría la suspensión acordada: resolución de la petición de inhibición por su parte solicitada

2.- No recurre el auto dictado con fecha 19 de marzo por el JCI nº 3 que resuelve su petición de inhibición considerando que no procede la misma.

3.- Tampoco plantea cuestión de competencia directamente de conformidad con lo previsto en el artículo 23 de la LECr.

4.- Actúa de manera consciente y contraria - por lo reiterado de su comportamiento - a lo previsto en el artículo 22 de la LECr, que incluso se repite en el artículo 23 de la LECr, párrafo segundo, y por el que los Juzgados continuaran con la práctica de diligencias de instrucción aun en el caso de que se tramitara una cuestión de competencia

5.- Y no podemos dejar de advertir que, pudiendo haber hecho uso de toda una serie de mecanismos de impugnación o determinación de competencia amparados legalmente, recurre en apelación una resolución (providencia de 20 de marzo de 2013) sobre la que no cabe este tipo de impugnación al tratarse de una resolución de mero trámite, y atendiendo a que contra las resoluciones que en fase de instrucción admiten la práctica de diligencias, la legislación no otorga ni contempla recurso alguno.

Esta querrela solo se interpone contra los magistrados de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, pero debemos manifestar que si bien es claro que la autoría del párrafo 1º del artículo 28 ("son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento"), sólo puede venir referida a los tres magistrados, puesto que quien dicta la resolución ha de tener necesariamente tal carácter, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo que **los particulares no jueces puedan participar en la prevaricación judicial como inductores o cooperadores necesarios**, puesto que repugna a la justicia material y a la propia conciencia social la impunidad de la participación del extraño o "extraneus", habiendo estimado el TS que aquellos que inclinan decisivamente a dictar una resolución injusta, inducen a prevaricar y son autores del correspondiente delito a través del

nº 2 del artículo 14 del antiguo código o apartado a) del artículo 28 del vigente, y quienes prestan su indispensable colaboración a la realización del delito, también lo cometen a través del nº 3 o del apartado b) de los citados artículos, si bien en sentencia de 24 de junio de 1.994 se les aplicó una atenuante analógica en razón del principio de proporcionalidad.

Hechas estas apreciaciones, que en nuestra opinión son importantes, nos trasladamos al caso en concreto que no es sino la resolución por la que se adopta una medida cautelar: auto en el que son varias las ilegalidades cometidas y admitidas; tanto por quien la solicita, como por quien la acuerda

La Jurisprudencia ha venido matizando las operaciones lógicas que deben llevar al Juzgador al establecimiento o no de la medida cautelar solicitada.

Bastante ilustrativa - aunque sea en la jurisdicción contencioso administrativa - de la función desarrollada y determinación de requisitos que deben tener en cuenta los órganos juzgadores para la adopción de las medidas cautelares ,resulta la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de mayo de 2004,

La citada sentencia, determina en su Fundamento de Derecho Quinto:

“Quinto.- La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional. La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: “la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la

*ejecución del acto impugnado (o la vigencia de la disposición impugnada) le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación”. **El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.***

***b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.** Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 EDJ 1993/4006 “el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal” (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).*

*c) **El periculum in mora,** constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.*

*d) **El criterio de ponderación de los intereses concurrentes** es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia (de la suspensión) se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran*

intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

*e) **La apariencia de buen derecho** (fumusbonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.*

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no hace expresa referencia al criterio del fumusbonis iuris, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 EDL 2000/77463 que sí alude a este criterio en el art. 728 EDL 2000/77463.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997, de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que “la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo

para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 EDJ 1993/10484 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 EDJ 1997/436, entre otros).”

Otras sentencias se refieren al modo de actuar del juzgador para otorgar o denegar la medida cautelar. De esta forma, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1999, establece:

“a) Determinará, por lo pronto, si “ictu oculi”, es decir, si a simple golpe de vista, prima facie, esto es: en una primera aproximación al problema de fondo y sin prejuzgar la solución definitiva que en su día deba dictarse, es razonable presumir que asiste la razón en cuanto al fondo a quien solicita la cautela (fumus boni iuris) y que en consecuencia, el tiempo que necesariamente ha de transcurrir hasta dictar sentencia- relativamente fácil de calcular conociendo el número de asuntos pendientes y que por orden cronológico tienen que ser despachados antes-, puede traducirse en un daño para el que, por llevar razón presumiblemente acabará obteniéndola (periculum in mora).

b) verificado que esos presupuestos concurren, todavía ha de llevar a cabo otra operación antes de otorgar la medida cautelar: ponderar los intereses en conflicto, bien sea conflicto entre el interés general y el particular, o se plantee entre dos intereses generales distintos o incluso entre dos intereses particulares. Que esto en definitiva es lo que viene a decir hoy el artículo 130.2 de la nueva LJCA de 13 de julio de 1998 que, aunque no aplicable por razón del tiempo al caso que nos ocupa, resulta sumamente orientativo... y merece subrayarse la muy matizada redacción de este texto: no basta cualquier tipo de perturbación, sino que ha de ser grave; y esa perturbación puede afectar tanto al interés general como a los intereses de tercero; por último no basta una genérica referencia a los intereses en conflicto, sino que es necesario que esa ponderación se haga de manera circunstanciada...”

Como venimos manteniendo y justificando, para la adopción de la medida cautelar acordada, ninguno de estos requisitos se tienen en cuenta; mucho menos se

ponderan los intereses ; muestra de ello la falta de intervención y alegación en su caso de las partes con un verdadero interés legítimo y las que ciertamente se vieron perjudicadas con el resultado de dicha actuación.

El auto dictado por esta Sección Segunda ni motiva, ni argumenta fáctica y jurídicamente, en la resolución que dicta lo siguiente:

- (i) El escrito presentado por parte del Ministerio Público: pues carece de amparo legal alguno habida cuenta de que se presenta tomando como base y justificación del mismo un recurso de apelación improcedentemente planteado frente a la providencia dictada, frente a la que en nuestra legislación no cabe recurso ex artículo 311 LECrim
- (ii) La urgencia de la suspensión y mucho menos el perjuicio que se pudiera ocasionar con la toma de la declaración de Sr. Barcenas en el Juzgado Central de Instrucción 3, por cuanto
 - a. Bien es sabido por el contrario por los tres Magistrados que de resultar competente el Juzgado Central de Instrucción 5, todo lo relativo a la instrucción realizada por aquél (3) se incorporaría a la pieza separada incoada por este último (como así ha ocurrido)
 - b. No pueden negar el conocimiento, regulación y por tanto aplicación normativa de los artículos 22 y 23 de la LECr donde de manera expresa se determina la continuación de las diligencias incluso en el caso de cuestiones de competencia.
 - c. Tampoco dicha urgencia nunca fue argumentada de manera taxativa tal y como prevé la Ley , cuestión también conocida por los Magistrados de la Sección Segunda
- (iii) el procedimiento adoptado para dictar la resolución, pues se realiza sin darle traslado a las partes y analizado en el punto anterior sin justificar la urgencia y procedencia de hacerlo de esa manera.

En definitiva y lo que es más importante, los tres magistrados de la Sección Segunda, sabedores del papel garante y de tutela que tienen otorgado y al que deben ser fieles por razón de su cargo, no sólo se aparten de dicha función , sino que dictan a sabiendas una resolución que a todas luces es manifiestamente injusta.

Por resultar bastante ilustrativa de lo aquí denunciado, así como porque la tramitación del procedimiento devino en una revocación incluso de la Sentencia prevaricadora, revocación dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (concretamente sede Granada), llamamos la atención de esta Sala y dejamos aquí extractada parte de la misma, una **Sentencia reciente dictada por el Tribunal Supremo, Sala 2º, nº 471/2012**, rec. 2171/2011 (EDJ 2012/139665 STS Sala 2º de 29 de junio 2012)

La Exma. Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la que hoy nos dirigimos, estima en dicha sentencia el recurso de casación interpuesto por la acusación particular, y en consecuencia acuerda condenar al acusado, en lugar de por un delito de prevaricación por imprudencia como fue condenado en la instancia, por un delito de prevaricación dolosa, ya que se estima que el magistrado denunciado **conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado y las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumbían en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. La arbitrariedad del juez radicó en adoptar una resolución que suponía sustraer la competencia al juez a quien le correspondía**, que ya había resuelto en un sentido que no era del agrado del padre y su familia; **sin observar las reglas esenciales del proceso, la contradicción y la audiencia previa a los interesados siendo esta posible; y adoptar la decisión sin ajustarse ni explicar motivadamente las razones de urgencia, necesidad y de protección que requería la norma de aplicación**

“La sentencia de instancia califica dicha resolución de manifiestamente injusta y lo hace, fundamento décimo, con una argumentación que consideramos correcta. Bastaría con reproducirla para afirmar ese presupuesto del delito de prevaricación. Sintéticamente, la resolución es injusta porque vulnera la norma de atribución competencial, pues existe un juzgado que conoce del conflicto y es el llamado a dirimir los que se planteen en un futuro, sobre todo en un supuesto como el de autos en el que el juez de violencia sobre la mujer ya había intervenido en el mismo

conflicto, sugiriendo una composición entre los progenitores, por remisión a su resolución, lo que no fue del agrado de la defensa del padre. Ese desacuerdo con la resolución del juez de violencia fue el que desencadena una actuación posterior de los letrados del padre, buscando un juez que les solucione el conflicto de acuerdo a sus pretensiones. El juez condenado conocía esa actuación del juez competente, al menos sabía que el conflicto estaba judicializado en otro órgano judicial y, no obstante, se presta a intervenir en los términos que se declara probado, esto es, sustrayendo el conflicto al juez prevenido legalmente. En este contexto se producen nuevos hechos, reveladores de una actuación contraria al ordenamiento jurídico, como es que el juez acepte la comparecencia; que indique al Letrado que formule la petición del art. 158 Cc ; habla con Fiscalía, que debe informar sobre la legalidad aplicable al conflicto. En una conversación, que sólo puede ser calificada de informal, obtiene de un representante del Ministerio público lo que no es sino una obviedad, que deberá actuarse en interés del menor. La representante del Ministerio fiscal con la que habla el magistrado acusado no lo hace en un proceso, sino lo hace con un compañero que le efectúa una consulta o un comentario. Es por ello que la representante del Ministerio fiscal comenta el asunto con su compañero de fiscalía, que debe informar en la causa, a quien narra su conversación anterior y le anuncia que llegará la causa para informe, lo que no sucederá. El magistrado condenado sustituirá ese informe con una diligencia de constancia, que él redacta, usurpando funciones del Secretario judicial, con el siguiente contenido "que se estuviera a la voluntad del menor". En el curso de su procedimiento, nos dice el hecho probado, habla en dos ocasiones con el decanato para interesarse por el reparto de la comparecencia. Del decanato le es atribuido el conocimiento de los hechos por antecedentes, aunque el juez hace figurar que le ha correspondido por reparto y acuerda por providencia que se les oiga, al abuelo y al menor, lo que había realizado con anterioridad mediante una comparecencia. Altera el soporte documental de la comparecencia para evitar la identificación de la misma correspondiente a otra causa tramitada en su juzgado y que sirvió para que le fuera turnada por antecedentes. No da traslado de las actuaciones a los progenitores, pudiendo hacerlo, pues el padre se encontraba presente, o mejor dicho, en el pasillo de su juzgado, y la madre, ni siquiera fue convocada para ser oída. Además, y no obstante esa falta de audiencia, argumenta en la resolución que "es incomprensible que cualquiera de los progenitores siempre

ponga obstáculos a lo que constituye su inequívoco deseo". Esta afirmación carece de base, pues el magistrado que dicta esa resolución ni tiene antecedentes del conflicto ni ha oído en comparecencia a la madre. Son los conocimientos extraprocesales a los que alude la sentencia. En la misma resolución va a volver a calificar la conducta de la madre de incomprensible, lo que tendrá su eficacia posterior cuando el hecho alcance notoriedad en los medios de comunicación social con intervenciones del propio juez en los mismos, comentando su propia resolución. Por otra parte, es evidente que el auto dictado no dirime un conflicto, función principal de la jurisdicción, sino que por la forma de actuar ha creado un nuevo conflicto en el matrimonio en proceso de separación y sus relaciones con el hijo, dada la desautorización hacia la madre que se patentiza en el auto. Por último, la actuación jurisdiccional que carece de base competencial y que no ha seguido las reglas del proceso debido, se adopta sin argumentar nada sobre los presupuestos de la actuación cautelar, la situación de peligro o el perjuicio del menor. Nada se dice sobre la concurrencia de esos presupuestos de actuación, sólo se afirma su concurrencia, ni tan siquiera sobre la urgencia de la procedencia de la medida cautelar que adopta y la razón para sustituir al juzgado competente. Ha de recordarse que el juzgado de violencia tenía el mismo ámbito de competencia objetiva y territorial y no existía ningún obstáculo a su intervención, a salvo de la falta de acomodación de la respuesta a la pretensión de la parte que interesó el retraso en la devolución de los hijos. Es cierto que el art. 158 Cc no dispone un procedimiento de adopción de la decisión, pero no ha de olvidarse que ese precepto no es procesal, es una norma que habilita una actuación jurisdiccional, y que el principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, de lo que deberá hacerse constancia en la resolución.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar el interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar como la adoptada.

Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción.

2.- Hemos dicho que asumíamos la argumentación del Tribunal Superior de Justicia sobre la existencia de una resolución manifiestamente injusta, si bien hemos de poner de manifiesto alguna contradicción en la que incurre. Entendemos que no es plausible afirmar, de una parte, que no existe concierto entre el magistrado acusado y los abogados de la parte, para atraer una competencia sobre el hecho y, de otra, que el juez imputado se ha convertido en instrumento de parte y ha instrumentalizado el proceso convirtiéndose "el Juez de familia en instrumento, por temeridad y negligencia grave, de un ardid procesal sin desplegar las mínimas garantías y equilibrios procesales". Ello sólo sería posible si se entendiera que el juez ha actuado como un instrumento que ha obrado sin dolo. Esa consideración de mero instrumento se compagina mal con la actuación del juez que recibe al menor y su familia, realiza la comparecencia, y altera el escrito de comparecencia inicial para evitar poner de manifiesto la utilización de las diligencias de otra causa, precisamente las que fueron empleadas en el decanato para asegurar la remisión al juzgado número 7 (de Familia); dirige al letrado en su comportamiento procesal; comunica con fiscalía y documenta esa conversación informal como si se tratara de un traslado de la causa para informe de legalidad; comunica con el decanato sobre el reparto; y, por último, dicta la resolución cuya injusticia examinamos, sin fundamentar ni la urgencia, ni la competencia, ni los presupuestos que permiten la actuación bajo el amparo del art.158 del Código civil .

*En todo caso, la resolución injusta no se asienta en la connivencia con los letrados de la parte para atraer la competencia, **sino en el acto propio del juez por el que actúa una competencia que no tenía y dicta la resolución sin la mínima***

observancia del principio de contradicción y sin la argumentación precisa sobre los presupuestos de la adopción de la medida adoptada.

3.- *Abordamos ahora el análisis de la resolución desde la perspectiva del art. 158.4 del Código civil, lo que realizamos desde la propia resolución.*

Coincidimos con la argumentación del tribunal de instancia en cuanto, en principio, la resolución presenta serios problemas de licitud toda vez que se dicta por un Juez que no era el llamado a conocer de la causa, que no establece el debido sistema de contradicción a través de los necesarios trámites de audiencia a las partes interesadas, obviamente los padres y el Ministerio fiscal; sin que, como señala la sentencia impugnada analizara, en su entera dimensión, los presupuestos de aplicación de la medida cautelar, esto es, el peligro y el perjuicio al menor. Se limita a señalar su concurrencia sin explicar, de forma razonable y coherente, la razón de su concreta concurrencia en el caso.

*El auto carece de argumentación sobre los presupuestos de la actuación de la medida cautelar, no sólo los que fundamentan su competencia objetiva sino también los que fundamentan su resolución. **Esa ausencia de motivación convierte a la resolución en un acto de ejercicio de la autoridad desprovisto de razonabilidad, contraviniendo el art. 120 y 24 de la Constitución que exige la motivación de las resoluciones judiciales. La simple exposición de los hechos de la comparecencia no es la motivación de la resolución que aplica una medida cautelar que deja sin efecto unas medidas provisionales dictadas por otro juzgado en la misma sede y con competencia sobre ese objeto.** No es suficiente la exposición de unos hechos en síntesis que el menor quería salir en la procesión con una argumentación dirigida a explicar la situación de peligro o el perjuicio que se trata de evitar.*

Es cierto que el art. 158 Cc . permite al juez, de cualquier jurisdicción, adoptar unas medidas excepcionales como las que refieren sus distintos apartados, pero eso no

quiere decir, que no haya límites a la decisión judicial. Los límites resultan de la urgencia del supuesto planteado, de la situación de peligro o la evitación de perjuicios, y de los requisitos derivados de un correcto ejercicio de la jurisdicción, como la contradicción efectiva entre las partes, si fuera posible, como lo era en este caso. El juez acusado nada argumenta sobre ello, la acuerda sin explicitar las razones de su adopción.”

Creemos que a la vista de todo lo relatado, esta parte no puede sino interponer la presente querrela respecto a lo que concibeha sido una conculcación grave de la legalidad por quienes ejercen la función jurisdiccional y que como tal deben ser los principales garantes del mismo. Entendemos que leída y analizada la jurisprudencia relativa al delito de prevaricación contemplado en el Art. 446.3 CP, y puesta en relación dicha jurisprudencia con los hechos relatados en la querrela, el delito de prevaricación en su vertiente dolosa ha quedado colmadamente perfeccionado, toda vez que los los magistrados actuaron de forma plenamente consciente de lo irregular de su proceder, apartándose del ordenamiento jurídico y de las normas esenciales del procedimiento, por lo que la admisión de esta querrela e investigación de los hechos denunciados resulta plenamente ajustada a derecho y a lo preceptuado por la jurisprudencia de esta Exma. Sala Segunda.

VI. DILIGENCIAS CUYA PRACTICA SE INTERESA

Para la comprobación de los hechos, y, con independencia de las que estime pertinentes el instructor, y las que se deriven de la resultancia sumarial, esta parte considera necesarias y solicita expresamente la práctica de las siguientes:

1º- Notifíquese la presente querrela a los tres querrellados y se acuerde citarles a declarar en calidad de imputados.

2º- DOCUMENTAL.-

2..1. Que se remita atento exhorto al Juzgado Central de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional para que por parte del Sr. Secretario Judicial se remita copia testimoniada del procedimiento Diligencias Previas 25/2013 provenientes del Juzgado Central de Instrucción nº 3y unidas el 2 de abril a la Pieza separada “ UDEF-BLA N° 22.510/13” inserta en las DP 275/2008 instruidas por dicho Juzgado Central de Instrucción nº 5.

2.2. Que se remita atento exhorto a la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional para que por parte del Sr. Secretario Judicial se remita copia testimoniada del Auto dictado en el Rollo P.A. 2/2013, en fecha 21 de Marzo de 2.013, así como de todo el Rollo P.A. 2/2013.

3º.- TESTIFICAL:

3.1. Que se cite a declarar en calidad de testigo al **Sr. Fiscal D. Antonio Romeral Moraleda**, firmante tanto del recurso de apelación de fecha como del escrito directo planteado a la Sala y que es causa de esta querrela, ambos de fecha 21 de Marzo de 2.013.

3.2. Que se cite a declarar en calidad de testigo a **la Secretaria de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, Concepción López de Hontanar Fernández Roldan.**

En virtud de todo lo expuesto,

SOLICITO A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Que teniendo por presentado este escrito, con las copias y documentos que lo acompañan, admita la presente **QUERRELLA CRIMINAL** por los hechos punibles relatados y delitos expuestos, contra los Ilmos. Sres. **D. ÁNGEL HURTADO ADRIÁN, D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ y D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ.**

Por ser de Justicia que se pide en Madrid, a 25 de abril de 2013.

Proc. José M. Martínez- Fresneda Gamba. Col 1.081

Letrados:

Enrique Santiago Romero, Colg. ICAM 53.882

Ana Méndez Gorbea Colg ICATR567

Juan Moreno Redondo, Colg. ICAM 71.539

Antonio Segura Hernández, Colg. ICAM 63.488

JoséPérez Ventura Colg, ICA Santa C. Tenerife 3.944