

A LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

**ROBERTO GRANIZO PALOMEQUE**, Procurador de los Tribunales y de **D. LUIS BENITEZ DE LUGO ENRICH**, conforme tengo acreditado en los autos marginalmente referenciados, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

Que por medio del presente escrito **formulo incidente de nulidad de actuaciones** contra el Auto de esa Sala, de 3 de Febrero de 2014, por el que se **desestima el recurso de apelación** formulado por esta representación contra el Auto de 24 de Junio de 2013 del Magistrado Instructor de esta causa, de sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones, incidente que planteo al amparo de las siguientes

ALEGACIONES

PRIMERA.-

**A.-** La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mediante LO 6/2007, de 24 de mayo, introdujo notables restricciones legales a la posibilidad de admisión de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional , y, como contrapartida, tal y como señala su Exposición de Motivos (apartado II, último párrafo), dicha Ley Orgánica *“Otorga a los Tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales.”*

Y, en el penúltimo párrafo del apartado III añade que *“se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los Tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico”*.

En consonancia con este propósito, con la nueva redacción dada por la LO 6/2007 al artículo 241.1 de la LOPJ el ámbito de vulneraciones legales al que puede referirse la declaración de nulidad de actuaciones ha quedado notablemente ampliado al pasar, desde el anterior restringido a los defectos de forma que causen indefensión o a la incongruencia del fallo, a la actual vulneración de cualquier derecho fundamental.

En tal sentido, la recentísima Sentencia de la Sección 1ª de esa Sala, de 29 de Enero de 2014 (RJ 2014/700), en su Fundamento Jurídico Segundo nos dice:

*“Por eso, el incidente de nulidad de actuaciones resulta actualmente la vía procesal idónea para denunciar y así corregir ” cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución , siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario ”; habiéndose articulado de forma confesa por el legislador como el mecanismo general inserto en la dinámica judicial para la corrección interna en el propio ámbito judicial de las infracciones de derechos fundamentales. Esta nueva caracterización jurídica del incidente de nulidad de actuaciones reviste una trascendencia que no puede ignorarse por lo que respecta al cumplimiento de la carga procesal del artículo 293.1.f) LOPJ , tal y como ha puesto de manifiesto la precitada sentencia de esta Sala Especial del artículo 61 LOPJ de 9 de marzo de 2012 , al señalar que ”En todo caso, debe tenerse en cuenta que, tras la reforma de la LOPJ en lo referente al incidente de nulidad de actuaciones llevada a cabo por la Disposición Final 1ª de la LO 6/2007 de 24 de mayo , dicho incidente queda configurado como la forma principal de satisfacción última de los derechos fundamentales, quedando atribuido su*

conocimiento al órgano judicial que dictó la resolución firme a la que se imputa la lesión , y siendo ya el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional un remedio quizá residual y sujeto a la consideración por el TC de la relevancia constitucional del caso planteado.”

## **SEGUNDA.- ANÁLISIS DEL AUTO CUYA NULIDAD SE SOSTIENE.**

A.- En el Hecho 4º, ya el Auto contiene un error significativo e importante, pues el Ministerio Fiscal, NO SÓLO se adhirió a nuestro recurso de apelación contra el Auto del Magistrado Instructor de 24-6-2013 que acordó desestimar nuestro recurso de reforma y confirmar el archivo de la causa, sino que TAMBIÉN APELÓ EL FISCAL. Más adelante comentaremos sus escritos.

B.- En el F. J. 2º, apartado 4º, al relatarse el *iter* de lo sucedido, ya se reconoce en el Auto de la Sala, que la Corporación de Valdepeñas presidida por el aforado Jesús Martín, hizo publicar unas bases para la provisión de las plazas ... “que en lo relativo a la plaza de arqueólogo, eran idénticas a las que habían sido anuladas por la Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha”, pasando a continuación a “destacar” que en la 1ª convocatoria de las plazas, el querellado Jesús Martín no era Alcalde, resalte éste absolutamente gratuito, porque como nos hemos hartado de repetir en nuestros escritos, ello NUNCA lo hemos sostenido.

C.- En el apartado 6º del citado F.J. se transcribe fielmente parte de lo resuelto por el TSJ de Castilla la Mancha en su Sentencia de 3/3/2010, permitiéndonos insistir en la mención que en dicha Sentencia se hace de que “ el Ayuntamiento (el Alcalde), mantuvo su intención de apartarse de la Sentencia judicial firme precedente “ (la Sentencia de 15-12-2003) y convocar un proceso ilegal en cuanto a la forma de provisión (de la plaza de arqueólogo). Se refería el Tribunal al sistema de concurso oposición frente al, precedente -según lo decidido en la primera Sentencia- de oposición libre.

D.- El último párrafo de este apartado induce a confusión por su falta de precisión respecto de lo sucedido y acreditado, pues el alcalde aforado “dejó sin

*efecto*”( subrayado en el Auto) el nombramiento anulado, PERO lo que no se dice-y sí lo recogen los escritos del Ministerio Fiscal- es que el alcalde LO VOLVIO A NOMBRAR PARA EL MISMO PUESTO Y RETRIBUCIONES, lo que supone una *BURLA A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*.

Por tanto, eso que se dice que se retrotrajo “*la situación del mismo* (del indebidamente designado arqueólogo municipal) *al momento anterior*” es no querer dejar constancia de que el “*favorito*” del Alcalde volvió a su puesto de trabajo que, ilícitamente venia disfrutando desde el año 2003, y así sigue desde hace nada menos que hace ¡11 años!. En este sentido, en el F.J. 4º, pag. 8 último párrafo, ya se precisa que “*se le rehabilitó en la situación anterior como arqueólogo interino*”, y por cierto, que quien lo hizo fue el alcalde aforado, pero “*son cosas sin importancia*” de las que la Sala no desea extraer conclusión alguna.

E.- Los F.J. 3º y 4º del Auto cuya nulidad se persigue se limitan a relatar lo expresado por el Instructor y, siguiendo esa línea, también nosotros nos remitimos a nuestro recurso de apelación que damos por reproducido.

F.- El F.Jº 5º comienza con la frase: “*Resta por analizar...*” cuando lo cierto es que de los anteriores fundamentos jurídicos, no puede decirse que “*analizaran* ” nada , pues únicamente son relatos de la postura del Instructor.

Pero entrando a ver cuáles son los análisis que nos depara el citado F.J., tenemos:

a) Que es cierto lo que se recoge sobre el “*original*” (así subrayado en el Auto que venimos comentando) del Acta del Pleno, que reflejaba precisamente que la plaza de arqueólogo municipal había de cubrirse por el sistema de oposición. Así lo hemos reiterado muchas veces y también el Ministerio Fiscal, como más adelante comentaremos.

b) Que es correcto decir que hemos insistido en LA DIVERGENCIA ENTRE LO APROBADO POR EL PLENO -en el sentido expuesto por el Concejal de Personal- Y LO ENVIADO POR EL ALCALDE AL BOLETIN OFICIAL DE LA PROVINCIA.

c) A continuación se asume, en el Auto de la Sala, lo sostenido por el Instructor de que se trató de un "ERROR" del Concejal el decir lo que dijo, pese a que ello se recoge en el fehaciente documento que es el Acta del Pleno, señalándose que el Ministerio Fiscal en su recurso de apelación, interesó "la investigación sobre esta discordancia" entre lo aprobado por el Pleno y lo enviado por el alcalde aforado al BOP. Razonable postura del representante público, que no mereció su acogimiento, ni siquiera valoración por la Sala, a la que le ha bastado el testimonio de los afectados, asumiendo la increíble "teoría del error".

d) A continuación se nos dice que la Sala ha examinado la documentación, y en concreto, el "acta original" del Pleno y de las bases para la provisión de plazas de personal, " *que obra unido como anexo al acta*". ¿Ah sí?, pues es la primera noticia que se tiene de tal "anexo", pues ni siquiera los afectados (el Alcalde y el Secretario) mencionaron este aspecto nunca (ni tampoco figuró en sus escritos de impugnación, por ejemplo, al recurso de apelación), sino que se escudaron en la "teoría del error" del Concejal. No queremos pensar que al Acta del Pleno de 26 de julio de 2005, aportada por nosotros, haya sido manipulada y AHORA tenga un "novedoso" Anexo.

e) Sigue este F Jº, con el análisis de las bases y se recoge en ellas, que la plaza de arqueólogo había de ser cubierta por el sistema de concurso-oposición. ¡Pero si precisamente ese es el problema, pues nunca hemos discutido eso!; nuestras reiteradas argumentaciones son que las bases enviadas por el alcalde aforado al Boletín Oficial, ERAN DISTINTAS DE LO APROBADO POR EL PLENO (su Certificación figura en los folios 41 a 44 del expediente administrativo). Y resulta muy revelador que, consciente el Secretario del débil flanco que suponía ese Acuerdo unánime del Pleno, insistió ante el Instructor el

13 de abril del pasado año, en la “teoría del error “ , pero lo cierto es, por una parte, que no hubo tal error (ni se ha querido investigar sobre ello), y por otra parte, que de ser cierto lo del supuesto error, tenía el Secretario en su mano haberlo corregido cuando el Acta “errónea” se aprobó en la siguiente sesión del Pleno del día 27 de septiembre de 2005, Y NO SE HIZO. (Ésta última Acta la aportamos como documento 8 con nuestro escrito de 6-5-2013).

f) El penúltimo párrafo del F.Jº 5 que venimos analizando opera desde una curiosa hipótesis, al señalar que “resultaría inverosímil” (el subrayado no es nuestro) que una alteración de las bases aprobadas por el Consistorio y las enviadas al BOP, no hubiese sido advertida ni por ningún Concejal, partido político, o sindicatos o representantes de los trabajadores.” ; Vaya argumento!, pues nótese:

f.1. Por un lado, que para todos los mencionados, la forma de cubrirse la plaza de arqueólogo era un tema ajeno, sin importancia.

f.2. Por otro lado, que estaba en mano de la Sala -si lo hubiera querido- el resolver sobre esa supuesta inverosimilitud, acordando reabrir las actuaciones para que se citase a los por ella mencionados, a fin de saber, si lo que le parece extraño, tiene bases sólidas o no, y no operar sobre hipótesis, que podían haber sido o no confirmadas.

f.3. Y finalmente por otro, hemos de decir que tratándose de un tema nuclear de nuestra acción, no cabe saldarlo con una elucubración, colocándonos en una situación de auténtica INDEFENSIÓN.

G.- En el F.Jº.6º del Auto se dice que se pasa a dar respuesta a “*las alegaciones que dan vida al recurso de apelación*”. Y sin perjuicio de que ello no es exacto, pues el núcleo de nuestro recurso se halla en lo anteriormente comentado, sí hemos de referirnos a los dos temas que se citan en el mencionado FJº.

g.1. Sobre el silencio respecto de las pruebas solicitadas (F.J.7º).

Tras una primera exposición de lo por nosotros pretendido (su ap.1), en su apartado 2º, se expone en el Auto, al igual que en otras partes del mismo, la *“teoría general”* sobre la admisión de las pruebas, teoría sobradamente conocida y desde luego compartida por nosotros. No obstante, y en cuanto afecta- la denegación de su práctica- a la tutela judicial efectiva, sí queremos hacer unas precisiones:

g.1.1. Se nos dice -con notable equivocación- que nos habíamos limitado, *“a la mera alegación de que no se han practicado”*. Rotundamente hemos de decir que NO ES ASÍ, pues con independencia de que la procedencia de la práctica de tal prueba *“va de suyo”*, al tratarse todos los testigos propuestos, de personas que participaron en las cuestionadas- y anuladas judicialmente- pruebas selectivas, lo cierto es que tanto en nuestro recurso de reforma contra el Auto de sobreseimiento (sus págs. 13 y 14), como en nuestro recurso de apelación (págs. 10 y 11) mencionábamos la razón de la necesidad de su cita.

g.1.2. Por otra parte, resulta singular al menos, que se sostenga que, *“de lo actuado, se deriva la inexistencia de hechos con relevancia penal”*... y ESE ES PRECISAMENTE EL PROBLEMA; que *lo actuado* por el Instructor y convalidado por la Sala es ÚNICAMENTE la toma de declaración de los dos imputados, pues el hecho de que haya *“voluminosa prueba documental obrante en autos”*, en nada incide en la necesidad de que se practicara la prueba testifical propuesta por nosotros. Si lo *“actuado”* por el Instructor se circunscribe a las citadas toma de declaraciones de los en su día imputados, resulta que el Tribunal SOLAMENTE HA OIDO A LAS PARTES ACUSADAS Y LÓGICAMENTE INTERESADAS, y no a terceros como testigos, con obligación legal de decir la verdad.

g.1.3. En la página 13 del Auto cuya nulidad pretendemos, se reconoce que forma parte del DERECHO FUNDAMENTAL, en cuestión, el *“ius ut*

*procedatur*”, que, se nos dice con acierto, supone que, admitida inicialmente una acción penal, “*deben practicarse las actuaciones necesarias de investigación acordadas en el seno del procedimiento penal*”. En efecto, deben practicarse las actuaciones NECESARIAS, como bien en este punto dice la Sala, y entre ellas, desde luego, oír a todos los miembros del Tribunal de las pruebas anuladas, entre los que se encuentra el entonces 1º Teniente Alcalde, que podrían dar luz sobre el transcurrir del tan comentado Pleno de 26-7-2005; resultaba absolutamente necesaria tal prueba, salvo que se banalice el derecho fundamental al procedimiento.

g.2.- En el párrafo final de este F.J.º 7º que venimos comentando, se dicen dos cosas que exige el comentarlas.

g.2.1. El acotamiento del objeto de la investigación señalado por el Auto de Admisión de nuestra querrela, en modo alguno supone que la prueba solicitada por nosotros, fuera “innecesaria o superflua” (el subrayado no es nuestro), cuando el mismo consideró que había indicios de delito de “*prevaricación administrativa o en su caso desobediencia a la Autoridad Judicial*” (parte dispositiva del Auto de la Sala de 14/2/2013).

g.3.- El colofón, ciertamente lamentable (dicho sea en términos de defensa), del “argumento” produce al Letrado que firma este escrito, desde la perspectiva de más de cincuenta años de ejercicio profesional, profunda tristeza. En efecto, se nos dice que la ausencia de comentario alguno en el Auto del Instructor sobre la solicitud de prueba por nosotros, “*DEBE ESTIMARSE COMO UNA DESESTIMACIÓN IMPLÍCITA*”. A ello hemos de decir:

1º.- Que todo apunta a que la Sala quiere “sanar” el olvido del Instructor, con tan socorrida frase. El respeto a la calidad jurídica que me merecen los miembros de la Sala me impiden aceptar que tan penoso criterio sea producto de su jurídica reflexión.



2º.- Sabemos que a veces- demasiadas- la frase en cuestión sea utiliza por nuestros Tribunales de Justicia, pero ello no empece a que TODOS los que amamos el Derecho, constatemos que no es forma jurídica aceptable de eludir un fallo omisivo de una resolución judicial, pues en tal caso ¿donde queda la incongruencia omisiva?; además, como en este caso sucede, afecta a un Derecho Fundamental, el de la tutela judicial efectiva.

3º.- La “desestimación “táctica” (pues lo es), no se puede compaginar en absoluto con la necesidad de que las decisiones judiciales sean MOTIVADAS, ¿o es que acaso se está defendiendo algo tan censurable como la “motivación implícita”?.

4º.- Este criterio de la desestimación tácita sostenido por la Sala, sorprende aún más viniendo de ese Tribunal, pues por ejemplo, en la Causa Especial 20048/2009,(una de las instruidas al ex Magistrado Garzón) se dijo en un Auto de 7 de abril de aquel año, que era necesario **motivar** *“el carácter necesario o no de las diligencias de investigación pretendidas por las partes.”* ¿Cuál es la causa de tan radical cambio de criterio?. ¿Es que acaso, la tutela judicial se ofrece *“a la carta”*, según quien sea el destinatario de la misma?.

**El poder de ese Alto Tribunal, como último eslabón de la cadena de Órganos Judiciales penales, es también su carga, y ésta consiste en que, como crea Doctrina, ser coherente en sus resoluciones.**

H.- En el F.Jº.8º y último de la Resolución cuya nulidad sostenemos, tras diversas consideraciones genéricas sobre la condición de imputado, a las que nada tenemos que objetar, se afirma (pag.16 del Auto), que la función del Instructor, es *“descubrir la verdad de lo acontecido”* (el subrayado es del Auto).

Efectivamente, de eso se trata, de que tras lo dicho por el TSJ de Castilla La Mancha en términos muy duros para el alcalde aforado, y recogido parcialmente en la pag.5 del Auto cuya nulidad sostenemos, acerca de que el

Ayuntamiento, su Alcalde, *"mantuvo su intención de apartarse de la sentencia judicial precedente y convoca un proceso ilegal en cuanto a su forma de provisión...."*, se trataba decimos de, tras esa durísima censura, se intentara al menos, por el Instructor, en su caso, confirmar (aunque es cosa juzgada) lo dicho por el TSJ, perfilando las diversas responsabilidades en presencia, pues el tema ya estaba inicialmente "acotado" desde aquel pronunciamiento judicial y lo resuelto por la Sala de Admisión de ese Tribunal Supremo.

En nuestra ya larga vida profesional se nos ha señalado a menudo por los Tribunales del orden jurisdicción al penal, que en temas como el que nos ocupa, de posibles delitos cometidos por funcionarios públicos, debía primero quedar acreditada la irregularidad administrativa. Y sólo tras ello acudir, en su caso, a la vía penal. Y por eso nosotros acudimos en primer lugar a la vía contencioso administrativa para obtener -y lo conseguimos- una declaración judicial en dicha jurisdicción que nos servía "en bandeja", la acción penal. Lo que resultaba impensable era que con esas declaraciones judiciales, la jurisdicción penal las ningunease y no las otorgara el valor que ínsitamente tienen.

Por ello, nuestra frustración es grande por la ausencia TOTAL de la exigible, de ese Alto Tribunal, la tutela judicial que legítimamente hemos solicitado, y que ha venido a convalidar que "lo investigado" sean solamente las dos declaraciones exculpatorias, lógicamente, de los afectados por nuestra acción.

### **I.- Sobre la postura del Ministerio Fiscal.**

La búsqueda de Justicia que, hasta ahora, inútilmente hemos logrado entre los miembros de esa Sala y del Instructor, sí al menos las hemos encontrado en lo dicho por el M. Fiscal, que en diversos de sus escritos, ha coincidido plenamente con nuestras tesis.

a.- En efecto, en su primer escrito de 4 de septiembre de 2012, relata la desobediencia del alcalde a la decisión del TSJ de Castilla La Mancha, y que ello incluso motivó que aquel Tribunal acordara que se diera una indemnización a mi mandante por daños morales. En el apartado 5º. de su citado escrito, se precisa con finos perfiles, el delito de prevaricación cometido por el aforado Alcalde.

b.- En su segundo escrito de 28 de mayo de 2013, se adhirió a nuestro recurso de reforma, y rechaza la *“teoría del error”*, poniendo de manifiesto, con una humanidad que no hemos encontrado ni en el Instructor ni en la Sala a la que nos dirigimos, *“el enorme perjuicio causado al querellante..que por esa conducta de abierta rebeldía a un pronunciamiento jurisdiccional, lleva más de diez años litigando.”*

c.- Y en tercer lugar, en su recurso de apelación (no sólo de adhesión al nuestro, como equivocadamente se dice en el hecho 4º. del Auto que impugnamos), hace un recordatorio de lo que parece desconocer la Sala: que *“lo que decidió el TSJ era cosa juzgada y tenía que ser acatado por el Alcalde...quien opta como si no hubiera una sentencia previa, como si no hubiera pasado nada”*.

En criterio del genuino defensor de la legalidad, como lo es constitucionalmente el M. Fiscal, se produjo *“un abuso intolerable de las facultades del alcalde, con una decisión arbitraria ajena al sometimiento obligado a la ley y al derecho”*.

Nos resulta muy sorprendente que, tanto el Instructor, como esa Sala, no hayan dedicado ni una sola palabra o línea para desvirtuar- si ello fuera posible, el criterio del M. Fiscal, aunque en cierta medida lo vemos *“lógico”*, pues eran tesis radicalmente contrarias a las suyas.

### TERCERA.- Sobre la condena en costas (subsidiario).

Ya en la Alegación Previa invocábamos la Jurisprudencia que contempla la idoneidad del incidente de nulidad de actuaciones como vía de corrección para denunciar y así corregir las Resoluciones que incurran en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, si bien supeditada a la imposibilidad de denuncia previa a la finalización del proceso y a la inexistencia de recurso, ordinario o extraordinario alguno, contra la misma. Dichas circunstancias concurren manifiestamente en relación a la condena en costas, inopinada e injustificadamente comprendida en el Auto objeto del presente incidente.

Efectivamente, conforme al art. 340, 3º de la LECrim., la eventual condena del acusador particular a su pago, se condiciona a que resulte de las actuaciones que han obrado con temeridad o mala fe. Y así lo recoge el Auto de 15 de Noviembre de 2012 (JUR 2012/406521), de la Sección 1ª de esa Sala: “... lo relevante para su imposición es el comportamiento procesal, que en el caso de la recurrente evidencia mala fe e inconsistencia en la acusación por la serie de actuaciones llevadas a cabo”. Respecto del contenido de tales conceptos, la misma Sala, en Auto de 3 de Mayo de 2007 (JUR 2007/142000), viene a recalcar su indeterminación legal en los siguientes términos:

*“Sobre los conceptos de temeridad y mala fe que emplea el art. 240 LECrim . para establecer la condena en costas al querellante, la doctrina de esta Sala (por vía de ejemplo, la de 23 de diciembre de 2002 ), ya ha advertido la inexistencia de una definición legal, por lo que ha de reconocerse un cierto margen de valoración subjetiva en cada caso concreto. No obstante lo cual debe entenderse que tales circunstancias han concurrido cuando carezca de consistencia la pretensión acusatoria en tal medida que no puede dejar de deducirse que quien la formuló no podía dejar de conocer lo infundado y carente de toda consistencia de tal pretensión y, por ende, la injusticia de la misma, por lo que en tal caso debe pechar con los gastos y perjuicios económicos ocasionados a los acusados con tal injustificada actuación, sometiéndoles no sólo a la incertidumbre y angustia de ser acusado en un proceso penal, sino también a unos gastos que no es justo que corran de su cuenta (véanse SS.T.S. de 15 de enero de 1997 y 11 y 16 de marzo de 1998 , entre otras).”*

Y dentro del ámbito de esa determinación casuística de la eventual de la temeridad y/o mala fe, la Jurisprudencia de esa Sala es constante en determinados pronunciamientos; en concreto:

1º.- *“No existe un principio objetivo que determine la imposición de costas a dichas partes sino que **la regla general será la no imposición, aún cuando la Sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones...**”*. Es decir, se parte del principio de no imposición de costas. En el mismo sentido, la Sentencia de esa Sala nº 834/2003 (Cendoj 280791200120031033ID) se refiere literalmente al *“carácter excepcional de la imposición de costas a la acusación particular, en cuanto debe hallarse plenamente acreditada la temeridad y mala fe de ésta al iniciar o sostener la denuncia (o querella) y acusación durante el proceso, criterio normativo, cuya valoración se halla atribuido al prudente arbitrio del Tribunal de instancia”*. Como veremos esta acreditación ni siquiera se intenta en el presente caso.

2º.- En segundo lugar, y siguiendo el Auto de esa Sala de 8 de Mayo de 2003 (RJ 2003/4382), para la determinación casuística de los conceptos de temeridad y mala fe, *“que en la práctica son conceptos equivalentes... habrá de estarse a lo que resulte en cada caso concreto de la propia consistencia o sustento de la pretensión formulada por la acusación, su incidencia perturbadora o no a lo largo de aquél y, **sustancialmente, su confrontación con las tesis mantenidas por el Ministerio Fiscal, criterio este último que funcionalmente tiende a sobreponerse como definitivo**”*.

Obviando ampliar la cita jurisprudencial por obvia y reiterada (ATS 20/09/2005 (JUR 2005/227669), ATS 21/06/2006 (JUR 2006/191119), entre otras muchas), nos limitaremos a señalar aquí que, en el caso que nos ocupa, el Fiscal no sólo se adhirió a nuestro recurso de apelación, como recoge la propia resolución recurrida sino que también apeló. La consecuencia debiera ser la expresada por el citado Auto de 8 de Mayo de 2003: *“no es posible sostener que la conducta procesal de la acusación*

particular fue temeraria mientras el Ministerio Público ejercía la acusación en base a los mismos hechos y por el mismo delito.”

3º.- Un corolario ineludible de la excepcionalidad de la condena en costas a la acusación particular es la exigencia de que para hacerla valer hubiera sido preciso acreditar y exponer en la Resolución que imponga la condena, la concurrencia de las circunstancias habilitadoras de su pertinencia: la temeridad y mala fe deben hallarse perfectamente acreditadas y razonadas. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no es ya que la concurrencia de esas circunstancias brille por su ausencia, es que ni siquiera se hace mención de ellas, ni de ninguna consideración que pudiera fundamentar esa condena en costas, impuesta *ad nutum*, sin intento de justificación alguna.

Si no existe imperativo legal, era obligado exponer las causas de la imposición de costas, pues si no se hace así, nos encontramos ante una arbitrariedad afectadora del derecho de nuestro representado a la tutela judicial efectiva.

#### **CUARTA.- Los derechos fundamentales violados.**

De lo que llevamos dicho confiamos que la Sala ya habrá podido comprender que consideramos palmariamente violado el derecho de nuestro representado a una efectiva tutela judicial, en sus diferentes aspectos:

a.- El Auto cuya nulidad pretendemos, asume la “labor” (por llamarla así) del Instructor, quien despreció e ignoró lo dicho por el TSJ de Castilla La Mancha, respecto de la conducta seguida por el alcalde aforado; dicha sea ello asumir desconocer las diferencias entre ambas jurisdicciones. La inexcusable tutela judicial hubiera exigido que se hubiese sido coherente con lo sentenciado en vía contencioso administrativa, dado que se operaba con un indiscutible

punto de partida: la sentencia tantas veces citada, como ignorada por el Instructor y la Sala, del TSJ de Castilla La Mancha.

b.- También se ha vulnerado el derecho fundamental citado, en su vertiente del derecho a la tramitación real y efectiva del procedimiento (*ius ut procedatur*), siendo oportuno recordar a este respecto la numerosa Doctrina nuestro Tribunal Constitucional, (al que podemos vernos abocados a acudir), que confiamos es conocida por la Sala...aunque no la haya aplicado.

c.- Igualmente, al desestimarse “implícitamente”, como se dice por la Sala, nuestra petición de prueba, se ha vulnerado nuestro antes citado derecho fundamental, pues el rechazo de la misma sólo cabe hacerlo motivadamente.

d.- Similarmente, la absoluta falta de motivación de la condena en costas por nuestro recurso de apelación, supone, otra más, vulneración de la tutela judicial, como ya se ha expuesto.

#### **QUINTA.- Preguntas sin respuesta** (de momento).

Ya en el ocaso de la vida del Letrado que firma el presente escrito (espero que sólo la profesional), y tras haber reflexionado muy amplia y profundamente sobre la decisión cuya nulidad postulamos con ninguna fe, pero con algo de esperanza, nos surgen las siguientes preguntas sin respuesta actual:

1ª.- Tras haber inculcado a mis hijos desde niños (uno de ellos es ahora nuestro representado) la necesidad de la lucha por sus derechos (IHERING), y el amor y el respeto a la Justicia,¿ cómo le explico a nuestro hijo-cliente, que ronda ya los 50 años, que el más Alto Tribunal Penal de España, ha hecho oídos sordos, miradas ciegas, a lo contundentemente afirmado por el TSJ de Castilla La Mancha? .

2ª.- ¿Cómo se le explica que el criterio del defensor de la legalidad, el M. Fiscal, ha apoyado nuestras tesis, pero que ellas no han merecido el menor comentario ni del Instructor ni de la Sala?

3ª.- ¿Cómo es posible que tras aquella Sentencia firme, ni siquiera se realice una sola investigación, salvo la recepción del testimonio, obviamente interesado, de los dos querellados?. Porque, cuando la Sala dice que llega a la conclusión exoneratoria tras el examen de la documentación, **PROCEDE RECORDAR, que esa misma documentación fue la que llevó a la Sala de Admisión a ordenar la tramitación de nuestra querella.**

4ª.- ¿Cómo es posible que ese Alto Tribunal condene al pago de las costas del recurso, porque entender que hubo por nuestra parte temeridad o mala fe....cuando el propio M. Fiscal también recurrió?.

5ª.- ¿Cómo es posible que ese Alto Tribunal sea ajeno a las reflexiones que ha hecho el M. Fiscal sobre el calvario que está padeciendo nuestro representado, ni siquiera para hacerlas suyas?.

6ª.- ¿Cómo es posible que ese necesario baluarte contra la corrupción política que DEBE ser ese Alto Tribunal, mire para otro lado cuando otro Tribunal, competente para ello, le ha mostrado la indiscutible presencia de ella?.

7ª.- ¿Se es consciente que una decisión como la que nos ocupa supone otorgar patente de corso a comportamientos prevaricadores y desobedientes a los mandatos judiciales?.

Y viene muy al caso transcribir la declaración del Alcalde aforado al periódico digital "*En Castilla La Mancha.es*" el día 22 de julio de 2013: "*SE QUE ESTO QUE VOY A DECIR ES SOBERBIA PURA Y DURA. AQUÍ ME SENTARON LOS VOTOS Y DE AQUÍ ME SACAN LOS VOTOS, NO LAS SENTENCIAS.*" Estas declaraciones muestran bien a las claras el talante del Alcalde, que ya en aquellas fechas se hallaba crecido por el Auto de sobreseimiento dictado el 6 de mayo de ese año.



8ª.- Y dado todo lo que hemos expuesto en este escrito, ¿acaso existen OTRAS motivaciones, que no razones, para dictar una Resolución como la que nos ha ocupado?.

Por lo expuesto,

**SUPLICO A LA SALA** que admita el presente incidente de nulidad de actuaciones instado contra su Auto y, previos los trámites procesales pertinentes, declare su nulidad, con retroacción de actuaciones al momento precedente al de su dictado, para que por otra Sección, se dicte nuevo Auto estimando nuestro Recurso de Apelación contra el Auto del Magistrado Instructor de 24 de Junio de 2013, en los términos en él interesados.

Es de Justicia que pido en Madrid, a 31 de Marzo de 2014.

Ldo.- José M. Benítez de Lugo Guillén

Cgdo.- 7.883.