

En la Villa de Madrid, a veinte de junio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El presente incidente de recusación se inició por medio de escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 21 de diciembre de 2010 por la representación del querellado en la causa penal núm. 3/20048/2009, el Magistrado D. Basilio. En dicho escrito se formulaba recusación contra el Presidente de la Sala ... del Tribunal Supremo D. Jacinto y los Magistrados D. Alberto, D. Jerónimo, D. Federico y D. Jesús, que habían sido señalados para el enjuiciamiento y fallo de la Causa Especial que había sido iniciada sobre la querrela presentada en su día por el colectivo denominado "Sindicato de Funcionarios Manos Limpias".

SEGUNDO.- A partir de la presentación del indicado escrito se tramitó en la Sala ... la fase de instrucción del incidente, en el que se aceptaron las pruebas documentales aportadas por la parte que había promovido el incidente, se dio audiencia al colectivo "Manos Limpias" que había presentado la querrela inicial de todas las actuaciones, se oyó igualmente al Ministerio Fiscal, a las demás partes que habían actuado en la fase de instrucción, y se recabó el informe de los Magistrados recusados, designándose igualmente el Magistrado que había de instruir el incidente.

En esta primera fase el Magistrado D. Jerónimo admitió expresamente una de las causas de recusación alegadas.

TERCERO.- En fecha 3 de febrero de 2011 el Magistrado designado para la instrucción dictó Auto por el que admitía a trámite el incidente de forma parcial y sólo en cuanto a una de las causas de recusación alegada, fundada en la posible falta de imparcialidad objetiva por parte de la Sala, rechazando la también alegada por interés indirecto en la causa, y previa nueva audiencia de las partes remitió lo actuado a esta Sala Especial del Tribunal Supremo por providencia de 21 de febrero.

CUARTO.- Recibidas en este Tribunal las actuaciones se oyó como es preceptivo al Ministerio Fiscal, previa designación de Ponente en la persona del Presidente de la Sala de lo Militar de este Tribunal D. Ángel Calderón Cerezo y se señaló día para la deliberación y resolución del incidente por esta Sala, lo que tuvo lugar el día 13 de junio pasado.

QUINTO.- Antes de entrar a deliberar sobre la cuestión planteada se admitió la abstención formulada de palabra por el Excmo. Sr. Presidente de la Sala ... que se ausentó de la Sala, procediéndose a continuación a deliberar acerca de la procedencia o improcedencia de la recusación, produciéndose finalmente la votación resolutoria del incidente que dio como resultado una mayoría de Magistrados favorable a la aceptación de la recusación objeto del incidente. En este momento, por el Ponente inicialmente designado se manifestó su intención de formular voto particular contra la resolución acordada, lo que llevó consigo la asunción de la Ponencia por parte del Magistrado que se hallaba en el turno previamente establecido, el Magistrado

Presidente de la Sala 4ª de este Tribunal D. Gonzalo Moliner Tamborero que es el que se ha hecho cargo de la misma.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Gonzalo Moliner Tamborero,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de las posiciones mantenidas por las partes en el presente incidente de recusación.

En el escrito de recusación que dio origen al presente incidente se señalaban como motivos de recusación los recogidos en el art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en concreto en los apartados 11 -“haber participado en la instrucción de la causa penal...”, y 10 -“tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”- y por consiguiente se fundaba dicha recusación por una parte en que los cinco Magistrados integrantes de la indicada Sala de enjuiciamiento eran los mismos que habían actuado como Tribunal de segundo grado en la fase de instrucción, por lo que entendía la parte recusante que quedaban inhabilitados para intervenir en dicha causa en la fase de enjuiciamiento y fallo de la misma (supuesto del apartado 11); y por otra en que con su intervención en las diversas fases de la instrucción habían demostrado un interés indirecto en ser ellos mismos quienes formaran parte del tribunal que había de juzgar a su cliente (causa de recusación del apartado 10 del precepto citado). Se alegaban en definitiva dos causas por las que se entendía que el Tribunal designado para el enjuiciamiento del caso carecía de las exigencias de imparcialidad que deben concurrir en cualquier Tribunal en cuanto integrante del derecho de defensa como garantía de una efectiva tutela judicial cual el art. 24 de la Constitución requiere.

En dicha fase el Sindicato Manos Limpias se opuso a la recusación por entender que no concurrían en grado alguno las causas apuntadas por la parte que la había formulado, por el Ministerio Fiscal se informó en el sentido de entender que si bien no concurría la causa fundada en el interés indirecto de los Magistrados sí que debía admitirse la misma en cuanto a la causa fundada en haber participado dichos Magistrados en la instrucción dictando resoluciones que a su juicio incurrían en un supuesto de contaminación objetiva; y por parte de cuatro de los Magistrados recusados se opuso en primer lugar la extemporaneidad de la misma en base a lo dispuesto en el art. 223.1 de la LOPJ y se sostuvo la no concurrencia de ninguna de las causas de recusación formuladas, mientras que uno de aquellos cinco Magistrados recusados admitió la causa fundada en el apartado 11 de aquella Ley negándola en cuanto a la relacionada con el interés. En este último sentido se ha manifestado también de forma reiterada el Ministerio Fiscal.

Por su parte, el Magistrado que llevó a cabo la instrucción del incidente de recusación, entendió que debía desestimarse la causa consistente en la apreciación de interés indirecto por parte de la Sala en resolver en un sentido concreto, y, rechazando la recusación por la otra causa dejó abierta la posibilidad para que esta Sala de justicia decidiera sobre la concurrencia o no de la misma. Esta Sala, entendiendo cumplida su

misión por parte del Instructor estima, no obstante, que no puede verse constreñida a resolver exclusivamente sobre la propuesta hecha por el mismo sino que conserva su capacidad y competencia plenas para resolver sobre todo lo alegado y probado en el presente procedimiento incidental por cuanto del art. 225 de la LOPJ no se desprende en modo alguno que el Instructor pueda condicionar o limitar las facultades del órgano jurisdiccional que haya de decidir el incidente de recusación.

SEGUNDO.- Sobre la razón de ser de las causas de recusación, y doctrina al respecto.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) recoge en su art. 219 un total de dieciséis causas por las que los Jueces y Magistrados deben abstenerse o pueden ser recusados por las partes, todas ellas movidas por la necesidad de mantener la exigencia de independencia e imparcialidad que requiere el ejercicio de la función de juzgar, no solo para que se haga realidad las previsiones que sobre la materia se contienen en los arts. 117 y sgs de la Constitución cuando proclama estas exigencias sino para que se convierta en auténtica realidad el derecho de todo ciudadano a una tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.2 de la Constitución, pues sólo un Juez independiente de influencias ajenas al pleito que debe resolver puede actuar con la imparcialidad que es garantía de un juicio justo.

Así lo ha entendido de forma reiterada nuestro Tribunal Constitucional cuando ha señalado cómo la figura prevista en el art. 24.2 al reconocer a todos el derecho a “un juicio público... con todas las garantías” incluye, aunque no se cite de forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, a cuya consecución tienen precisamente las causas de recusación y abstención que figuran en las leyes -así en STC 145/1988, de 12 de julio, y muchas otras posteriores-, hasta el punto de haber llegado a decir de que “sin juez imparcial no hay propiamente proceso jurisdiccional” -SSTC 151/2000, de 12 de junio y 156/2007, de 2 de julio, entre otras-.

Esta garantía de imparcialidad a la que se dirigen las causas de recusación contenidas en el indicado precepto legal no solo es reconocida en el art. 24.2 de nuestra Constitución sino igualmente en el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), cuando dispone en su art. 6.1 que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial...”; en defensa de cuyo principio se han dictado numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tiene encomendada la interpretación y aplicación de dicha norma internacional.

De la lectura del art. 119 LOPJ se desprende la existencia de dos tipos de causas de recusación, unas de carácter subjetivo que atienden a la relación de los jueces y magistrados con las partes o a su interés personal directo o indirecto en el resultado del pleito, y otras que se consideran de naturaleza objetiva en cuanto que tienen que ver con la relación que el juzgador haya podido tener con el objeto propio del procedimiento. Entre las primeras se halla la señalada con el núm. 10 en la LOPJ la

primera de las formuladas por el recusante y con el núm. 11 la segunda “haber participado en la instrucción de la causa penal ...”.

Esta doble dimensión de las causas de recusación ha sido claramente interpretada tanto por el Tribunal Constitucional -entre otras en STC 156/2007, de 2 de julio- como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre otras en sus sentencias en sus sentencias de 1 de octubre de 1982 (Piersack contra Bélgica), y de 26 de octubre de 1984 (De Cubber contra Bélgica) al señalar en terminología de la primera de ellas cómo “junto a la dimensión más evidente de la imparcialidad judicial que es la que se refiere a la ausencia de una relación del Juez con las partes que puede suscitar un previo interés en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, ...que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso”.

De ellas, mientras la vertiente subjetiva exige para apreciarla llegar a la conclusión acreditada de que el Juez o Magistrado tiene esa relación o interés personal en el asunto, respecto de la objetiva se descarta de entrada cualquier interés de tal naturaleza y lo que se pretende con ella es preservar la imagen de la justicia a partir de hechos objetivos que puedan dar lugar a sospechas de imparcialidad, de forma que, como han dicho tanto el Tribunal Europeo citado como el Tribunal Constitucional español defendiendo esa imparcialidad lo que con ella “está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”, que sólo se consigue mediante la eliminación de cualquier sospecha objetiva de imparcialidad, de aquí que la sentencia De Cubber hiciera suyo un adagio inglés ya recogido en otra sentencia anterior del mismo que cita, según el cual “justice must not only be done; it must also be seen to be done”, o lo que es igual (en traducción libre) que la justicia no solo debe ser dada sino que también ha de aparecer como tal, pues “se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones o prejuicios que en su ánimo pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso” (SSTC 157/1993, de 6 de mayo o 47/1998, de 2 de marzo), y en definitiva se concreta en ver si se pueden considerar las aprensiones del interesado recusante como objetivamente justificadas (STEDH de 25 de julio de 2002, Perote Pellón contra España). Es por ello que, mientras respecto de las causas subjetivas se exige la prueba clara del interés personal o incluso ideológico, y no se presume nunca (STEDH de 15 de diciembre de 2005, Kyoruamu contra Chipre), respecto de las objetivas basta acreditar que existen sospechas fundadas, indicios objetivos o incluso apariencias concretas de que ha existido por parte del juzgador una relación previa con el proceso que le ha podido llevar a tener una idea preconcebida del caso o un prejuicio respecto del mismo que le puede llevar a resolver de una manera preconcebida.

La causa de recusación objetiva que más cuestiones ha planteado a nuestros tribunales es la que se relaciona con el hecho de “haber participado en la instrucción de la causa penal”, lo que, como su propia denominación indica sólo afecta al orden jurisdiccional penal. Con ella lo que se intenta evitar es que el Juez que instruye un

proceso penal y que por ello tiene conocimiento directo de los hechos por los que se va a enjuiciar a una persona, sea a la vez quien juzgue después en el juicio oral posterior. Su inclusión exigió en un primer momento reformas legislativas en nuestro país que exigieron la actual diversificación entre jueces de instrucción y jueces penales -STC 145/ 1998, de 12 de julio-, y posteriormente la necesidad de evitar cualquier participación del Juez sentenciador en la fase de investigación o instrucción, precisamente para evitar ese conocimiento previo de los hechos que podría llevar a que pudiera acudir al juicio con “prejuicios” derivados de aquel conocimiento. Se trata de evitar cualquier contacto previo con el thema decidendi -STC 69/2001, de 17 de marzo, o 155/2002, de 22 de julio-, “de la participación en actos de instrucción que puedan suponer un contacto con el litigio que dificulte un correcto enjuiciamiento posterior o la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad” -SSTC 162/1999, de 27 de septiembre-. Ello no significa que por principio cualquier intervención previa en la instrucción pueda ser calificada como contaminante -STEDH de 24 de mayo de 1989 (Hauschildt contra Dinamarca), y 28 de octubre 1998 (Castillo Algar contra España), ni que pueda concluirse la imparcialidad sobre las solas sospechas del que formula la recusación, sino que habrá de resolverse en cada caso si concurre o no la causa de imparcialidad alegada cuando concurren hechos objetivamente acreditados- SSTC 170/1993, de 27 de mayo o 162/1999, de 27 de septiembre.

Todo ello en el bien entendido que la posible apreciación de una causa de recusación objetiva no prejuzga ni contempla en modo alguno ningún interés de los recusados en que al pleito se le dé una u otra solución, ni encierra sospecha alguna de parcialidad subjetiva en la actuación de los Magistrados recusados, sino que se limita a ver si con su actuación previa puede apreciarse su conocimiento anticipado de los hechos a enjuiciar que pueda afectar a su necesaria neutralidad a la hora de decidir en el acto del juicio. Por esta misma razón, la aceptación de una causa de recusación de esta naturaleza tampoco puede calificarse como una descalificación de la actuación del Tribunal que se haya visto obligado por ley para tomar decisiones que puedan afectar a su imparcialidad, sino como una manera de evitar que dicho Tribunal, que pudo actuar conforme a derecho en la fase de instrucción, pueda intervenir en un trámite posterior en el que pueda estimarse preconditionado por su conocimiento anterior del caso.

Es a partir de aquellas consideraciones doctrinales previas y de la trascendencia de la cuestión suscitada, como procede entrar en el estudio de las causas de recusación alegadas, considerando por separado cada una de ellas y, siguiendo el orden por el que lo han sido. Aunque previamente habrá que resolver una objeción a la admisión a trámite de estas causas que fue alegada por cuatro de los Magistrados recusados en su preceptivo informe dentro del trámite del incidente.

TERCERO.- Sobre la alegada extemporaneidad de la recusación sostenida por los Magistrados recusados.

Antes de abordar la cuestión relativa a determinar si concurren o no en el caso las causas de recusación anunciadas procede entrar a determinar si la recusación formulada en las presentes actuaciones puede considerarse extemporánea como

sostuvieron cuatro de los Magistrados a los que afectaba aquélla o si por el contrario debe entenderse articulada en momento hábil, teniendo en cuenta las previsiones contenidas en el art. 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el art. 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los que aquéllos apoyaban su argumentación sobre la extemporaneidad.

Los argumentos acerca de la posible extemporaneidad en la presentación del escrito de recusación lo fundan quienes lo sostienen en el hecho de que la recusación se propuso el día 20 de diciembre de 2010 cuando la causa especial en la que se formuló fue incoada en el año 2009, momento desde el que la parte ya conocía o podía conocer la composición de la Sala que iba a enjuiciar dicha causa de conformidad con las previsiones contenidas en el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el que se establecen los criterios precisos para la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones de este Tribunal Supremo, así como la asignación de las ponencias que debían turnar los Magistrados en el año 2009, cuyo Acuerdo se publicó en el BOE de 16 de enero de 2009, y en el que, en cuanto a las causas especiales, ya se decía que “el Tribunal que habrá de conocer de las mismas resolverá sobre su admisión a trámite y las enjuiciará, en su caso”, así como que “la citada Sala estará formada por el Presidente de la Sala y dos o cuatro Magistrados según los casos. Estos casos serán nombrados por un período de cuatro meses siguiendo un doble turno: uno o dos, en su caso, por turno de antigüedad -de mayor a menor- y el otro o los otros dos, por turno de menor a mayor antigüedad”. Señalándose igualmente en dicho Acuerdo el nombre de los concretos Magistrados que forman parte de la indicada Sala y el período de tiempo en que iban a permanecer en la misma durante el año 2009.

De todo ello llegan los recusados a la conclusión de que desde el primer momento en que se inició la tramitación de la Causa Especial núm. 3/20048/2009 conocían los recusantes la composición de la Sala que le iba a enjuiciar y por ello consideran que debieron formular su recusación inmediatamente después de iniciada la misma cual exige hacer el art. 223.1 de la LOPJ en cuanto establece que “la recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde pues, en otro caso, no se admitirá a trámite” llegando a la conclusión de que la recusación formulada en diciembre de 2010 debía considerarse extemporánea.

Este alegato de los Magistrados a los que se refiere el escrito de recusación no puede ser aceptado por esta Sala de justicia por las dos razones fundamentales siguientes:

a) En primer lugar no resulta ni mucho menos diáfano para quienes se hallan sometidos a un proceso penal de las características del aquí producido quienes van a ser los componentes concretos de la Sala que va a celebrar el juicio oral en la misma, sobre todo si se parte de la base de que a pesar de las especificaciones que se contienen en el Acuerdo de la Sala de Gobierno que se publicó en el BOE de 16 de enero de 2009, siempre queda la duda acerca de si serán aquéllos que allí se indican como criterio general o serán otros, en tanto en cuanto que por una parte ya se dice en ellas que el tribunal que habrá de resolver sobre la admisión a trámite de la causa será el mismo que la enjuiciará “en su caso”, lo que deja en pie una duda referida a en qué

casos, sobre todo teniendo en cuenta que en una investigación para el enjuiciamiento de un hecho que en principio aparezca como delictivo puede tener con el tiempo derivaciones múltiples que obliguen a modificar esa previsión inicial. Y la prueba máxima de que la parte recusante no tenía por qué conocer la composición exacta de la Sala la da el hecho de que la propia Sala que comenzó con cinco Magistrados decidió el 13 de diciembre de 2010 constituirse con siete, comunicándolo así al interesado; y

b) La segunda razón por la que no procede aceptar aquellos argumentos se concreta en el hecho de que las causas de recusación que en este caso se alegan se apoyan en hechos producidos a lo largo del proceso de investigación llevado a cabo en la Sala ... y, como es obvio, ni la contaminación que se denuncia como derivada de distintos hechos producidos en la fase de instrucción ni el interés indirecto en el que también apoya el accionante su alegato recusatorio puede sostenerse que se conociera cuando se inició aquel proceso penal, sino sólo después de finalizada la fase de investigación; tanto más cuanto que la recusación de la Sala sólo se formula en su función de Sala de enjuiciamiento y no en su condición de Sala encargada de controlar la instrucción.

En definitiva, si tanto el art. 223.1 LOPJ como el art. 56 de la LECrim, con idéntica dicción, disponen que “la recusación deberá proponerse tan luego como se tenga conocimiento de la causa en que se funde...”, no se puede pretender que la presente recusación se hubiera de haber formulado cuando se inició la causa penal si los motivos en los que se funda derivan de hechos producidos durante la tramitación de la instrucción de dicha causa penal, pues el “dies a quo” de la formulación de la recusación se concreta, como no podía ser de otra manera, en función del tiempo en que se conoció la definitiva composición de la Sala y no en función del momento en que se iniciara la causa penal.

Por todo ello, dado que la recusación se formuló cuando la parte interesada tuvo conocimiento exacto de la Sala que le iba a enjuiciar, de la que formaban parte los cinco Magistrados que habían resuelto cuestiones relacionadas con la instrucción de la misma, la presentación de la misma no puede considerarse extemporánea.

CUARTO.- Sobre la causa de recusación fundada en el apartado 10º de la Ley 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El art. 219 de la LOPJ recoge como causa 10ª de recusación la consistente en “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”. Se trata de una causa de recusación que trata de garantizar la inexistencia de interés subjetivo alguno en el caso por parte de los miembros del tribunal sentenciador, y con ello lo que se pretende es que quien tiene interés se aparte o sea apartado del conocimiento de la causa por cuanto se trata de que quien ha de juzgar lo haga con total independencia y con abstracción de cualquier interés personal, familiar o derivado de terceros, como exigencia de la necesaria imparcialidad que ha de haber a la hora de resolver un pleito o causa como ya se indicó.

La parte recusante funda su alegato de interés indirecto por parte de la Sala en la posición reiteradamente manifestada por la misma, fundamentalmente en el Auto de 23 marzo de 2010 desestimatorio de la apelación contra el Auto del Juez de Instrucción desestimatorio de la petición de sobreseimiento -Auto de 3 de marzo de 2010- con la idea expresada y claramente deducible del contenido del Auto indicado de no entrar en cuestiones que pudieran posteriormente inhabilitarle para participar en la fase de enjuiciamiento. Ahora bien, siendo cierto y manifiesto que dicha Sala en dicha resolución ha tratado de inhibirse de todo compromiso que pudiera llevarle a su inhabilitación posterior para poder juzgar sin necesidad de abstenerse, no es menos cierto que de ello no puede deducirse el interés que la parte recusante le imputa. Por el contrario, con independencia de otras conclusiones a las que pudiera llegarse, no es menos cierto que aquella actitud procesal de no implicarse en el fondo de lo debatido más bien aparece como una posición encaminada a preservar su propia imparcialidad a la hora de juzgar el caso, y en este sentido su actuación procesal más bien parece dirigida por un buen fin que por un interés en que la solución final del proceso lo fuera en uno u otro sentido.

También basa la parte recusante este interés en el hecho de que se hubiera tramitado la causa por el procedimiento abreviado en lugar de por el procedimiento ordinario, pero en ello tampoco puede fundarse la concurrencia del interés que se denuncia cuando los mismos Magistrados sostienen que con esa medida se garantizaba mejor la imparcialidad de la Sala en interés del Magistrado querellado.

Es interesante tener en cuenta a este respecto que ni el Instructor del incidente, ni el Magistrado que discrepó en su día de la opinión del resto de los componentes de aquella Sala ni el Ministerio Fiscal hayan sostenido como aceptable esta causa de recusación. Y en este mismo sentido debe pronunciarse esta Sala del Tribunal Supremo de acuerdo con la competencia que le atribuye el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ante la falta de pruebas que vayan más allá de las meras sospechas enunciadas por la parte que formuló la recusación.

QUINTO.- Sobre la causa de recusación fundada en el apartado 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La causa señalada con el núm. 11 en el art. 219 de la LOPJ hace posible la recusación, como también se indicó, “por haber participado en la instrucción de la causa penal...”.

Sostiene dicha parte que, a pesar de que la instrucción del caso la llevó formalmente un Magistrado de la Sala distinto de quienes ahora forman Sala en trámite de juicio oral, los integrantes de la misma participaron en la instrucción del caso cuando durante la tramitación de la misma tomaron decisiones tan trascendentales como las siguientes:

a) Fueron ellos los que dictaron el Auto de 26 de mayo de 2009 por el que se admitió la querrela, lo que hicieron previa la práctica de unas diligencias preliminares de instrucción;

b) Esta misma Sala rechazó por Auto de 20 de octubre de 2009 la personación en el caso de una serie importante de personas y entidades que pretendieron que habían manifestado su interés en participar en el desarrollo de la investigación, rechazando igualmente los escritos por los que se solicitaba la nulidad de tales decisiones;

c) Fue la misma Sala la que desestimó por medio de su Auto de 23 de marzo de 2010, el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 3 de febrero de 2010 por el que el Juez Instructor desestimó la petición de sobreseimiento formulada por la representación del investigado;

d) Fue también la misma Sala la que desestimó por Auto de 26 de julio de 2010 el recurso de apelación promovido por el ahora recusante contra el Auto de 7 de abril de 2010 por el que se le habían denegado la práctica de determinadas diligencias de instrucción que nuevamente le fueron denegadas igualmente por la Sala por medio del Auto de 13 de diciembre de 2010;

e) Por Auto de 28 de julio de 2010 la Sala, esta vez con el voto particular de uno de sus Magistrados confirmó decisiones anteriores del Juez Instructor por las que había acordado dar, entre otras, a la parte que había formulado la querrela, ahora en su condición de acusadora, la oportunidad de modificar su escrito de acusación por entender que habían incurrido en defectos de redacción;

f) Por haber rechazado en reiteradas ocasiones la petición de archivo de la causa solicitada por el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal por su parte, apoyando esta causa de admisión de la recusación, funda su informe favorable a tal aceptación en tres concretas resoluciones de la Sala, en concreto en las siguientes:

a) En el Auto de 26 de mayo de 2009 por el que se acordó admitir a trámite la querrela, precedida de la aportación de oficio de una serie de resoluciones dictadas por el Magistrado querrellado, en el que a su juicio ya hizo un profundo análisis de los indicios que del escrito de querrela pudieran desprenderse;

b) El Auto de 20 de octubre de 2009 al jugar un papel acentuado de protagonismo a la hora de valorar la posibilidad de personación en la causa, como perjudicados, de diversas asociaciones de víctimas; y

c) En el Auto de 28 de julio de 2010 al rechazar por mayoría de sus componentes las solicitudes de nulidad planteadas por la representación del querrellado y apoyadas por el Ministerio Fiscal en torno a escritos de calificación presentados por las acusaciones populares. Dicho representante público concluye su alegato en defensa de la recusación por entender que por el análisis y pronunciamiento sobre materias relacionadas con el fondo de la cuestión debatida que llevó a cabo la Sala puede aparecer como sospechosa de imparcialidad, y precisamente para eliminar cualquier sombra sobre esta tan importante garantía es por la que apoyaba su propuesta.

A su vez el Magistrado de la Sala que discrepó de la tesis de sus compañeros admitiendo la recusación, fundó su opinión discrepante en dos hechos objetivos que concretó en el Auto de 23 de marzo de 2010 por el que la Sala confirmó el del Juez que instruyó la causa penal contra el recusante, negando el sobreseimiento de la causa original, y el Auto de 26 de julio de 2010 por el que la Sala confirmó el previamente dictado por el mismo Juez por el que daba lugar a proceder contra el querellado.

En el análisis concreto de esta causa de recusación no puede negarse que lo primero que llama la atención en relación con la problemática relacionada con la posible imparcialidad objetiva es la cantidad de resoluciones dictadas por la Sala con motivo de la instrucción del proceso penal que está en el origen del presente incidente pues supera el número de veinte y es difícil pensar que con tanta resolución interlocutoria y de tan variada naturaleza no hayan llegado los Magistrados a tener un conocimiento claro de la cuestión que allí se debatía, tanto más cuanto que estamos en presencia de un delito de prevaricación respecto del cual los hechos sobre los que basar un posible juicio de culpabilidad vienen dados por la propia resolución considerada prevaricadora. Ahora bien, por muchas que fueran esas intervenciones, si las mismas fueran de naturaleza meramente procesal u ordinatorias del proceso en nada podrían afectar a la imparcialidad pues la actuación meramente procesal no implica un conocimiento previo del caso que pueda permitir aceptar una participación “contaminante”, a los efectos ya antes precisados.

Esta Sala, en el análisis del caso y a la luz de las concretas características del mismo como exige la jurisprudencia constitucional precitada, entiende que debe descartar, por lo tanto, como no indicativas de aquella participación en la instrucción todas las resoluciones meramente procesales o sea, todas las que únicamente tuvieron por objeto la ordenación del procedimiento e incluso aquellas que lo que decidieron fue no permitir la entrada en el mismo de asociaciones y grupos que habían manifestado su interés en intervenir por cuanto entiende que las mismas no tenían relación alguna con el conocimiento previo de los hechos que motivaban la instrucción o investigación del delito denunciado. Por lo que debe limitarse al estudio de aquellas que sí que pueden fundar aquella sospecha objetiva de participación contaminante a la que la jurisprudencia citada se refiere y en las que se dio especial énfasis por la parte recusante, por el Ministerio Fiscal y por el único Magistrado integrante de la Sala que aceptó la recusación en su día; a saber:

a) En primer lugar citan el recusante y el Ministerio Fiscal la resolución por la que se admitió la querrela y diligencias recabadas por la Sala (providencia de 2 de abril de 2009 y Auto de 26 de mayo de 2009). Esta resolución inicial, como dijo expresamente en alguna ocasión el Tribunal Constitucional -STS 162/1999, de 27 de diciembre- y también el STEDH de 22-7-2008 Gómez de Liaño contra España -por sí misma no tiene por qué producir ningún efecto contaminante del Tribunal que la dicta dado que la admisión de una querrela a trámite tiene, en principio, un mero carácter procesal pues se trata de una decisión que viene limitada a comprobar si los hechos alegados por el querellante tienen visos de integrar el delito de que se trata o, como dijeron los

Magistrados recusados en su informe, es una resolución procesal que resuelve una petición también procesal y que no valora otra cosa que la procedencia de iniciar el proceso penal a la vista de lo meramente relatado por el querellante.

Pero esta conclusión, que ha de calificarse normalmente así, y por ello y en términos generales nada impediría que los integrantes de la Sala que admite una querella pueda después (a salvo otras intervenciones contaminantes) participar en el juicio, cuando la trasladamos al Auto de 26 de mayo de 2009 por el que se admitió la querella que dio origen a las presentes actuaciones, no puede mantenerse con tal carácter, pues si se examina el mismo con detenimiento, contra lo que dice en sus fundamentos jurídicos primero a tercero que sería lo propio de un Auto de admisión de una querella (competencia, legitimación, examen somero de la querella para determinar si concurre aquella apariencia provisional de delito), pasa en el fundamento cuarto a convertirse en un relato cualificado de todas las actuaciones llevadas a cabo por el querellado en el anterior proceso del que dimanaba la querella haciendo valoraciones jurídicas que superan claramente lo que la propia Sala dice que tiene como objetivo conseguir. Nadie podrá negar que seguramente la Sala lo que quiso es motivar de forma exhaustiva su resolución en garantía de un buen orden de proceder, pero tampoco se puede negar que a nivel de apariencias sobrepasó lo que ella misma considera que debe ser el objeto natural de tal resolución para adentrarse en consideraciones que van más allá de un mero juicio de tipicidad, visto desde fuera y con la sola perspectiva de analizar si puede sostenerse la sospecha de prejuicios o sombra de duda sobre una previa toma de posición en relación con la calificación jurídico-penal del caso.

b) El Auto de 23 de marzo de 2010 por el que se acordó desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación del querellado contra el Auto del instructor de la causa especial de 3 de febrero de 2010 que desestimaba el recurso de reforma contra la decisión de no aceptar la solicitud de sobreseimiento de la causa. En este Auto, la Sala, en su interés por no contaminarse, lo que realmente hizo fue no dar lugar a ninguna de las razones de la apelación pero con ello la Sala ratificó haciendo suya toda la valoración jurídica del Auto del Juez Instructor que, contenida en más de cincuenta folios era claramente inculpatória del acusado, por lo que al confirmar dicho Auto no pudo menos que dar pie a pensar que conocía claramente el contenido del mismo y estaba de acuerdo con él; pero, a mayores, el Juez instructor se remite claramente a la Sala que admitió la querella atribuyéndole haber creado un “título de imputación” al que dicho instructor se atiene, apoyando su investigación en la propia “relevancia penal” que la Sala en cuestión daba a los hechos objeto de querella, con lo que da a entender que la dirección de la instrucción en el caso la ostentaba la Sala, y esta apreciación, acertada o errónea, en ningún momento es descalificada o cuestionada por la Sala en su Auto citado. Ante esta situación, si la Sala acepta que fue ella con la admisión de la querella la que creó un “título de imputación” y calificó la “relevancia penal” de los hechos habrá de comprender que con ello se entienda que había realizado lo más próximo a un juicio material de tipicidad en fase de instrucción que objetivamente le tiene que afectar a la hora de valorar las posibles “sospechas objetivas” de contaminación.

c) Importantes son también a estos efectos los Autos que dictó la Sala confirmando la decisión del Juez Instructor de no archivar las peticiones solicitadas por el Ministerio Fiscal, por cuanto la decisión de no archivar o no sobreseer lleva implícita en su esencia una previa calificación jurídica de los hechos investigados y dicha calificación aunque lo haga el Juez implica necesariamente a la Sala que la confirma aunque formalmente pueda parecer una decisión meramente procesal, cual puede deducirse de la STC 39/2004, de 22 de marzo del Tribunal Constitucional que en supuesto semejante aunque referido a la revocación de un auto de archivo entendió que podía hablarse de un supuesto de perjuicio en cuanto podría valorarse como la exteriorización de un pronunciamiento anticipado sobre el fondo.

Con el análisis de estas decisiones, a las que se podría añadir algunas de las citadas por los demás intervinientes en el caso, queda justificada a juicio de la Sala sobre bases objetivas, sin necesidad de adentrarnos en otras consideraciones, la sospechas o recelos que el recusante ha manifestado en su escrito de recusación, como igualmente han aceptado y reconocido el Ministerio Fiscal y el Magistrado que, formando parte de la Sala, admitió en su día la causa objetiva de recusación.

A ello sólo cabría añadir que en el más próximo precedente de condena al Estado Español por parte del TEDH por infracción del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 22 de julio de 2008, Gómez de Liaño y Botella contra España) lo hizo precisamente porque en un caso de prevaricación semejante al actual, la Sala que juzgó y condenó era la misma que había admitido la querrela y la que había confirmado el Auto de procesamiento (equivalente aunque no igual al Auto de confirmación del no sobreseimiento aquí visto) y que, aunque la condena la basó fundamentalmente por la manifiesta contaminación objetiva que a su juicio produjo dicho auto, consideró que “en las circunstancias del caso la imparcialidad del tribunal podía suscitar dudas en la medida en que todos sus miembros habían intervenido en numerosos actos de instrucción, particularmente en la apelación contra el auto de procesamiento ... (parágrafo 71)”. Al igual que en aquel caso, también en éste el Tribunal ha participado en numerosos actos en la fase de instrucción (ya lo hemos señalado con anterioridad), pero específicamente ha tenido intervenciones como las antes señaladas, suficientemente expresivas de que los temores del demandante podían estar justificados.

SEXTO.- Conviene también traer a colación algunas circunstancias procesales específicas y singulares que convergen en esta clase de procedimientos contra aforados.

Se trata, en efecto, de procesos en los que, en primer lugar, la admisión de las querrelas y el control de la instrucción la decide la propia Sala de enjuiciamiento, a diferencia de los procesos ordinarios para no aforados, en los que, como es sabido, las admisiones a trámite las realiza el Juez de instrucción, con recurso de apelación ante la Audiencia.

En segundo lugar, los recursos de apelación contra las resoluciones que dicta el Juez de instrucción, algunas de ellas con alto grado de complejidad y hondura en el tratamiento de los temas, según se comprueba en la presente causa, son supervisadas en apelación por la propia Sala que admite a trámite la querrela y después juzga.

En tercer lugar, en los procesos como el que nos ocupa no cabe una segunda instancia penal, ni por la vía ortodoxa u ordinaria de una apelación ni mediante el sistema más extraordinario y limitado de la casación. Las sentencias que dicta la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre aforados no son, pues, controlables por ningún Tribunal integrado en la jurisdicción ordinaria penal; solo cabe contra ellas interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

A todo ello ha de sumarse la interpretación que se hace en el caso concreto sobre el control de la tipicidad indiciaria por parte de la Sala de admisión, según la cual el Juez instructor no debe acordar el sobreseimiento cuando en el curso de la investigación no se desvirtúan los hechos objeto de la querrela ni afloran otros nuevos que excluyan la tipicidad auspiciada por la Sala en el Auto de admisión, cual se ha entendido en el caso que nos ocupa.

Las connotaciones procesales que se acaban de exponer ponen de relieve una concentración de funciones procesales en la Sala que controla la instrucción y el enjuiciamiento que parece poco compatible con el principio de imparcialidad objetiva que ha de primar en todo Tribunal proceso.

Precisamente para solventar los problemas derivados de la concentración de funciones y de las posibles contaminaciones procesales que pudieran generar, ya hace algunos años que la mayor parte de las Audiencias del territorio nacional han desdoblado la competencia para el control de la instrucción mediante los recursos de apelación y la de enjuiciamiento de la causa, repartiéndose los recursos de apelación contra las resoluciones del instructor entre las Salas que no van a enjuiciar el caso. Pues bien, si ello es así en procesos en los que no cabe un recurso de apelación o de casación contra las sentencias, mayores y más sólidas razones parecen aconsejarlo cuando se trata de un proceso con una sola instancia.

Por consiguiente, no solo las razones coyunturales del caso concreto sino también otras de índole más bien estructural, que en su momento habrán de ser atendidas por el legislador, avalan y reafirman la estimación de la recusación que postula la defensa del querrellado.

SÉPTIMO.- En conclusión, esta Sala de justicia considera que, debiendo rechazarse la causa de recusación subjetiva alegada por el recusante, debe sin embargo prosperar la causa de imparcialidad basada en causas objetivas porque existen indicios objetivos suficientes para entender que los Magistrados, que habían sido designados para conocer del enjuiciamiento y fallo en la causa penal 3/20048/2009, durante su participación en la fase de instrucción habían llegado a tener una relación con el objeto del proceso que les inhabilitaba para poder participar con garantías plenas de

imparcialidad en el enjuiciamiento de la misma; estimando con ello parcialmente la propuesta de recusación formulada por la parte interesada, debiendo por lo tanto ser otros los componentes de la Sala que haya de presidir la celebración del juicio en la causa penal en cuestión.

LA SALA ACUERDA:

1º) Tener por hecha la admisión de la causa de recusación efectuada en su día por el Magistrado Excmo. Sr. D. Jerónimo.

2º) Estimar la recusación fundada en causas objetivas de los Magistrados de la Sala ... Excmos. Sres. D. Jacinto, D. Alberto, D. Federico y D. Jesús, para formar parte de la Sala que haya de participar en el enjuiciamiento y fallo de la indicada causa.

3º) Desestimar por improcedente la causa de recusación por la que se les había imputado por interés directo o indirecto en el indicado proceso penal.

4º) Como consecuencia de la recusación, la Sala que haya de conocer de la causa núm. 3/20048/2009 en fase de juicio oral deberá estar integrada por Magistrados distintos de los señalados, a los que no les afecte ninguna causa de abstención o recusación.

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. José Carlos Dívar Blanco.- Juan Antonio Xiol Ríos.- Ángel Calderón Cerezo.- Gonzalo Moliner Tamborero.- José María Sieira Miguez.- Aurelio Desdentado Bonete.- Mariano de Oro Pulido López.- Carlos Granados Pérez.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- José Luis Calvo Cabello.- Alberto G. Jorge Barreiro.- Carlos Lesmes Serrano.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Francisco Javier de Mendoza Fernández.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Ángel Calderón Cerezo, al auto de fecha 20.06.2011 dictado por la Sala Especial del Art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que resolvió el incidente de recusación promovido en la causa especial 3/20048/2009.

En mi condición de ponente, cuya propuesta no fue aceptada por la Sala, a continuación expreso el sentido de la ponencia de conformidad con lo dispuesto en el art. 206.1 LOPJ, dejando constancia del mayor respeto para los demás miembros del Tribunal.

Antecedentes

Primero.- 1.- Mediante escrito registrado con fecha 20.12.2010, la representación procesal del Magistrado D. Basilio, acusado en el procedimiento seguido ante la Sala ... del Tribunal Supremo como causa especial núm. 3/20048/2009, promovió incidente de recusación frente a cinco de los siete Magistrados de dicha Sala, que figuran

designados por Auto de fecha 13.12.2010 para integrar el Tribunal encargado del enjuiciamiento de la misma.

La recusación se ha basado tanto en el motivo previsto en el art. 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), consistente en “haber participado en la instrucción de la causa penal”; como en lo dispuesto en el apartado 10º de dicho art. 219, es decir, “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”.

2.- Por lo que se refiere a la primera de las causas alegadas, sostiene la parte recusante que al Magistrado acusado se le sigue proceso penal por posible delito de prevaricación según querrela de fecha 26.01.2009 presentada por el colectivo de funcionarios “Manos Limpias”, la cual fue admitida a trámite por la Sala mediante Auto de fecha 26.05.2009. Con carácter previo a admitir la querrela, mediante providencia de fecha 02.04.2009, el Tribunal hizo uso de la previsión contenida en el art. 410 LOPJ y solicitó del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, de que es titular el querrellado, la remisión de testimonio de particulares de determinadas resoluciones judiciales citadas por la parte querellante como posiblemente constitutivas del expresado delito de prevaricación. Considera el recusante que en el dicho Auto admisorio se realizaron por el Tribunal valoraciones críticas del contenido de las resoluciones supuestamente prevaricadoras.

3.- Asimismo se dice que la Sala, a pesar de haber designado de entre sus miembros a un Magistrado Instructor, recabó para sí el control de las personaciones y la valoración de la condición de perjudicadas de determinadas personas, con cita del Auto de fecha 20.10.2009 que rechazó la personación de quienes manifestaron ser víctimas de delitos cometidos durante la dictadura franquista. Se afirma que, de igual modo, la Sala se opuso a la personación como perjudicados de determinados familiares de personas ya fallecidas, que se mencionaban en la causa seguida ante el Juzgado de que era titular el querrellado como responsables de “crímenes franquistas”, a quienes la Sala había sugerido la posibilidad de ejercer otras acciones en procedimiento distinto para reivindicar el buen nombre de dichos familiares. (Providencia de 16.06.2009).

4.- Habiendo solicitado el querrellado el sobreseimiento y archivo de la causa especial seguida en su contra, el Instructor mediante Auto de fecha 03.02.2010 desestimó la solicitud y tras recurrir en apelación la Sala confirmó la desestimación (Auto de 23.03.2010). Refiere el recusante que “la Sala optó por no entrar ni dar contestación en detalle a los argumentos expuestos por esta defensa en su Recurso, mostrando expresamente y sin reserva alguna su interés en no exponerse a ser recusados, y así formar parte de la Sala enjuiciadora”. Se reprocha a la Sala haber respaldado íntegramente el contenido del fondo del Auto; y ello “tanto en lo referido a su contenido fáctico ..., como a su motivación jurídica que se considera no solo correcta sino también íntegra y completa”. Afirma la parte recusante que “la Sala ratificó en su integridad, haciéndola suya, la valoración jurídico -penal del Auto del Instructor”, y asimismo que en el Auto del Instructor se vierten una serie de consideraciones, en cuanto a que el órgano de la instrucción de la causa lo sigue siendo la Sala, a la que el Instructor se considera vinculado en lo concerniente a la inicial valoración sobre la relevancia penal

de los hechos denunciados, a menos que en el curso de la investigación llegaran a aparecer hechos nuevos desconocidos cuando se presentó la querrela. Criterio que el recusante estima compartido por la Sala al haber confirmado en Apelación el referido Auto del Instructor.

5.- De otro lado, se afirma que el Presidente de la Sala interesó del Instructor testimonio del Auto recién mencionado (de fecha 03.02.2010), que remitió al Consejo General del Poder Judicial para que constara en éste Órgano aún cuando la instrucción no había concluido.

6.- También se confirmó por la Sala (Auto de 26.07.2010), el Auto del Instructor acomodando la causa especial seguida hasta entonces como Diligencias Previas al trámite previsto para el Procedimiento Abreviado.

7.- Habiéndose pronunciado el Instructor sobre la defectuosa formulación de los escritos de calificación de las partes acusadoras, se confirmó por la Sala reiteradamente (Autos, entre otros, de 28.07.2010) el carácter subsanable de los defectos advertidos y se acordó la expulsión del proceso de una de las acusaciones que no subsanó dentro del plazo concedido al efecto. Resoluciones que cuentan con Voto particular discrepante del Magistrado D. Jerónimo.

8.- La Sala acordó remitir a la Fiscalía, por si los hechos fueran punibles, determinado acuerdo del Ayuntamiento de Ferrol (A Coruña) por el que se aprobó una moción de apoyo al Magistrado querrellado y a las "víctimas del franquismo".

Se citan los Autos de la Sala de 15.06.2009 y 15.12.2009, sobre admisión de las querellas presentadas por el mismo delito de prevaricación, respectivamente, por la asociación civil "Libertad e Identidad" y por "Falange Española de las JONS".

9.- Con fecha 13.12.2010, la Sala resolvió sobre admisión y denegación de pruebas a practicar en el acto del juicio oral, rechazando la práctica de determinadas pruebas propuestas por la defensa del acusado.

10.- Finalmente, y en la misma línea argumentativa, la parte recusante sostiene que el Ministerio Fiscal solicitó en siete ocasiones el archivo de la causa especial, lo que en cada caso fue denegado por la Sala.

11.- En conclusión, el recusante menciona como datos o elementos a tener en cuenta para apreciar la causa núm. 11ª del art. 219 LOPJ las siguientes decisiones de los Magistrados a que la recusación se refiere:

1. Admisión a trámite de la querrela;

2. Realización con carácter previo de diligencias que se denominan "de instrucción";

3. Desestimación del recurso de súplica deducido contra el Auto de admisión de la querrela;
4. Denegación de plano de solicitudes de personación de “las víctimas de los crímenes franquistas”;
5. Sugerir a los familiares de presuntos “responsables franquistas”, que acudieran ante los Tribunales para defender su prestigio;
6. Reclamar para sí una inicial valoración jurídica de los hechos objeto de la causa sosteniendo que el Instructor solo podría archivarla caso de aparecer hechos nuevos;
7. Remitir el Presidente de la Sala al Consejo General del Poder Judicial testimonio del Auto denegatorio del sobreseimiento;
8. Respalda la desestimación de dicho sobreseimiento, señalando expresamente que la motivación del Auto era no solo fundada sino materialmente correcta;
9. Ratificar el criterio del Instructor sobre indicaciones a la acusación popular del modo de redactar el escrito de acusación;
10. Avalar que la acusación sostenida por el colectivo “Manos Limpias”, presentara como escrito de acusación el contenido del Auto del Instructor denegatorio del sobreseimiento;
11. Confirmar la denegación de las pruebas propuestas por la defensa durante la instrucción;
12. Confirmar el cierre de la instrucción y la prosecución de la causa contra el querellante por el trámite de Procedimiento Abreviado;
13. Remitir a Fiscalía, por si constituyera delito, una moción municipal en apoyo de las víctimas de los crímenes investigados ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5; y
14. Tildar de mera “obra literaria” la investigación de determinado autor, para rechazar su testimonio en el acto del juicio oral.

12.- Se sostiene en el escrito de recusación que aunque la composición del Tribunal resultaba de las normas de reparto aprobadas para el año 2009 por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicadas en el BOE del 16.01.2009, cuyo Acuerdo señala que “el Tribunal que habrá de conocer de las causas especiales resolverá sobre su admisión a trámite y las enjuiciará, en su caso”, sin embargo la norma no especifica que sea el Tribunal, con la misma composición, el que intervenga durante la fase de instrucción resolviendo cuantos recursos se planteen en el curso de la misma.

13.- En apoyo de su tesis, el recusante cita la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), contenida, entre otras, en las Sentencias 26.10.1984 (De Cubber contra Bélgica); 24.05.1988 (Hauschildt contra Dinamarca); 28.10.1998 (Castillo-Algar contra España); 22.07.2008 (Gómez de Liaño y Botella contra España) y 26.10.2010 (Cardona Serrat contra España). Así como la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional contenida en Sentencias 145/1988, de 12 de julio y 156/2007, de 2 de julio; y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con cita de la Sentencia 812/2007, de 8 de octubre, entre otras.

14.- En cuanto a la causa de recusación fundada en “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa” (art. 219.10 LOPJ), se considera vinculada a la anterior y la funda el recusante en que los Magistrados recusados han mostrado un claro interés por ser ellos, y no otros, quienes formen parte del Tribunal sentenciador. “Solo desde este interés puede entenderse la intención de estos Magistrados en no contaminarse, en no manifestar expresamente su opinión sobre el asunto”.

15.- Como diligencias de prueba, la parte recusante propuso la unión al incidente de testimonio de las siguientes resoluciones dictadas por la Sala:

1. Auto de 26.05.2009, de admisión a trámite de la querella.
2. Auto de 15.06.2009, que desestimó la Súplica contra el anterior.
3. Auto de 15.06.2009, que admitió a trámite la querella presentada por la asociación civil “Libertad e Identidad”.
4. Auto de 20.10.2009, que desestimó el incidente de nulidad contra providencia de 24.06.2009.
5. Auto de 15.12.2009, que admitió a trámite la querella presentada por “Falange Española de las JONS”.
6. Auto de 23.03.2010, que desestimó Apelación contra Auto del Instructor de fecha 03.02.2010.
7. Auto de 26.07.2010, que desestimó la Apelación contra Auto del Instructor de 07.04.2010.
8. Autos de 28.07.2010, que desestimaron las Apelaciones deducidas contra Auto del Instructor 20.04.2009 y providencias de 21 y 23.04.2010.
9. Auto de 08.10.2010, que desestimó el Recurso de Apelación presentado por “Falange Española de las JONS”, y
10. Auto de 13.12.2010, sobre admisión y desestimación de pruebas a practicar en el juicio oral y composición del Tribunal sentenciador.

Segundo.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el art. 223.3 LOPJ, y mediante escrito fechado el 20.01.2011 se adhirió a la anterior pretensión recusatoria, si bien que únicamente en cuanto a la causa prevista en el art. 219.11, oponiéndose a la estimación de la fundada en la causa 10ª.

Tras citar la jurisprudencia aplicable del TEDH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, concretó la procedencia de la causa de recusación en las tres siguientes resoluciones de la Sala:

1. Auto de admisión a trámite de la querella (de fecha 26.05.2009);
2. Auto de denegación de personación en la causa, en concepto de perjudicados, de diversas asociaciones de víctimas (de fecha 20.10.2009); y
3. Auto de 28.07.2010 mediante el que la Sala respaldó las resoluciones del Instructor sobre subsanación de defectos advertidos en la formulación de los escritos de calificación provisional de las partes acusadoras.

Tercero.- La representación procesal de la acusación popular sostenida por el Sindicato de Funcionarios "Manos Limpias", y por la asociación civil "Libertad e Identidad", en su escrito de fecha 24.01.2011, se opuso a la estimación de la recusación por cualquiera de las causas aducidas.

Esta parte afirma que alcanza dicha conclusión tras el examen pormenorizado de las resoluciones dictadas por la Sala que se invocan por el recusante, con cita de la jurisprudencia del TEDH, de la doctrina del Tribunal Constitucional y jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia 319/2009, de 23 de marzo, por todas).

Como prueba documental esta parte solicitó la unión a las actuaciones de testimonio de las siguientes resoluciones de la Sala:

1. Providencia de 28.01.2009 por la que tras la presentación de la querella se dio traslado al Ministerio Fiscal para competencia.
2. Providencia de 02.04.2009, solicitando al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 remisión de testimonio de determinadas resoluciones judiciales.
3. Auto de 26.05.2009, sobre declaración de competencia de la Sala y admisión a trámite de la querella.
4. Auto de 15.06.2009, que desestimó recurso de súplica contra el anterior.
5. Auto de 20.10.2009, sobre denegación de personación en concepto de perjudicados.

6. Auto de 23.03.2010, sobre desestimación de Recurso de Apelación frente a la denegación del Instructor de sobreseer la causa especial.

7. Auto de 06.05.2010, resolviendo incidente de recusación promovido por la defensa frente al Magistrado Instructor.

8. Auto de 26.07.2010, que declaró haber lugar a continuar la causa por el trámite previsto para el Procedimiento Abreviado (art. 779.1.4 LE. Crim.).

9. Auto de 28.07.2010, sobre necesidad de proceder a la subsanación de defectos formales advertidos por el Instructor en la emisión del escrito de acusación.

10. Auto de 28.07.2010, sobre preclusión para formular acusación por parte de "Falange Española de las JONS".

11. Auto de 13.12.2010, resolviendo sobre la prueba propuesta por la acusación y defensa para el acto del plenario.

Cuarto.- Con fecha 26.01.2011 emitieron el informe previsto en el art. 225.1 LOPJ los Magistrados D. Jacinto (Presidente de la Sala), D. Alberto; D. Federico y D. Jesús, en el sentido de no admitir ninguna de las causas de recusación llegando a la conclusión de no haberse afectado la debida imparcialidad tras el análisis en detalle de cada una de las resoluciones dictadas por la Sala, y ello en relación con la jurisprudencia del TEDH con cita de las más recientes Sentencias 06.01.2010 (Vera Fernández-Huidobro contra España); 02.03.2010 (Adamkiewicz contra Polonia) y 26.10.2010 (Cardona Serrat contra España); destacando las diferencias que este asunto presenta con el enjuiciado en la STEDH 22.07.2008 (Gómez de Liaño y Botella contra España).

Asimismo objetaron la posible extemporaneidad del planteamiento de la recusación, en función de lo dispuesto en los arts. 223.1 LOPJ y 56 LE. Crim., por cuanto que la parte recusante conoció desde antes de dictarse la primera resolución cual era la composición nominal de la Sala prevista para la admisión y el enjuiciamiento, y que en todo caso a raíz del Auto de apertura del juicio oral, dictado con fecha 11.05.2010, el acusado que recusa ya tenía conocimiento de los tres datos necesarios para recusar:

a) Identidad de los Magistrados que formarían la Sala de enjuiciamiento;

b) Las causas de recusación que el recusante ha dejado expuestas; y

c) El hecho de que se celebraría el juicio según lo acordado en dicho Auto de fecha 11.05.2010.

Quinto.- Con fecha 26.01.2011, el Magistrado D. Jerónimo manifestó aceptar la causa de recusación núm. 11ª del art. 219 LOPJ, rechazando la prevista como 10ª en dicho precepto.

A esta conclusión llega el informante tras examinar cada una de las doce resoluciones dictadas por la Sala durante la instrucción de la causa, reparando concretamente en tres de ellas en las que sitúa los datos más relevantes y significativos en orden a sostener la pérdida de la imparcialidad objetiva del Tribunal. En particular se refiere:

- 1) Auto de 23.03.2010, sobre desestimación del sobreseimiento;
- 2) Autos de 26.07.2010 y de 08.10.2010, sobre subsanación de defectos advertidos por el Instructor en la presentación de los escritos de acusación, en que el informante formuló voto particular discrepante.

En apoyo de su decisión citó este Magistrado la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del TEDH, y en especial las declaraciones que se contienen en la Sentencia del caso "Gómez de Liaño y Botella contra España", con la que el informante considera que el presente caso guarda especial semejanza.

Sexto.- Con fecha 27.01.2011 se designó Instructor del presente incidente al Magistrado de la Sala D. Julián Sánchez Melgar, el cual mediante Auto de fecha 03.02.2011 concluyó la instrucción formulando a la Sala competente para decidir la presente recusación, las siguientes propuestas:

1. No apreciar extemporaneidad en el planteamiento del incidente.
2. Inadmitir la recusación planteada con fundamento en la causa núm. 10ª del art. 219 LOPJ.
3. Admitirla parcialmente en lo que concierne a la causa núm. 11ª de dicho precepto, en cuanto se refiere a las siguientes resoluciones de la Sala:

- 1) Auto de fecha 23.03.2010, sobre desestimación de la solicitud de sobreseimiento;
- 2) Auto de 26.07.2010, sobre conversión de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado; y
- 3) Auto de 28.07.2010 dictado con motivo del incidente originado con las resoluciones del Instructor, por las que se realizó requerimiento para subsanar los escritos de acusación, en que emitió Voto particular discrepante el Magistrado Sr. Jerónimo, en el sentido de que debió ser estimado parcialmente el recurso del querellado con la oportuna retroacción de actuaciones.

El Instructor confirió traslado a las partes para proposición de prueba.

Séptimo.- La representación procesal del recusante, mediante escrito de fecha 04.02.2011, hizo constar su protesta respecto de dicho Auto en defecto de cualquier posible impugnación deducible frente al mismo, por la decisión inadmisoria adoptada por el Instructor en cuanto sustraía al conocimiento de la Sala competente uno de los

motivos de recusación y la posibilidad de pronunciarse sobre la totalidad de las resoluciones de la Sala, de cuyos contenidos la parte recusante extrae la consecuencia de la pérdida de la debida imparcialidad.

A efectos probatorios, el recusante solicitó la unión por testimonio a la correspondiente pieza separada de la totalidad de las resoluciones, Autos y providencias, dictadas por la Sala compuesta por los Magistrados a que la recusación se contrae.

Octavo.- A efectos de proposición de prueba, el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 14.02.2011, solicitó la unión de los Autos dictados por la Sala con fecha 23.03.2010; 26.07.2010 y 28.07.2010 (según dejó interesado en su anterior informe de fecha 20.01.2011).

Noveno.- Al mismo objeto, la representación procesal de la acusación popular mediante escrito de fecha 16.02.2011, solicitó la unión de las mismas resoluciones dictadas por la Sala, mencionadas en su escrito de oposición (de fecha 24.01.2011).

Décimo.- Se dio traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos previstos en el art. 225.3, pfo. tercero LOPJ, que lo evacuó mediante escrito de fecha 31.05.2011 reiterando lo ya informado con fecha 05.01.2011 en el sentido de adherirse a la recusación deducida por la representación procesal de D. Basilio, por la causa prevista en el art. 219.11 LOPJ, esto es, "haber participado en la instrucción de la causa penal" debiendo rechazarse la causa de recusación amparada en el apartado 10ª de dicho precepto, consistente en "tener interés directo o indirecto en el pleito o causa".

Fundamentos de Derecho

Primero.- Sobre la posible extemporaneidad de la Recusación.

En el informe emitido por cuatro de los cinco Magistrados de la Sala que han sido recusados se suscita la presente objeción, con fundamento en que habiendo conocido el recusante la composición del Tribunal desde que se presentó la querrela en su contra, pudo ejercer la acción recusatoria frente a aquellos tan pronto como tuvo conocimiento de la causa en que se funda, sin necesidad de aguardar al Auto de fecha 13.12.2010, en que meramente se reitera aquella inicial composición y se incrementa la Sala con otros dos nuevos Magistrados (en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 145 LE. Crim.) frente a los que la recusación no se dirige.

Ciertamente, en cumplimiento de lo que se dispone en el art. 152.1.2 LOPJ, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo adoptó Acuerdo sobre establecimiento de los turnos precisos para la composición y funcionamiento de la Sala ... del Tribunal, así como la asignación de ponencias que debían turnar los Magistrados en el año 2009, que aparece publicado en el "Boletín Oficial del Estado" del día 16.01.2009, según decisión de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. En el apartado correspondiente a "causas especiales", se establece de un lado que se consideran como tales las instruidas contra personas aforadas respecto de las cuales corresponde

a la Sala Segunda “la instrucción y enjuiciamiento, en su caso, de las mismas”, y de otra parte que corresponde al Tribunal resolver sobre “su admisión y las enjuiciará, en su caso”. La citada Sala, se dice, estará formada por el Presidente de la misma y dos o cuatro Magistrados, según los casos. Estos Magistrados serán nombrados por un periodo de cuatro meses según el doble turno que en el mismo Acuerdo se fija, para a continuación identificar por su nombre a quienes forman parte de la Sala durante el periodo correspondiente del año 2009.

A partir de lo dispuesto tanto en el art. 56 LE.Crim. como en el art. 223.1 LOPJ, resulta que están previstos dos momentos hábiles para proponer la recusación. El primero referido a cuando se tenga conocimiento de la causa en que se funde, en los casos en que ésta exista con anterioridad al inicio del proceso; mientras que el segundo se concreta en los diez días siguientes a la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar. En ambos casos con el mismo efecto preclusivo, esto es, bajo sanción de inadmisión de la recusación tardíamente promovida. De manera que adoptadas por la Sala las resoluciones a las que el recusante atribuye la pérdida de la imparcialidad (a las que, como se verá, nada aporta el Auto de 13.12.2010 sobre composición ampliada de la Sala de enjuiciamiento), la promoción del incidente debió producirse dentro de los diez días siguientes al dictado de la última resolución tenida como de participación en la instrucción de la causa, y en todo caso debió actuarse a raíz de que se acordó la apertura del juicio oral (Auto de fecha 11.05.2010), porque a partir de esta última resolución ya había certeza en cuanto a que se iba a llevar a cabo el enjuiciamiento de la causa por el Tribunal de composición predeterminada para la admisión a trámite y enjuiciamiento, en su caso.

La validez de los actos procesales depende del cumplimiento de los plazos previstos para su realización, sin que pueda la parte llevarlos a cabo en términos de mera oportunidad porque la tutela judicial prevista para preservar el derecho al Juez imparcial es de configuración legal y está sometida a la observancia de los requisitos que regulan su ejercicio válido, entre ellos el de la temporalidad.

Sin embargo, la jurisprudencia de la misma Sala ... del Tribunal Supremo viene flexibilizando el rigor del plazo dentro del que se puede alegar la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial, incluido dentro del más amplio derecho al juicio justo o proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE.), y así según la reciente Sentencia 391/2011, de 20 de mayo, se admite el planteamiento como cuestión previa en la audiencia preliminar prevista para el Procedimiento Abreviado, conforme a lo dispuesto en el art. 786.2 LE. Crim.; de manera que aceptada esta posibilidad por la propia Sala no es posible sostener la inadmisión sobre la que se pronuncia el informe de los Magistrados recusados.

Segundo.- Sobre la propuesta inadmisoria del Instructor del incidente.

El Instructor ha remitido a la Sala el incidente con doble propuesta de inadmisión. La primera excluyendo la causa de recusación prevista en el art. 219.10 LOPJ basada en “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, y la segunda acotando de entre

las resoluciones citadas por la parte que recusa, como demostrativas de “haber participado en la instrucción de la causa penal” (art. 219.11 LOPJ), tres de ellas que en opinión del Instructor y como consecuencia del pormenorizado examen del contenido del conjunto de las resoluciones, podría tomarse en consideración al objeto de que se trata. La decisión del Instructor ha merecido la protesta de la parte recusante, que la Sala comparte. La inadmisión que puede acordar el Instructor es la que surge de lo dispuesto en el art. 223.1 y 2 LOPJ, para los casos de incumplimiento de los requisitos de forma esenciales que rigen el planteamiento del incidente y que no fueran subsanables, tales como la proposición fuera de plazo, la no alegación de causa legal o de los motivos en que se funde la recusación, no aportación en absoluto de cualquier principio de prueba sobre los mismos, falta de legitimación, etc., y en este sentido sostenemos que debe interpretarse lo dispuesto en el art. 225.3 pfo. segundo LOPJ sobre que “el Instructor si admitiere a trámite la recusación propuesta, ordenará la práctica en el plazo de 10 días, de la prueba solicitada que sea pertinente y la que estime necesaria y, acto seguido, se remitirá lo actuado al tribunal competente para decidir el incidente”.

Esta es la interpretación que consideramos más respetuosa para el ejercicio de las competencias de la Sala en cuanto a pronunciarse con pleno conocimiento, sobre la procedencia de la pretensión recusatoria ejercitada en condiciones de normalidad y de buena fe procesal (ex. art. 11 LOPJ), y que determina a la Sala Especial del art. 61 LOPJ a entrar a considerar sin limitación previa, sobre las consecuencias que de todo lo resuelto por los Magistrados a quienes se recusa puedan derivarse a efectos de la concurrencia de la causa de recusación invocada como núm. 11ª del art. 219.

Sin embargo, en lo que se refiere a la causa que se cobija en el apartado 10º de dicho precepto, ésta se ofrece carente de fundamento, y aún el Ministerio Fiscal pone de manifiesto la contradicción interna que subyace en la argumentación que se utiliza, al denunciar la parte recusante el intento de los miembros de la Sala en protagonizar el enjuiciamiento, cuidándose para ello de no resolver en profundidad las impugnaciones deducidas por esta parte, y esto como cautela para no incurrir en motivos de reprochable parcialidad. La falta de consistencia lleva al Ministerio Fiscal a rechazar de plano esta causa, en lo que coincide el Magistrado que admite su recusación por la otra causa objetiva. Y en estas condiciones reitero ahora los términos en que expuse la ponencia, en el sentido de prescindir “a limine” de este planteamiento de la recusación por motivos de posible pérdida de la imparcialidad en su vertiente subjetiva.

Tercero.- Criterios legales y jurisprudenciales a considerar en el examen de esta recusación.

La imparcialidad, subjetiva y objetiva, de Jueces y Magistrados es consustancial al Poder Judicial, de manera que solo podrá hablarse de Jueces y de Justicia independientes en la medida en que los ciudadanos justiciables tengan confianza en que los casos sometidos a conocimiento de los Tribunales van a ser decididos por Jueces neutrales, en quienes no concurren circunstancias que consientan albergar dudas racionales y fundadas de parcialidad. No es preciso insistir en consideraciones

de esta clase que afecten a la esencia del ejercicio de la función jurisdiccional. Cuantos han intervenido en el presente incidente ya se han manifestado al respecto en términos elocuentes, subrayando el reconocimiento de este derecho en Convenios y Tratados internacionales suscritos por España, destacadamente en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en nuestra Constitución como parte integrante del más amplio derecho fundamental al proceso con todas las garantías que proclama su art. 24.2, según tiene dicho el Tribunal Constitucional desde STC 145/1988, de 12 de julio.

El TEDH en su función interpretadora del art. 6.1 del Convenio: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley”, ha venido realizando una serie de declaraciones que pudieran considerarse básicas y que asumidas lógicamente por los Tribunales españoles han de tenerse en cuenta para decidir este incidente. La primera de ellas se refiere a que incumbe a los Estados organizar su propio sistema judicial, de forma que se hagan efectivos los derechos previstos en el citado art. 6 del Convenio (STEDH 26.10.2010, caso “Cardona Serrat contra España”). Y en este sentido España tiene establecido que la responsabilidad penal en que pudieran incurrir las personas que desempeñan altos cargos del Estado (art. 57.1.2 LOPJ) y también los Magistrados de la Audiencia Nacional (art. 57.1.3 LOPJ), será exigible ante la Sala ... del Tribunal Supremo, a la que están aforados y que resulta competente para la instrucción y el enjuiciamiento de las causas que contra ellos se sigan. En la concreción de esta previsión legal, anualmente se aprueban por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, las normas de reparto y sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones del Tribunal, que son objeto de publicación en el BOE. Con ello se está afirmando la existencia del sistema nacional específico, previsto para regular la exacción de responsabilidad penal de personas aforadas en el vértice de la jurisdicción, a modo de garantía reforzada para la protección del ejercicio de la función, como excepción válida al principio constitucional de igualdad en que la instancia única aparece como consecuencia del enjuiciamiento al máximo nivel de la organización judicial. En la regulación legal de este sistema no se prevé cualquier estructura distinta de la horizontal, de la que se derive la superposición de una parte de la Sala respecto de lo resuelto por otra parte de la misma. Por consiguiente, en estos casos la Sala ... constituye Juez ordinario legalmente predeterminado, complementado con las precisiones introducidas en materia de reparto, composición y funcionamiento por el órgano de gobierno interno del Tribunal Supremo.

De dicha jurisprudencia forma parte también la presunción de la imparcialidad de Jueces y Magistrados, la subjetiva sobre todo, incumbiendo la carga de probar lo contrario a quien sostenga en el caso la quiebra de la debida imparcialidad. (Gómez de Liaño y Botella contra España (párrafo 61); y Perote Pellón contra España (párrafo 44)).

Asimismo que hasta las apariencias tienen importancia en esta materia porque está en juego la confianza que los Tribunales, sobre todo los del orden penal, han de inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática. (Gómez de Liaño y Botella contra España (párrafo 62) y Perote Pellón contra España (párrafo 45)).

Y que, en los casos en que se cuestione la imparcialidad de Jueces y Magistrados las abstracciones y las consideraciones genéricas, ceden ante el análisis de las circunstancias de cada caso (Gómez de Liaño y Botella contra España, párrafo 64). Y que aún revistiendo importancia las sospechas y aprensiones de los ciudadanos justiciables, lo determinante y decisivo para apreciar la quiebra de la debida imparcialidad es que aquellos temores o recelos deben considerarse legal y objetivamente fundados (Gómez de Liaño y Botella contra España (párrafos 62 y 71); Perote y Pellón contra España (párrafo 51); Cardona Serrat contra España (párrafo 38) y Castillo Algar contra España (párrafo 50)) y SSTC 5/2004, de 16 de enero; 240/2005, de 10 de octubre y 55/2007, de 12 de marzo.

Cuarto.- Fundamento de la causa de Recusación invocada.

El objeto del incidente se contrae a decidir si concurre en cinco de los Magistrados designados para el enjuiciamiento de la causa especial de que se trata, el motivo de recusación fundado en "haber participado en la instrucción de la causa penal" (art. 219.11 LOPJ), como sostiene la parte recusante, que cuenta con la adhesión del Ministerio Fiscal y que acepta uno de los Magistrados que ha sido objeto de recusación; cuya estimación comportaría el definitivo apartamiento de la composición del Tribunal de aquellos Magistrados que han sido recusados, con designación de nuevos miembros de la Sala para llevar a cabo dicho enjuiciamiento.

El fundamento de la pretensión recusatoria se contrae, en síntesis, a que a lo largo de la tramitación del proceso penal seguido al hoy recusante, la Sala integrada por los cinco Magistrados ha dictado numerosas resoluciones sobre lo que constituye "thema decidendi", en su mayoría decidiendo recursos del querellado contra Autos del Instructor, que siempre fueron desestimados, a través de cuyos contenidos y por la extensión de su intervención permite sostener al acusado que la Sala ha llegado a formar criterio sobre su culpabilidad, prejuzgando lo que constituye el objeto de enjuiciamiento.

Sin embargo, ya hemos dicho que no son únicamente los temores que alberga el acusado sobre la parcialidad del Tribunal lo que puede llevar a establecer la idoneidad de sus miembros por este motivo, sino la constatación de que dichos temores o aprensiones existen y están objetiva y racionalmente fundados. Y a este objeto debe tenerse presente, de un lado, que con carácter general rige la interpretación estricta en la materia de recusación por las consecuencias que, en otro caso, podrían seguirse en cuanto a la seguridad jurídica y alteración sin fundamento de la composición reglada y predeterminada de los Tribunales. Y, de otro, que según constante jurisprudencia, del TEDH, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, el haber adoptado decisiones con carácter previo al enjuiciamiento por sí solo, no resulta determinante de la pérdida de la imparcialidad, sino que habrá de estarse a las circunstancias de cada caso, tomando en consideración la naturaleza y extensión de las decisiones y medidas adoptadas con anterioridad, esto es, la intensidad y relevancia de lo resuelto y la relación que de ello se derive entre los Magistrados y lo que deba ser enjuiciado. Más

concretamente, para el TEDH existirá la sospecha legítima bien cuando las cuestiones sobre las que se hubiera tratado con anterioridad fueran análogas a las que se tuvieran que decidir al tiempo del enjuiciamiento, o bien cuando al tratar antes aquellas cuestiones, el Juez debió pronunciarse sobre la existencia de indicios de culpabilidad o de la comisión del delito por el que se acusa, reiterando ahora que deben descartarse las formulaciones genéricas (Así en Sentencias “Moczulski contra Polonia”, de 19 de abril de 2011; “Cardona Serrat contra España”, de 26 de octubre de 2010; “Admakiewicz contra Polonia”, de 2 de marzo 2010; “Gómez de Liaño y Botella contra España”, de 22 de julio de 2008; “Ekeberg y otros contra Noruega”, de 31 de enero de 2007; “Depiets contra Francia”, de 10 de febrero de 2004; “Saraiva de Carvalho contra Portugal”, de 22 de abril de 1994; “Morel contra Francia”, núm. 34310/96, CEDH 2000-IV; “Nortier contra los Países Bajos”, de 24 de agosto de 1993; o “Hauschildt contra Dinamarca”, de 24 de mayo de 1984.

De otra parte, tanto el Tribunal Constitucional como este Tribunal Supremo, se han pronunciado reiteradamente en el sentido de que no se consideran actos de instrucción a efectos de comprometer la debida imparcialidad:

- a) La mera admisión a trámite de denuncia o querrela (STC 164/1986, de 26 de septiembre y 39/2004, de 22 de mayo, y STS 13.05.1993);
- b) La decisión de recursos interpuestos contra resoluciones del Instructor, incluso el procesamiento o la adopción de medidas cautelares, cuando no se formulen valoraciones del Tribunal que se limita a verificar la regularidad y lo ajustado a derecho de lo acordado por el Instructor (STC 136/1992, de 13 de octubre, y SSTS 17.04.1999 y 13.02.2001);
- c) Se afecta porque el Tribunal del enjuiciamiento llegó a dictar “ex novo” Auto de procesamiento (SSTS 28.12.1993, 20.01.1991 y 18.07.2003); y
- d) También se considera acto de instrucción acordar directamente medidas cautelares contra el imputado (STS. 18.05.2001).

Quinto.- El grado de implicación de los Magistrados recusados según sus resoluciones.

Resolver el presente incidente, haciendo aplicación de las razones expuestas, requiere comprobar en función de la clase y contenido de cada uno de los pronunciamientos efectuados hasta ahora por la Sala, de admisión y enjuiciamiento, primero la realidad de la implicación de sus miembros con lo que sería objeto de enjuiciamiento y luego si el grado de intensidad y relevancia consiente sostener racional y objetivamente según las reglas de experiencia, el fundamento de los temores expresados por el recusante, en cuanto a la falta de idoneidad en el caso de los Magistrados recusados por pérdida de la debida imparcialidad, en razón a su relación con el objeto del proceso en la fase de instrucción.

La parte recusante ha designado desde su inicial escrito de recusación una serie de resoluciones, que luego amplió al proponer prueba documental en el incidente en términos que no alteran sustancialmente la relación inicial. Partiendo de ésta, distinguimos, entre las resoluciones que coinciden con las designadas también por el Ministerio Fiscal y por el Magistrado que acepta la recusación.

A. Resoluciones citadas sólo por la parte recusante:

1. Providencia de fecha 02.04.2009 mediante la que la Sala se dirige al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, interesando la remisión por testimonio de las resoluciones, mencionadas en la querella deducida por el Sindicato de funcionarios “Manos Limpias”, como supuestamente injustas y constitutivas de delito.

No cabe apreciar indicios de “contaminación por instrucción”, cuando la Sala hace uso de lo dispuesto en el art. 410 LOPJ, a fin de decidir sobre su propia competencia, la posible relevancia penal de los hechos objeto de querella y la verosimilitud de la imputación. Más bien se trata de un acto obligado de comprobación del relato factual de la querella en garantía del querellado.

2. Auto de fecha 15.06.2009, sobre acumulación de querella de idéntico contenido formulada por la Asociación civil “Libertad e Identidad” estableciendo el ejercicio conjunto de la acusación penal, bajo la misma representación y dirección letrada. Es acto de ordenación procedimental carente de contenido sustancial.

3. Auto de fecha 20.10.2009, que deniega la personación en concepto de perjudicados de determinados familiares de personas ya fallecidas que se mencionan como posibles responsables de “crímenes del franquismo”. También es acto de ordenación del procedimiento y de control de la válida constitución de la relación jurídico procesal. La indicación de otras posibles acciones a ejercer en defensa de la memoria de los familiares, no constituye acto de instrucción.

4. Auto de fecha 15.12.2009 que autoriza la personación como querellante de “Falange Española de las JONS”. En los mismos términos que la anterior.

5. Auto de 26.07.2009, sobre continuación de las Diligencias Previas por los trámites previstos para el Procedimiento Abreviado. Se confirma el criterio del Instructor que previamente, en Auto 03.02.2009, había acordado no haber lugar al sobreseimiento de la causa. La Sala no efectúa valoración jurídica sobre los hechos sino sobre el procedimiento, al razonar que denegado el sobreseimiento que la misma parte solicitó, no quedaba al Instructor sino hacer uso de lo dispuesto en el art. 779.1.4 LECrim., sobre transformación a Procedimiento Abreviado. Y en cuanto a las diligencias solicitadas por el querellado y pendientes de practicar, se confirma la decisión recurrida argumentando sobre el contenido del derecho a la prueba y que la decisión corresponde en todo caso al Instructor, que al denegar su práctica no actuó de manera ilógica o arbitraria sino motivada.

6. Remisión a la Fiscalía de determinada moción de un Ayuntamiento en apoyo del querellado y de otras personas. Consideramos que en modo alguno afecta a la instrucción.

7. Remisión por el Presidente de la Sala al Consejo General del Poder Judicial de testimonio del Auto del Instructor de fecha 03.02.2010, sobre denegación del sobreseimiento. Tampoco se advierte implicación por parte de la Sala en los hechos.

8. Auto de fecha 13.12.2010, por el que se resuelve sobre la admisión o inadmisión y práctica de pruebas propuestas por las partes, a celebrar en el plenario y con carácter anticipado. Se inadmiten determinadas pruebas de la defensa. Se trata de un acto de preparación del juicio oral una vez concluida la fase de instrucción, de la exclusiva competencia del Tribunal de enjuiciamiento, en que no se advierte ninguna relación con la fase instructora ni existe valoración de hechos.

B. Resoluciones citadas por el recusante y por el Ministerio Fiscal:

1. Auto de fecha 26.05.2009, de admisión a trámite de la querella, confirmado por Auto 15.06.2009 que desestimó Recurso de Súplica frente al mismo.

Estuvo precedido de la reclamación de testimonio de las resoluciones que en el escrito de querella se citaban como supuestamente constitutivas de delito de prevaricación. Se establece la competencia de la Sala, se admite a trámite la querella y se designa Magistrado en funciones de Instructor de la causa. En el encabezamiento ya se hace saber a las partes que la Sala con la composición nominal que allí se dice, es la encargada de conocer de la causa en trámite de admisión y de enjuiciamiento, en su caso, con remisión a las normas aprobadas por la Sala de Gobierno y publicadas en el BOE. La Sala se pronuncia en sentido positivo sobre la observancia de los requisitos que reúne la querella, según art. 277 LE.Crim., y realiza una apreciación provisional sobre la relevancia penal de los hechos en función del propio contenido del escrito de querella, y de las verificaciones efectuadas sobre los testimonios de las resoluciones que se mandó traer del Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Ciertamente se valoran los hechos referidos en la querella como posiblemente constitutivos del delito de prevaricación a base de ciertas consideraciones que fluyen de lo que consta en la querella y en aquellos testimonios, en el sentido de que el delito por el que se abrió el proceso en dicho Juzgado Central de Instrucción ni existía ni se investigó, como hizo constar en su momento la Fiscalía de la Audiencia Nacional, y, además, habiéndose producido el fallecimiento de las personas que se citaban como posibles imputados, hecho notorio ocurrido con anterioridad a la iniciación de la causa, no era posible abrir contra ellos el procedimiento. La conclusión a que llega la Sala es que el contenido de la querella no es absurdo ni irracional. No es posible apreciar acto de investigación alguno, ni emisión de juicio de culpabilidad cuando meramente se controla la verosimilitud de la querella solo con carácter provisional en función de los hechos que vierte la parte querellante, cuando queda por realizar toda la instrucción a cargo del Magistrado que se designa en la misma resolución.

2. Auto de fecha 20.10.2009, que deniega la personación en la causa de determinadas víctimas.

Se trata de otro acto por el que la Sala controla la ordenación del procedimiento, cuidando de la válida constitución de la relación jurídico procesal en causa seguida por posible delito de prevaricación.

3. Auto de 28.07.2009, en general sobre subsanación de defectos cometidos por las acusaciones en la emisión de los escritos de calificación provisional y decisiones adoptadas por el Instructor en cuanto a tenerlos por subsanados, en su caso, y apartar del procedimiento a otra de las acusaciones particulares.

Son actos del Instructor dirigidos a preservar el principio acusatorio, en el sentido de que el querellado tuviera conocimiento en términos precisos de la acusación. De nuevo se está ante actuaciones de ordenación procesal.

C. Resoluciones citadas por el recusante, el Magistrado que acepta la recusación y el Instructor del incidente:

Auto de fecha 23.03.2010, que desestimó recurso de apelación frente a resolución del Instructor que denegó el sobreseimiento de la causa. Especialmente en esta resolución considera la mayoría de esta Sala Especial que están presentes los elementos que permiten sostener la pérdida de imparcialidad objetiva, por haber participado la Sala de admisión en la instrucción de la causa.

Sin embargo, la fundamentación que contiene es, sobre todo, de naturaleza jurídico procesal habiéndose esforzado la Sala en preservar la apariencia de imparcialidad. De su lectura se aprecia que la Sala parte de la idea de que no cabe sobreseer un procedimiento penal, cuando en la instrucción constan indicios de la comisión del hecho y su valoración como posible resulta en términos de razonable probabilidad. En el Procedimiento Abreviado seguido es al Instructor a quien corresponde decidir sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral, precisamente para preservar al órgano judicial con competencia para enjuiciar del peligro de prejuzgar y perder así su imparcialidad. Para compatibilizar la posibilidad de recurso contra la decisión del Instructor, considera la Sala que su labor debe quedar referida a la mera fiscalización o control de la legalidad de la decisión recurrida, sin incluir la realización de ningún juicio valorativo. En consecuencia, razona que los elementos de hecho tenidos en cuenta por el Instructor los obtuvo sobre el contenido de las resoluciones dictadas por el querellado, que se dicen por el querellante injustas y prevaricadoras. Y en cuanto a los elementos jurídicos éstos se integran por una síntesis de la jurisprudencia de la Sala sobre el tipo de prevaricación judicial. Razones por las cuales se dice que la resolución recurrida, sin prejuzgar la existencia de delito, no es arbitraria, ilógica o absurda, en cuanto a la provisional calificación que en ella se hace.

La parte recusante afirma que en esta resolución de 23.03.2010 se contiene un particular desarrollo doctrinal, sobre la distribución de las funciones instructora en las causas contra personas aforadas de que conoce el Tribunal Supremo en primera y única instancia, según la cual la Sala vincularía al Instructor desde el principio con la valoración que hubiera realizado en el Auto de admisión de la querella, de manera que no podría sustraerse a esta vinculación ni acordar el sobreseimiento mientras no aparecieran hechos nuevos y distintos, de donde se sigue por el recusante que si al Instructor le corresponde el juicio de relevancia indiciaria y al mismo tiempo se entiende que está vinculado por la decisión admisorio de la Sala, entonces la Sala participa de tal juicio de relevancia.

No se comparten las consecuencias a que llega el recusante, que sin embargo se aceptan en el Auto de la mayoría de esta Sala Especial. La fase de admisión y lo que en ella declara el Tribunal no predetermina la actuación del Instructor en tales términos. La única vinculación es la que se deriva de la relación en que éste se encuentra respecto de la Sala, de manera que no es posible contradecir, por ejemplo, la declaración de ser ésta órgano competente, y lo mismo en cuanto a los hechos provisionalmente apreciados por la Sala únicamente en la medida en que permanezcan invariables, pero en lo demás el Instructor actúa con la autonomía funcional que le corresponde decidiendo en consideración a los hechos, nuevos y de distinta significación que surjan a lo largo de la instrucción que debe practicar.

En consecuencia, se sostiene que la mera admisión de la querella no compromete la imparcialidad de la Sala, y que al Instructor actuando con la autonomía funcional que le es propia le corresponde la valoración jurídica penal de los hechos que resulten de las diligencias por éste practicadas. Con independencia de las consideraciones doctrinales que se hacen en el Auto, la cuestión que se suscita sobre la vinculación del Instructor a la Sala creo que carece de relevancia en el caso, porque el sustrato fáctico contemplado en la admisión y considerado por el Instructor ha sido coincidente en cuanto que se refiere siempre a las resoluciones adoptadas por el querellado, sin otras aportaciones fácticas; y en cuanto a la valoración jurídica se sitúa en la constante jurisprudencia recaída a propósito del delito de prevaricación judicial.

Sexto.- Diferencias de este caso con otros análogos.

Tanto el recusante como el Ministerio Fiscal, y asimismo el Magistrado que acepta la recusación se refieren -sobre todo la Fiscalía- a la semejanza que el presente caso guarda con el resuelto en STEDH. "Gómez de Liaño y Botella contra España", Sentencia 22.07.2008, y así lo entiende también el Auto de que nuevamente discrepo.

En primer lugar, el procedimiento entonces seguido fue el Ordinario en que el Tribunal de enjuiciamiento se implica en mayor medida (vid. arts.622 y ss. LECrim.), y así debe valorar lo actuado en fase sumarial, pronunciándose sobre el sobreseimiento o bien sobre la procedencia de abrir el Juicio Oral que fue lo acordado en aquella ocasión; mientras que en ésta se sigue Procedimiento Abreviado previsto en los arts. 757 y ss.

LECrim, en que la iniciativa corresponde al Juez de Instrucción hasta el trámite de juicio oral establecido a partir de lo dispuesto en el art. 785 de la misma ley procesal.

En segundo lugar, la Sala estuvo entonces formada por tres Magistrados y en este caso lo ha estado por cinco y aún serán siete los encargados del enjuiciamiento.

En tercer lugar, de los tres Magistrados entonces actuantes uno de ellos disintió habitualmente del criterio de la Sala, mientras que en este caso uno de los Magistrados formuló cuatro votos particulares en relación con la concreta cuestión relativa al tratamiento por el Instructor de los escritos de calificación presentados por las acusaciones populares, sin formular abstención con anterioridad a ser recusado.

En cuarto lugar, se presentaron entonces dos escritos pidiendo la abstención de los miembros de la Sala, y solo después se promovió recusación cuya extemporaneidad fue apreciada por esta Sala Especial prevista en el art. 61 LOPJ, y compartida luego por el Tribunal Constitucional al desestimar la demanda de Amparo.

En quinto lugar, la STEDH no encontró quiebra de imparcialidad objetiva en la admisión de la querrela “en la medida en que las conductas presuntamente delictivas debían ser corroboradas durante la instrucción del asunto” (párrafo 65), por lo que el TEDH consideró que la Sala del Tribunal Supremo “no realizó apreciación alguna en cuanto a la culpabilidad del demandante, limitándose a constatar que se reunían las condiciones formales para la admisibilidad de la denuncia presentada” (párrafo 66).

Y en último término porque al desestimar el Recurso de Apelación contra el Auto de procesamiento, considera el TEDH que la Sala “no se limitó a controlar la corrección formal del derecho aplicable, puesto que hacía referencia a eventuales causas de justificación o a circunstancias atenuantes más próximas a un juicio de fondo que a un simple acto de instrucción” (párrafo 68).

Séptimo.- Por todo lo anterior, y una vez más con las deferencias de rigor, debo discrepar de la conclusión alcanzada por la mayoría de esta Sala que estimó el presente incidente de recusación, por cuanto que sin haber participado los Magistrados recusados en la realización de verdaderos actos de instrucción de la causa penal, ni en consecuencia haber emitido juicio anticipado de culpabilidad respecto del querrellado, se ha producido como efecto la sustitución como inidóneos en el caso, por falta de neutralidad, de los Magistrados de la Sala a que correspondía el enjuiciamiento de la misma, cuya composición inicial constituía la concreción del Tribunal predeterminado para el caso; y ello en consideración a las sospechas y aprensiones del querrellado, que finalmente esta Sala concreta en dos únicas resoluciones (admisión de la querrela y confirmación de la denegación de la solicitud de sobreseimiento), antes que en base a la existencia de temores objetivamente justificados en cuanto a la formación de criterio anticipado sobre los hechos a enjuiciar por parte de los dichos Magistrados.

En mi opinión se cambia la jurisprudencia hasta ahora aplicada en la materia, en el doble sentido de concederse prevalencia al criterio cuantitativo representado por el

número de resoluciones dictadas por una Sala antes del enjuiciamiento, sobre la intensidad y relevancia de la implicación del Tribunal respecto al objeto de enjuiciamiento, extraída del análisis casuístico de aquellas resoluciones, y, de otro lado, porque se concede prioridad a las sospechas expresadas por el recusante antes que al resultado de la verificación del fundamento objetivo de sus recelos sobre la parcialidad del Tribunal, concluyéndose en una especie de recusación cautelar o preventiva en que aquellas sospechas se convierten en el factor determinante de la presente decisión.

En consecuencia, con lo que sostengo, el sentido del Auto debió ser el siguiente:

La Sala Acuerda: Desestimar el incidente de recusación promovido por la representación procesal de D. Basilio en la Causa Especial 3/20048/2009 frente a los Magistrados de la Sala ... del Tribunal Supremo, Exmos. Sres. D. Jacinto (Presidente), D. Alberto, D. Jerónimo, D. Federico y D. Jesús.

Con devolución del conocimiento de la causa a la Sala compuesta por dichos Magistrados.

Y efectuando los demás pronunciamientos que se contienen en el art. 228 LOPJ.