

En la Villa de Madrid, a trece de diciembre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la causa penal núm. 3/20716/2009, el querellado en la citada causa, D. Basilio formula, mediante escrito presentado el día 3 de noviembre de 2011, recusación contra los Magistrados de la Sala ... del Tribunal Supremo D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel, designados para el enjuiciamiento y fallo de la causa especial aludida, iniciada en virtud de la querrela formulada por D. Ismael por los presuntos delitos de prevaricación y contra las garantías de la intimidad.

SEGUNDO.- Con posterioridad, mediante escrito presentado el día 16 de noviembre de 2011, el querellado formula igualmente recusación contra el Magistrado de la misma Sala D. Marcial.

TERCERO.- Formado el correspondiente incidente, se dio traslado de las recusaciones formuladas a las demás partes del proceso que se opusieron a las causas de recusación alegadas. Igualmente los Magistrados recusados han presentado los informes prevenidos en el artículo 223.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ha sido oído asimismo respecto de las recusaciones planteadas el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Por providencia de 30 de noviembre de 2011 se nombró ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. José Manuel Sieira Míguez y se señaló para su Votación y Fallo el día doce de diciembre de dos mil once, en que ha tenido lugar.

QUINTO.- Antes de entrar a deliberar sobre la cuestión planteada se ausentó de la Sala el Excmo. Sr. Presidente de la Sala ... por estar directamente afectado por la recusación y se formuló de palabra abstención por el Excmo. Sr. D. Anselmo que fue aceptada procediéndose a continuación a la deliberación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. José Manuel Sieira Míguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el primero de los escritos de recusación formulados por la representación procesal de D. Basilio contra los Magistrados de la Sala ... del Tribunal Supremo D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel plantea tres causas de recusación.

La primera de las causas es la prevista en el artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, "haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia". Se denuncia la falta de imparcialidad objetiva para el enjuiciamiento de los Magistrados recusados D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel.

La segunda de las causas plantea la falta de imparcialidad subjetiva de los Magistrados antes citados, al amparo de la causa 10ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dada la concurrencia, a juicio del querellado, de un "interés directo" por parte de los mismos.

La tercera de las causas, igualmente formulada al amparo del artículo 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la falta de imparcialidad subjetiva de uno de los Magistrados, D. Pascual, dada su relación con el objeto del proceso.

Por su parte, a través del segundo de los escritos, se recusa al Magistrado D. Marcial, al amparo de la causa prevista en el artículo 219.11 de la Ley Orgánica al concurrir una falta de imparcialidad objetiva.

SEGUNDO.- Analizaremos separadamente las distintas causas de recusación planteadas, comenzando con las incluidas en el primero de los escritos presentados, el de fecha 3 de noviembre de 2011, teniendo en cuenta que, de apreciarse la primera de las causas podría resultar innecesario el examen de las dos restantes al encontrarse afectados por las mismas Magistrados que igualmente se encuentran recusados a través de la primera de ellas.

Como hemos señalado con anterioridad, la primera de las recusaciones plantea ex artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la falta de imparcialidad objetiva de los Magistrados recusados (D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel) por "haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia".

Se sostiene, en síntesis que, a través de las resoluciones sobre admisión de la querella, resolución de los distintos recursos de súplica y apelación habidos en la tramitación de la causa especial, los Magistrados han adquirido una convicción anticipada sobre la naturaleza típica de los hechos y la directa participación del acusado en los mismos. Se pone de manifiesto que tanto, a través del Auto de admisión a trámite de la querella, como de posteriores decisiones adoptadas en sede apelatoria y relativas a cuestiones esenciales surgidas en la instrucción, así como en relación con las diligencias probatorias que el querellado interesó en su día se produce una "contaminación de parcialidad del Juez" derivada de su conocimiento previo de la causa.

TERCERO.- Respecto de la citada causa, hemos de resolver con carácter previo la inadmisión por la extemporaneidad de su planteamiento, en base a lo dispuesto en el art. 223.1 de la Ley Orgánica, opuesta tanto por las respectivas representaciones procesales de D. Ismael y D. Federico, como igualmente de cuatro de los Magistrados recusados (D. Jacinto, D. Jerónimo, D. José Ricardo y D. José Miguel).

Los argumentos acerca de la posible extemporaneidad en la presentación del escrito de recusación se basan, al amparo de los artículos 223.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 56 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el hecho de que la causa especial en la que se formula 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 que se refería, asimismo a las causas especiales, fijando reglas sobre su composición.

Señalan que si la recusación se fundamenta en formar parte de la Sala que admitió la querella, entonces debió presentar la recusación cuando tal resolución se dictó o, al menos, en el curso del procedimiento donde se han dictado resoluciones de las que se deducía que los Magistrados recusados formaban parte del Tribunal sentenciador y tampoco se planteó la recusación, deviniendo extemporánea, por lo tanto, su presentación con posterioridad.

Este alegato no puede ser aceptado por dos razones fundamentales que expondremos a continuación y que ya se expresaron ante una alegación análoga que resolvió esta Sala

Especial mediante Auto de 20 de junio de 2011, que resolvió el incidente de recusación en la Causa Especial 3/20048/2009:

En primer lugar no resulta ni mucho menos diáfano para quienes se hallan sometidos a un proceso penal de las características del aquí producido quiénes 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 evidente 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 por Auto de 26 de octubre de 2011 constituirse con siete, comunicándolo así al interesado.

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 2ª y, como es obvio, ni la contaminación que se denuncia como derivada de distintos hechos producidos en la fase de instrucción ni el interés directo 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 artículo 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.- Resuelto lo anterior, no resulta inoportuno exponer la doctrina general sobre la razón de ser de las causas de recusación y la doctrina al respecto así como los criterios que ha expresado esta misma Sala recientemente en la materia y que se resumen en el Auto de 20 de junio de 2011, que resolvió el incidente de recusación en la Causa Especial 3/20048/2009.

La Ley Orgánica del Poder Judicial recoge en su artículo 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 artículos 117 y siguientes 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 artículo 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 artículo 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 se orientan 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 sólo es reconocida en el artículo 24.2 de nuestra Constitución sino igualmente en el artículo 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), cuando dispone 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 artículo 219 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 de carácter subjetivo se halla la señalada con el núm. 10 en la LOPJ -tener interés directo o indirecto en el pleito o causa-, y entre las de naturaleza objetiva se encuentra la prevista con el núm. 11 del precepto indicado –“haber participado en la instrucción de la causa penal ...”-., ambas alegadas por la defensa del acusado para sostener la recusación instada.

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 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 determinar 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.

QUINTO.- Expuestas las anteriores consideraciones generales, procede entrar en el análisis de la causa de recusación fundada en el apartado 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial “por haber participado en la instrucción de la causa penal y referida a los Magistrados D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel.

La representación procesal de D. Basilio sostiene que los Magistrados recusados participaron en la instrucción del caso cuando durante la tramitación de la misma tomaron decisiones tan trascendentales como las siguientes:

a) El Auto de 24 de febrero de 2010 por el que se admitió a trámite la querrela pese a la oposición por parte del Ministerio Fiscal;

b) El Auto de 13 de abril de 2010, por el que, tras rechazar por innecesarias las diligencias a las que se refiere el artículo 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se desestima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Público y al que se adhirió la representación procesal del Sr. Basilio contra el Auto de admisión a trámite de la querrela; y

c) El Auto de 7 de julio de 2011 por el que se desestiman los recursos de apelación interpuestos contra los Autos dictados por el Magistrado instructor de la Causa Especial en fechas 16 y 17 de marzo, 1 de abril y 3 de junio de 2011, desestimatorios de los correspondientes recursos de reforma contra la denegación de declaración de nulidad del Auto del instructor que ordenaba la sustanciación de la causa por los trámites de Procedimiento Abreviado pese a la solicitud de sobreseimiento libre la causa y subsiguiente archivo formulada por el imputado, contra la denegación de la práctica de diversas pruebas interesadas por la defensa y por el Ministerio Fiscal, la decisión, así como contra el expurgo de determinados fragmentos de las grabaciones realizadas en el centro penitenciario, bajo la consideración de que carecían de interés para la causa y afectaban a la intimidad del querellante.

El Ministerio Fiscal apoya esta causa de recusación al estimar que existen “bases objetivas” para apreciar las sospechas o recelos que la representación procesal del Sr. Basilio manifiesta en su escrito de recusación respecto de la causa prevista en el artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. A igual conclusión llega respecto de la citada causa el Magistrado recusado D. Pascual, a diferencia de lo sostenido por los otros cuatro Magistrados recusados y las demás partes personadas.

SEXTO.- En el análisis concreto de esta causa de recusación, al igual que ocurrió con lo resuelto mediante el Auto de 20 de junio de 2011, que resolvió el incidente de recusación en la Causa Especial 3/20048/2009, no puede negarse que lo primero que llama la atención en relación con la problemática relacionada con la posible imparcialidad objetiva es la pluralidad de resoluciones dictadas por la Sala con motivo de la instrucción del proceso penal que está en el origen del presente incidente, siendo difícil concluir, como ya dijo esta Sala de Justicia en el tan mencionado Auto de 20 de junio de 2011, 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.

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 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.

En primer lugar citan el recusante y el Ministerio Fiscal la resolución por la que se admitió a trámite la querrela (Auto de 24 de febrero de 2010). 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. Pero esta conclusión, que ha de calificarse normalmente así, por lo que en términos generales nada impediría que los integrantes de la Sala que admite a trámite una querrela pueda después (a salvo otras intervenciones contaminantes) participar en el enjuiciamiento, cuando la trasladamos al Auto de 24 de febrero de 2010 por el que se admitió la querrela que dio origen a las presentes actuaciones, no puede mantenerse con tal carácter.

Esta resolución, en la que la Sala se declara competente para la instrucción y enjuiciamiento de la causa, admite a trámite la querrela por los presuntos delitos de prevaricación y contra las garantías de la intimidad y designa instructor de la causa, pese a lo indicado en ella acerca de limitado alcance del juicio de admisibilidad sobre la querrela que aborda, constreñido a determinar si la calificación jurídico penal de los hechos en ella relatados "no aparece como completamente rechazable", es decir, no resulta absurda y carente de sentido, tanto desde la perspectiva de la verosimilitud fáctica de la denuncia como desde la razonabilidad de su subsunción en un concreto tipo penal, ha sobrepasado tan primigenio y provisional juicio procesal de verosimilitud de la querrela para adentrarse en el terreno propio de la calificación jurídica de los hechos atribuidos al querellado, dimanantes de las actuaciones penales de investigación de que trae causa la querrela, desembocando en un juicio material sobre la tipicidad de los hechos objeto de la misma. Dicho juicio se conforma sobre una serie de consideraciones que, sin duda, la Sala llevó a cabo tan sólo con la pretensión de dotar de mayor fundamento a su decisión de admisibilidad, pero que implican valoraciones jurídicas que se proyectan sobre la posible concurrencia de los elementos que integran los tipos delictivos comprendidos en la querrela.

Así, en dicho Auto se realiza la descripción, aunque breve, de las resoluciones judiciales dictadas por el querellado donde se acordó la intervención de comunicaciones de los presos con sus letrados, la indicación del precepto legal se habilitaba tal proceder, según el parecer el querellado, la exposición de su correcta exégesis a la luz de jurisprudencia de esa misma Sala, contraria a ofrecer cobertura legal a tales resoluciones judiciales de instrucción y, finalmente, una somera exposición del "único fundamento fáctico para tan genérica e importante decisión"

limitativa de derechos fundamentales. Dichas consideraciones, realizadas en el mencionado Auto suponen un juicio de tipicidad que muestra, de alguna manera, la posición de la Sala en ese incipiente estadio del proceso penal acerca de la calificación jurídico penal de los hechos imputados al querellado.

Más concretamente, las consideraciones realizadas en el Auto sobre la jurisprudencia de esa misma Sala acerca de la correcta interpretación del artículo 51.2 de la Ley General Penitenciaria, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Constitucional, que limita su ámbito de aplicación a las causas seguidas por delitos de terrorismo, así como las valoraciones que comprende la referencia al fundamento fáctico esgrimido por el querellado para justificar la decisión de intervenir las comunicaciones entre presos y sus letrados, consistente en “la hipótesis de que los letrados pudieran hacer de enlace entre los presos y la organización delictiva, referida a la totalidad indiscriminada de ellos, tanto los que en la actualidad como los que en el futuro pudieran asistir profesionalmente a los presos, de los que sólo en el primero de los dos Autos se concreta la identidad de uno de ellos que posteriormente resultó imputado en la causa”, reputándolas de “genéricas” pese a su indudable trascendencia, conlleva la aparente realización de apreciaciones jurídicas relevantes a los efectos de integrar los elementos conforman los tipos penales cuya autoría se atribuye por el juez instructor al querellado, en sentido claramente desfavorable a este, por lo que suponen de aproximación a la eventual gravedad de la irregularidad o ilicitud de las decisiones judiciales adoptadas por el querellado. Se llevan así a cabo consideraciones más propias de la fase enjuiciamiento o de la sentencia propiamente dicha que de una decisión sobre la mera admisibilidad de una querrela, generándose la sensación desde una perspectiva meramente externa de que se ha incurrido en un prejuicio acerca de la tipicidad de los hechos objeto de querrela, contraria a los intereses del querellado.

En segundo lugar, se cita el Auto de 13 de abril de 2010 por el que se acordó la desestimación del recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal, al que se adhirió el querellado Sr. Basilio contra el Auto de admisión a trámite de la querrela, que se confirma en todos sus pronunciamientos. En este Auto, tras remitirse a la fundamentación jurídica del anterior Auto, la Sala ratifica su criterio, abundando en los razonamientos que sirvieron de fundamento a la admisión de la querrela.

Finalmente se señala el Auto de 7 de julio de 2011 que resuelve diferentes cuestiones sometidas a la consideración de la Sala a través de distintos recursos de apelación interpuestos, en primer lugar, frente a la denegación de determinadas pruebas, concretamente la práctica de testificales de los funcionarios de Policía que, como responsables de la investigación denominada “caso Gurtel” interesaron las intervenciones de las comunicaciones objeto de la presente causa, del Oficial del Juzgado donde servía el querellado, encargado de la tramitación de aquella causa, del Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid instructor del procedimiento del “caso Gurtel” y del propio querellante. En segundo lugar, tales recursos de apelación se sustancian frente a la práctica de pruebas documentales consistentes en el testimonio o copia simple de todas las actuaciones practicadas en el procedimiento seguido en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en especial del Auto que levantó el sobreseimiento respecto de los letrados actuantes en el procedimiento del “caso Gurtel”, y en la certificación emitida por la Secretaria de la Sala que conoce de esta causa acerca de todas las resoluciones anulatorias de resoluciones judiciales de intervención de comunicaciones con expresión de los supuestos en que se hubiera ordenado deducir testimonio contra el instructor que hubiera acordado las intervenciones o los miembros del tribunal que hubieran condenado a los afectados por las “escuchas”.

La desestimación de los recursos de apelación interpuestos frente a la denegación por el instructor de tal actividad probatoria se fundamenta en la reiteración de los argumentos ofrecidos por el propio instructor, tendentes a poner de manifiesto la inutilidad o ausencia de virtualidad de dichas diligencias para enervar el juicio de tipicidad alcanzado respecto de los hechos imputados al querellado y, por ende, “para frustrar la prosecución del procedimiento hacia la fase intermedia” o dicho de otro modo, en palabras del propio instructor que acoge la Sala, para excluir “la antijuridicidad indiciaria de la conducta del querellado”.

Asimismo, el Auto de 7 julio 2011 confirma la decisión del instructor de transformar las actuaciones penales en Procedimiento Abreviado, lo que conlleva la calificación jurídico penal de los hechos como constitutivos de delito, la concreta determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a quien se imputan, todo ello sobre la base de un juicio indiciario de criminalidad contra el querellado, que la Sala corrobora al confirmar la denegación de la revocación del Auto de transformación en Procedimiento Abreviado solicitada por la defensa del querellado.

En definitiva, las decisiones procesales adoptadas por la Sala, integrada por los Magistrados recusados antes mencionados, suponen un juicio material de tipicidad en fase de instrucción, sustentado en la calificación jurídica de los hechos investigados y atribuidos al querellado, aunque sólo sea con el limitado alcance indiciario propio de la fase instructora de la causa, que determina la contaminación objetiva de los mismos.

Consecuentemente con lo expuesto se estiman justificadas por esta Sala sobre bases estrictamente objetivas las sospechas que el recusante pone de manifiesto en su escrito en lo que atañe a la primera causa de recusación alegada, al amparo de la apartado 11 del artículo 219 de la LOPJ por falta de imparcialidad objetiva, cuya concurrencia ha sido aceptada por el Ministerio Fiscal y el Magistrado que, formando parte de la Sala, admite la causa recusación. Razón por la cual los Magistrados recusados se encuentran inhabilitados para juzgar dicha causa por ausencia de imparcialidad objetiva.

Las consideraciones expuestas se ven avaladas por un reciente 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) basado en un caso de prevaricación, donde la Sala que juzgó y condenó era la misma que había admitido la querrela y la que había confirmado el Auto de procesamiento. De modo que, aunque la condena la basó fundamentalmente en 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.

SÉPTIMO.- Conviene ahora también, al igual que hicimos en nuestro Auto de 20 de junio de 2011, 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 ... 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.

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 primera de las causas de recusación que postula la defensa del querrellado.

OCTAVO.- Aunque la estimación de esta primera causa de recusación haría innecesario el análisis de las dos restantes contenidas en el escrito presentado el día 3 de noviembre de 2011 y referentes a los mismos Magistrados, conviene hacer algunas consideraciones al respecto que conducirán a su desestimación.

Reprocha el querrellado a los mismos Magistrados falta de imparcialidad subjetiva para su enjuiciamiento por tener interés directo en llevar a cabo el mismo es decir, hallarse incursos en la causa de recusación prevista en el número 10 del artículo 219 de la LOPJ.

La causa de recusación contemplada en el indicado precepto, consistente en “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”, pretende garantizar la inexistencia de interés subjetivo alguno en el caso por parte de los miembros del tribunal sentenciador, y con ello que quien tuviera interés se apartara o fuera apartado del conocimiento de la causa. De manera que quien ha sido llamado a juzgar lo haga con total independencia y abstracción de cualquier interés personal, familiar o derivado de terceros, como exigencia de la necesaria imparcialidad que debe concurrir al resolver un pleito o causa.

La parte recusante interpreta los diferentes avatares que han salpicado la instrucción de la causa y las decisiones adoptadas por la Sala en perjuicio de sus intereses, en resolución de los diferentes recursos de apelación presentados por aquella parte frente a otras tantas resoluciones del instructor, como muestra inequívoca de su "interés por juzgar", eludiendo dar respuesta a las cuestiones de fondo suscitadas por el querellado a fin de evitar formalmente su contaminación objetiva.

Ciertamente, la lectura detenida de las resoluciones judiciales adoptadas por la Sala en respuesta a los recursos de apelación presentados por la defensa del querellado frente diversas decisiones del juez instructor, muestran cierta cautela por no penetrar más allá de lo necesario en el examen de las decisiones de la fase instructora desde la perspectiva de su naturaleza provisional finalidad, con el aparente e inalcanzado propósito de evitar su contaminación y consiguiente inhabilitación para intervenir en el enjuiciamiento de la causa. Ahora bien, tal proceder es tan sólo reflejo de la prudente actuación procesal que debe caracterizar a la Sala de enjuiciamiento en el control de la instrucción en esta clase singular de procedimientos contra aforados, a fin de evitar que pudiera verse razonablemente cuestionada su propia imparcialidad. Por ello, aun cuando del contenido de tales resoluciones quepa extraer otras consecuencias en torno a la concurrencia de elementos de juicio que permitieran concluir en la falta de imparcialidad objetiva de los integrantes de esa Sala, como anteriormente se ha expresado en esta resolución, no cabe extraer de aquella actitud procesal interés alguno de la Sala o sus integrantes en juzgar, con exclusión de cualquier otro tribunal o Magistrado, más allá de la obligación que encierra el debido y estricto cumplimiento de la función jurisdiccional llamados a desempeñar en este proceso penal, ni, desde luego, interés alguno en que el enjuiciamiento alcance un resultado gravoso para el querellado.

Al respecto debe destacarse que ni el Ministerio Fiscal ninguno de los recusados ha aceptado la concurrencia de tal causa de recusación.

Por todo ello, debe desestimarse la recusación formulada al amparo del apartado 10 del artículo 219 de la LOPJ frente a los inicial Magistrados referidos.

NOVENO.- Se plantea una tercera causa de recusación en el escrito presentado el día 3 noviembre 2011, consistente en la falta de imparcialidad subjetiva del Magistrado D. Pascual con fundamento en la causa del número 10 del artículo 219 de la LOPJ.

Se sustenta tal recusación en la aparición en la revista jurídica "Jueces para la Democracia", número 71, correspondiente al mes de junio de 2011 de un trabajo bajo el título "no se debe opinar -y menos aún "informar"- con las tripas. Imprescindible ejercicio de contextualización", del que es autor el Magistrado recusado y que tiene por objeto la defensa de la actuación del Magistrado instructor, de cuyo contenido extrae el recusante la conclusión de que el autor de tal artículo carece de "la más mínima imparcialidad subjetiva que le es exigible para formar parte (sic) y juzgar" al acusado, al que criminaliza en sus manifestaciones, mostrando enemistad hacia el acusado y su defensor.

Sin embargo las manifestaciones vertidas en la citada publicación responden exclusivamente a la expresada voluntad de defender la legitimidad jurídica de las actuaciones del instructor y de la propia Sala de admisión, así como remarcar la integridad jurídica y moral con que había conducido la instrucción de la causa, denunciando la interesada y sesgada exposición de determinados acontecimientos que realiza el periodista para desacreditar gratuitamente al instructor en el artículo publicado en el diario El País al que pretende dar respuesta el Magistrado ahora recusado. Es lo cierto que a lo largo de su texto se hacen algunas

afirmaciones, o más bien se formulan algunos interrogantes, atinentes a la gravedad de los hechos objeto de instrucción penal que han de entenderse estrictamente en el contexto expresado, y no revelan por sí interés directo del recusado en que el enjuiciamiento de la causa culmine en uno u otro sentido en particular, ni enemistad o prejuicio de culpabilidad hacia el acusado o su defensor.

Procede, por ello, rechazar esta causa de recusación formulada frente al Magistrado D. Pascual.

DÉCIMO.- Pasamos seguidamente a abordar el análisis de la causa de recusación planteada mediante escrito de 16 de noviembre de 2011, frente al Magistrado D. Marcial.

La citada causa de recusación se formula al amparo del artículo 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se fundamenta en la falta de imparcialidad objetiva del citado Magistrado al ser instructor simultáneamente de la Causa Especial núm. 20339/2009 seguida por delito de prevaricación frente a D. Basilio.

A su apreciación se opone el Ministerio Público en su informe e igualmente no se considera afectado por la misma el Magistrado recusado. El resto de partes personadas se oponen también a su apreciación, postulando las respectivas representaciones procesales de D. Ismael y de D. Federico la inadmisión de la misma dada su extemporáneo planteamiento.

Pues bien, en este caso, la recusación ha de considerarse extemporánea. Refiriéndose la misma al Magistrado D. Marcial, este se añade a la Sala que ha de enjuiciar la Causa Especial mediante Auto de 26 de octubre de 2011 (notificado el día 28 de octubre de 2011 a la representante procesal del acusado. Por lo tanto, en este caso la representación procesal del Sr. Basilio mediante su escrito de fecha 16 de noviembre de 2011 no plantea la recusación en el plazo legal que indica el artículo 223.1.1 de la LOPJ, que señala que se inadmitirán a trámite las recusaciones cuando no se propongan en el plazo de 10 días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o Magistrado a recusar, si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior.

En el caso que nos ocupa, se conoce la identidad del citado Magistrado desde la notificación del Auto de 26 de octubre de 2011 y se fundamenta la recusación en que el citado Magistrado es instructor de otra causa que se sigue igualmente frente al Sr. Basilio ante la misma Sala, sin que en este caso concurren las razones que impidieron su apreciación respecto de los otros Magistrados recusados y referidas en el fundamento jurídico tercero de esta Resolución.

A mayor abundamiento, ha de coincidirse con lo expuesto por el Ministerio Fiscal al señalar que ser instructor de una causa distinta en modo alguno puede sustentar la causa de recusación promovida. Y ello es así dado la notoria diferencia del objeto de cada uno de los procesos.

UNDÉCIMO.- En conclusión, esta Sala de justicia considera que, debiendo inadmitirse la causa de recusación alegada respecto del Magistrado D. Marcial, debe prosperar, sin embargo, la causa de recusación consistente en ausencia de imparcialidad basada en causas objetivas de los Magistrados, que habían sido designados para conocer del enjuiciamiento y fallo en la Causa Especial (don Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel), porque existen indicios objetivos suficientes para concluir que 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 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.

En su virtud,

La Sala Acuerda:

1º) Estimar la recusación fundada en causas objetivas de los Magistrados de la Sala ... Excmos. Sres. D. Jacinto, D. Jerónimo, D. Pascual, D. José Ricardo y D. José Miguel, para formar parte de la Sala que haya de participar en el enjuiciamiento y fallo de la indicada causa.

2º) Como consecuencia de la recusación, la Sala que haya de conocer de la Causa Especial núm. 3/20716/2009 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.

3º) Desestimar por improcedentes las causas de reacusación por las que se había imputado a los citados Magistrados interés directo en el referido proceso penal.

4º) Inadmitir la causa de recusación alegada respecto del Magistrado de la Sala ... Excmo. Sr. D. Marcial.

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 Manuel Sieira Míguez.- Aurelio Desdentado Bonete.- Mariano de Oro Pulido López.- Carlos Granados Perez.- Jesús E. Corbal Fernández.- José Luis Calvo Cabello.- Manuel Ramón Alarcón Caracuel.- Francisco Javier de Mendoza Fernández.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- José María del Riego Valledor.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado D. Ángel Calderón Cerezo, respecto del auto de fecha 13.12.2011 dictado por la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, decidiendo el incidente de recusación promovido en la causa penal 3/20716/2009.

Habiendo disentido del criterio de la mayoría de la Sala, a continuación paso a exponer las razones de mi discrepancia dejando constancia de las deferencias de rigor hacia los Magistrados que conformaron la mayoría del Tribunal.

1.- En la parte dispositiva del presente Auto se Acuerda:

a) Estimar la recusación de cinco de los siete Magistrados de la Sala 2ª de este Tribunal Supremo, a quien correspondía el enjuiciamiento de la dicha causa penal especial seguida contra persona aforada, con fundamento en lo dispuesto en el art. 219.11 LOPJ, consistente en "haber participado en la instrucción de la causa".

b) Desestimar la recusación intentada contra los mismos Magistrados a través de lo dispuesto en el art. 219.10 de la misma LOPJ, es decir, por "tener interés directo en el pleito".

c) Inadmitir por extemporánea la recusación intentada respecto del Excmo. Sr. D. Marcial, asimismo por la causa prevista en el art. 219.11 LOPJ.

Sin hacerse pronunciamiento respecto de las costas del incidente.

2.- Participo de lo resuelto sobre desestimación de la recusación promovida por quiebra de imparcialidad subjetiva, en consideración a su manifiesta falta de fundamento, y asimismo estoy de acuerdo con la inadmisión de la pretensión recusatoria deducida frente al Magistrado Sr. Marcial, en razón igualmente a su manifiesta falta de fundamento y no tanto por motivo de extemporaneidad. Y en cuanto a este pronunciamiento desestimatorio creo que hubo de comportar la imposición a la parte recusante de la parte correspondiente de las costas causadas en el incidente seguido a su instancia (art. 228.1 LOPJ).

3.- Discrepo de la decisión estimatoria de la recusación por pérdida de imparcialidad objetiva en cuanto a cinco de los Magistrados, incluido el Presidente de la Sala, que estaban llamados a formar el Tribunal de enjuiciamiento junto con otros dos Magistrados.

En puridad se reproduce ahora al debate surgido y la decisión adoptada por esta Sala Especial a propósito de otro incidente de recusación, seguido a iniciativa del mismo recusante contra otros miembros de la Sala de lo Penal encargados de su enjuiciamiento por delitos análogos, en que se adujeron iguales causas de recusación, y que fue resuelto mediante Auto de fecha 20.06.2011 en el mismo sentido estimatorio, apreciando la quiebra de la debida imparcialidad objetiva según lo dispuesto en el art. 219.11 LOPJ.

Tanto en aquella ocasión como en la presente, la acción recusatoria se basó en el hecho de que los cinco Magistrados habían dictado el Auto de admisión a trámite de la querella, y asimismo con posterioridad habían resuelto una serie de recursos de apelación deducidos contra otras tantas decisiones del Magistrado instructor de la causa.

Aquella vez no pude estar de acuerdo con lo resuelto al considerar que la mera admisión de una querella no constituye acto de instrucción, ni se pierde la imparcialidad objetiva por resolver recursos que confirman sendas resoluciones del Instructor cuando del tenor de aquella decisión y de éstas posteriores se extraiga la conclusión de que la Sala no entró en contacto con los elementos probatorios, ni llegó a pronunciarse sobre las mismas cuestiones objeto de enjuiciamiento, habiéndose limitado, en cuanto al Auto de admisión a trámite, a verificar "prima facie" la verosimilitud de los hechos y a formular un juicio abstracto de tipicidad, sin excluirla en términos absolutos; y respecto de los recursos limitándose a confirmar el criterio del instructor dictando la resolución que se consideró procedente en términos de ordenación procesal.

Sostuve entonces que la Sala podía estar cambiando la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por este Tribunal Supremo, sustituyendo el criterio cualitativo y casuístico por el cuantitativo, de entender comprometida la imparcialidad del Juez como resultado del número de resoluciones dictadas en el caso, reiteración que irremediablemente parece abocar en los prejuicios que se trata de evitar. Y esta vez, siguiendo la innovación surgida del Auto 20.06.2011, se insiste en el mismo criterio pero aún con menos fundamento, en mi opinión, porque aquella "cantidad" de resoluciones se reducen ahora al Auto de admisión de la querella (de fecha 24.02.2010) y al Auto de resolución desestimatoria de diversos recursos de apelación acumulados (de fecha 07.07.2011), que por las consideraciones que contiene no comprometen, en ningún caso en mi opinión, la dicha imparcialidad objetiva, lo que impide asumir que los Magistrados objeto de recusación hayan participado en la instrucción de la causa.

Reitero, como sostuve en el anterior Voto particular discrepante, que el criterio jurisprudencial sobre la fundamentación objetiva y legal de las prevenciones del recusante frente al Tribunal de su enjuiciamiento, se estaría sustituyendo por el dato subjetivo de las meras apariencias según la percepción y aprensiones del acusado, con lo que el apartamiento y sustitución de los miembros del Tribunal revestiría carácter cautelar o preventivo en función de dichas prevenciones.

4.- En la pugna entre el derecho al juez legalmente predeterminado, frente al derecho al Juez imparcial como concreción del más amplio derecho al proceso con todas las garantías, este último se impone cuando existen causas legales y tasadas que autorizan a dudar de la imparcialidad judicial, que se presume con carácter general y especialmente en su vertiente subjetiva, las cuales causas han de ser interpretadas en sentido estricto.

Con la nueva línea jurisprudencial abierta por esta Sala Especial, no solo se pone en cuestión el sistema específico previsto para el enjuiciamiento de causas seguidas contra personas aforadas, sino que se inaugura un trayecto cuyo recorrido puede deparar inciertos resultados.

5.- A propósito de la no apreciación de la extemporaneidad con que en todos los casos se ha promovido la recusación, me atengo al informe emitido por cuatro de los Magistrados recusados. Los plazos establecidos tanto en el art. 223.1 LOPJ como en el art. 56 LE. Crim. son preclusivos, a computar desde que se produce la causa que da lugar a la recusación y se conoce la composición del Tribunal. El recusante la supo desde el comienzo del procedimiento, por la publicación en el BOE de 16.01.2009 en que se contiene la relación nominal de los Magistrados que lo integraban. El criterio de la mayoría según el cual habrá que esperar al momento en que se conozca la composición exacta, podría demorar el ejercicio de la acción recusatoria hasta el mismo momento del comienzo de las sesiones del juicio oral, lo que no parece razonable salvo alteraciones imprevistas en la composición.

No obstante lo anterior, en este punto el sentido de mi Voto debe ser concordante en el fondo, mientras se mantenga la doctrina de la Sala de lo Penal, según la cual es posible alegar la vulneración del derecho fundamental al Juez imparcial (al proceso con todas las garantías), hasta el momento de la audiencia preliminar prevista en el art. 786.2 LE. Crim. (vid. STS. 20.05.2011, entre otras).

Termino reiterando cuanto expuse en el Voto particular formulado al Auto de esta Sala Especial de fecha 20.06.2011.

Ángel Calderón Cerezo.