

**AUDIENCIA NACIONAL**

**SALA DE LO PENAL. PLENO**

**EXPEDIENTE GUBERNATIVO nº 45/2015**

**En la Villa de Madrid, a 13 de noviembre de 2015**

**VOTO PARTICULAR** que formula el Magistrado D. Fermín Javier Echarri Casi al que se adhieren los Ilmos. Sres. Magistrados D. Fernando Grande Marlaska Gómez (Presidente), D. Félix Alfonso Guevara Marcos, D. Ángel Hurtado Adrián, Doña María de los Ángeles Barreiro Avellaneda, Doña Carmen Lamela Díaz, D. Juan Francisco Martel Rivero, y D. Nicolás Poveda Peñas, al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional nº 83/2015, de fecha 6 de noviembre de 2015, que resuelve el Incidente de Recusación de la Ilma. Sra Magistrada Doña Concepción Espejel Jorquera.

La resolución de la que se discrepa acordaba “estimar la recusación promovida por la “Asociación de Abogados Demócratas por Europa” (ADADE) y por D. Pablo Nieto Gutiérrez y otros contra la Ilma. Sra. Magistrada de la Sección Segunda de la Sala

Penal de la Audiencia Nacional, y Presidente de la misma Doña Concepción Espejel Jorquera, en el Rollo de dicha Sección número 5/2015 dimanante de las Diligencias Previas/PA número 275/2008, del Juzgado Central de Instrucción número 5, en relación con la Pieza Separada del mismo denominada “DP. 275/08: EPOCA I: 1999-2005”, objeto del presente Incidente de recusación, Expediente Gubernativo número 45/2015, declarando de oficio las costas del presente incidente”.

### **1º) Motivos de recusación rechazados y aceptados por la mayoría.**

Rechaza la mayoría las causas de recusación alegadas por los recusantes relativas a la pretendida amistad personal de la Ilma. Sra. Magistrada con la Secretaria General del Partido Popular Doña María Dolores de Cospedal (artículo 219.9 LOPJ) en primer lugar, porque dicha señora no es parte en este procedimiento, y, en segundo lugar, porque pretender que existe una relación de amistad derivada de los términos elogiosos empleados en el acto institucional de imposición de una medalla (otorgada por el CGPJ a la totalidad de sus miembros salientes) es exorbitante e injustificado.

Asimismo, siempre según la resolución mayoritaria, carecen de todo fundamento las causas de recusación alegadas por los recusantes relativas a la participación de la Ilma. Sra. Magistrada en resoluciones dictadas en trámite de apelación por la Audiencia Provincial de Guadalajara, en las que se mencionaba que se resolvía contra el criterio de la instructora la imputación de altos cargos políticos del PSOE en fechas preelectorales, a instancias de la acusación particular, sustentada por el Partido Popular; así como la pretendida alteración de las normas de reparto en la Sección Segunda con reserva de la presidencia de dicho Tribunal en la totalidad de los asuntos, pues ello es, por el contrario, responsabilidad inherente a la función de Presidente de un Tribunal.

Sin embargo, aceptan la recusación en cuanto concurren en el caso una serie de hechos, que según la mayoría “interrelacionados, pueden constituir causa objetivamente justificada de que puedan proyectarse en la sociedad dudas acerca de la apariencia de imparcialidad en relación con la Ilma. Sra. Magistrada recusada, que si bien cuantitativamente pudieran apreciarse como mínimos, tienen un valor cualitativo ineludible, máxime cuando estamos ante una investigación y posterior

enjuiciamiento de un delito que afecta a la corrupción en el ámbito político en los que el canon de apariencia de imparcialidad ha de reforzarse escrupulosamente; y que una de las partes en el procedimiento (Partido Popular) contra el que se ha abierto el juicio oral en calidad de partícipe a título lucrativo, y al que pertenecían en el momento de acaecer los hechos a juzgar gran parte de los acusados en el procedimiento, que fue determinante en la propuesta al cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial de la Magistrada ahora recusada, al haberse efectuado dicho nombramiento a propuesta del Senado, Cámara en la que el Partido Popular era el Grupo Parlamentario mayoritario”.

Dicha afirmación implica poner en cuestión el sistema de nombramientos de Vocales del Poder Judicial, máxime cuando ninguna relación ya directa o indirecta se ha logrado acreditar de la Ilma. Sra. Magistrada ahora recusada con el citado partido político, y ello a pesar de que la resolución de la mayoría, en su Razonamiento Jurídico décimo, expresamente reseña que “no se trata aquí en absoluto de cuestionar el sistema legal de nombramientos legalmente establecido..... aunque la posterior praxis en aplicación de tal sistema legal en España ha determinado la existencia de dudas en la ciudadanía acerca de la politización de la justicia”, para a continuación desarrollar los datos de los que se infiere aquella.

Si como a la luz de la jurisprudencia, se dice, dicha causa de recusación (art. 219.10ª LOPJ) abarca no sólo la falta de imparcialidad objetiva y subjetiva del Magistrado recusado, sino, que la primera de ellas incluye necesariamente la apariencia de parcialidad que pueda proyectarse a la sociedad de forma objetivamente justificada “porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática”, la misma debió ser rechazada, ya que salvo que se atendiese única y exclusivamente a las campañas mediáticas externas llevadas a cabo por determinados medios de comunicación social, mal puede proyectarse sobre la sociedad los datos fácticos reseñados, a los meros efectos de generar dudas en la intervención de la Ilma. Sra. Magistrada en el enjuiciamiento que nos ocupa.

Buen ejemplo de ello, dice la resolución de la mayoría, es el acta videográfica la sesión del Senado de 17 de septiembre de 2008, en lo que a la “propuesta para el nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial“ se refiere, y en cuya votación participó activamente al parecer uno de los acusados en la presente causa, el

entonces Senador y Tesorero del Partido Popular Luis Bárcenas Gutiérrez; para a continuación señalar, que “ sin que el hecho de que se desconozca el sentido concreto del voto, merme la sombra de duda que en el ciudadano medio causa la imagen objetiva de su participación directa en el nombramiento de dicha Magistrada al más alto cargo en el órgano de gobierno del Poder Judicial” . .

La participación del sujeto ahora acusado, en la sesión de la Cámara Alta que decidía los nombramientos de determinados Vocales del Consejo General del Poder Judicial, cuyo sentido del voto se desconoce, pero es fácilmente imaginable, dada la férrea disciplina de voto que rige en los partidos políticos que configuran las mayorías parlamentarias en nuestro país, resulta absolutamente inocua a los efectos que nos ocupan, máxime cuando ni tan siquiera conocemos si el mentado sufragio, aún en la hipótesis de que fuese favorable al nombramiento en cuestión de la Ilma. Sra. Magistrada ahora recusada, resultó determinante para su aprobación, o por el contrario fue irrelevante a la vista de las mayorías cualificadas exigidas. El artículo 112.2 LOPJ (vigente en ese momento) referido a la composición y designación de los miembros del Poder Judicial, disponía: “La propuesta será formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los jueces y magistrados conforme a lo previsto en el número siguiente”. Precepto derogado por la Disposición Derogatoria única de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio.

Recoge el auto además, que concurre en el caso un ulterior hecho, que determina la singularidad cualitativa relativa a la existencia de la plausible proyección objetiva de dudas sobre la apariencia de imparcialidad, y es que “entre el ejercicio de dicho cargo y la designación como Presidente de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, cuando era ya público que dicha Sección tenía turnado el enjuiciamiento del caso Gürtel, no existe solución de continuidad, pues dicho nombramiento se verificó por el mismo Consejo al que la Ilma. Sra. Magistrada hoy recusada pertenecía”. Al igual que los anteriores, dicho dato resulta inocuo, y en poco o nada puede influir en la apariencia de imparcialidad judicial en una sociedad democrática, máxime cuando no existe norma alguna que imponga a los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, de procedencia judicial, periodo de carencia alguno para regresar al pleno ejercicio de la jurisdicción, a diferencia de lo que sucede con los Altos Cargos de la Administración General del Estado, cuya Ley 3/2015, de 30

de marzo, en su artículo 15 establece un periodo de dos años siguientes a su cese, que impediría a los altos cargos, prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado, con la finalidad obvia, de evitar el conflicto de intereses definido asimismo en el artículo 11 de la citada Ley.

En definitiva, la Ilma. Sra. Magistrada recusada, se ha limitado a optar a una plaza vacante predeterminada como era la Presidencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a la que accedió por escalafón, tras rechazar la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo los recursos formulados contra dicho nombramiento, y posteriormente a formar parte del Tribunal que iba a enjuiciar la causa en cuestión, en función de las propias normas de reparto, y de las atribuciones que como Presidenta de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional le corresponden, criterio que como la propia resolución mayoritaria reconoce, ya se seguía con anterioridad en la propia Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y al que no son ajenos otras Secciones, y que no hace sino aplicar la facultad prevenida en el artículo 198.2 LOPJ.

Debe recordarse además, que la resolución que ahora nos ocupa, en su Fundamento Jurídico octavo, rechazó otro de los motivos de recusación planteados, por carecer manifiestamente de fundamento, como la alegación de una pretendida alteración de las normas de reparto en la Sección Segunda con reserva de la presidencia de dicho Tribunal en la totalidad de los asuntos, pues ello es, por el contrario, responsabilidad inherente a la función de Presidente de un Tribunal, como hemos visto.

## **2º. La causa de recusación del artículo 219.10ª LOPJ.**

La expresión “tener interés en la causa o pleito” debe ser entendida como una inclinación más o menos vehemente del ánimo a que la resolución de la causa se manifieste en un sentido determinado, debido a la conexión que existe entre la relación deducida en el proceso y la relación jurídico material de la que es titular el juez.

Tanto la amistad íntima o la enemistad manifiesta, interés directo e indirecto, son conceptos jurídicos indeterminados que por tanto, y en atención al principio de

seguridad jurídica, deben ser interpretados a tenor de los márgenes que la propia norma impone.

En cuanto a la causa que nos ocupa (artículo 219.10ª LOPJ) el interés directo o indirecto en el objeto del proceso, nos dice la jurisprudencia constitucional, ha de entenderse aquello que “proporciona al Magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados (ATC 26/2007, de 5 de febrero). Ha de tratarse de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se plantee la recusación, y actual, esto es, concurrente en el momento en que se promueve el apartamiento del Magistrado mediante su recusación, el escrito de recusación no individualiza, como le exigía hacer su carga procesal, cuál es el supuesto beneficio o ventaja que para el Magistrado recusado comportaría el resultado de la causa de que se trate, reconduciéndose de nuevo la tacha al plano exclusivamente ideológico” (ATC 180/2013, de 17 de septiembre).

La doctrina que se refiere a esta concreta causa de recusación, indica que el presupuesto que subyace es la legitimación *ad causam*, en cuanto refiere una situación especial en la que se encuentran las partes respecto a la relación jurídico material que se deduce en el proceso. Por el contrario, el interés indirecto, vendría constituido por todos aquellos supuestos en los que existiendo un interés por parte del juez éste no sea directo. El interés recusable debe circunscribirse a los supuestos en los que desde la perspectiva de la legitimación haya un interés indirecto. Por tanto, se aprecia en los casos en los que el juez está legitimado para intervenir en el proceso coadyuvando la posición del demandante o del demandado en defensa de un interés propio. Es decir, aquellos supuestos en los que el juez pretende que la resolución adopte un determinado sentido, cuestionando así su imparcialidad, al provocar algún tipo de efecto material o de otro tipo sobre aquél,

La perspectiva subjetiva, en definitiva, trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde este punto de vista, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre la idoneidad han de ser probadas, lo que no sucede en el caso examinado, máxime al quedar descartadas algunas de las causas de recusación que sustentaban ese supuesto interés indirecto.

### 3º La falta de imparcialidad judicial en la jurisprudencia.

El artículo 6.1 del Convenio Europeo para Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial (ausencia de prejuicio) establecido por la Ley. En la misma línea el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10). La doctrina del TEDH habla de la doble dimensión de la imparcialidad judicial, por un lado una subjetiva, vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en un caso concreto; y otra objetiva, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano encargado de juzgar y que se establece a partir de consideraciones de orden orgánico y funcional. La primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario. La segunda reclama garantías suficientes (STEDH de 1 de octubre de 1982. Caso Piersack *contra* Bélgica). Esta resolución decía que: “si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto”. No cabe duda de las dificultades existentes para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y tras afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (STEDH de 24 de mayo de 1989. Caso Hauschildt *contra* Dinamarca) ha señalado que “en cuanto al tipo de prueba exigido, ha tratado de verificar, por ejemplo, el fundamento de las alegaciones según las cuales un Juez había dado muestras de hostilidad o mala voluntad respecto al acusado o, movido por razones de orden personal, se las había arreglado para que se le asignara un asunto”. (STEDH de 6 de enero de 2010. Caso Vera Fernández Huidobro *contra* España).

El Juez debe dictar sentencia de acuerdo con la ley y no con sus convicciones personales (STEDH de 6 de junio de 2000. Caso Huber Morel *contra* Francia). En la jurisprudencia europea existe una estrecha relación entre las garantías de un Tribunal "independiente" y de un Tribunal "imparcial". Pero también ha venido destacando la jurisprudencia, la imparcialidad del juzgador como una de las garantías fundamentales de un proceso justo (SSTEDH de 26 de octubre de 1984. Caso De Cubber *contra* Bélgica; de 24 de mayo de 1989. Caso Hauschildt *contra* Dinamarca; de 1 de octubre de 1982. Caso Piersack *contra* Bélgica; de 16 de diciembre de 1992. Caso Saint-Marie *contra* Francia; de 28 de octubre de 1998. Caso Castillo Algar *contra* España; y de 2 de marzo de 2000. Caso Garrido Guerrero *contra* España).

La STC 149/2013, de 9 de septiembre, citada por la STS 766/2014, de 27 de noviembre, recuerda las líneas fundamentales de la doctrina sobre el derecho a un Juez imparcial:

a) La imparcialidad del Juez puede analizarse desde una doble vertiente. Una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquéllas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él" (por todas STC 47/2011, de 12 de abril).

b) La garantía de la imparcialidad objetiva "pretende evitar toda mediatización, en el ámbito penal, del enjuiciamiento a realizar en la instancia o a revisar en vía de recurso" (STC 313/2005, de 12 de diciembre). Esto es "que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor" (STC 11/2000, de 17 de enero). Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero "la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro -en el juicio o en el recurso- una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables

confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de instrucción" (SSTC 157/1993, de 6 de mayo, y 11/2000).

c) No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que "la imparcialidad del Juez no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador" (STC 60/1995, de 16 de marzo, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

El Tribunal Constitucional en STC 69/2001, de 17 de marzo, decía que "para que un juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la Ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico . Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que las sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas" (SSTC 60/1995, de 16 de marzo; 142/1997, de 15 de septiembre, y 162/1999, de 27 de septiembre) y (SSTEDH de 26 de febrero de 1993. Caso Padovani *contra* Italia; de 22 de abril de 1994. Caso Saraiva de Carvalho *contra* Portugal; de 22 de febrero de

1996. Caso Bulut *contra* Austria; y de 28 de octubre de 1998. Caso Castillo Algar *contra* España).

Respecto de las ideologías o creencias del juzgador, se ha pronunciado asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en STEDH de 25 de noviembre de 1993. Caso Holm *contra* Suecia, considerando que hubo violación del artículo 6.1 CEDH a causa de los vínculos políticos entre los miembros de un jurado y una de las partes.

En la STEDH de 30 de marzo de 1996. Caso Remli *contra* Francia, tras indicar que “el artículo 6.1 impone la obligación a cada Tribunal nacional de controlar que, una vez constituido, sigue siendo imparcial”. En la misma línea la STEDH de 9 de mayo de 2000. Caso Gregory *contra* Reino Unido. La cuestión de las convicciones personales del juzgador, o sus condicionamientos subjetivos, aunque pueden hacer surgir una afinidad con alguna de las partes, no constituyen una falta de imparcialidad, a no ser que aparezca en una relación directa con el objeto del litigio y su decisión, es decir, una causa objetiva y concreta de riesgo.

En cuanto a la militancia política de los jueces, la STEDH de 22 de junio de 2004. Caso Pabla Ky *contra* Finlandia, abordó esta cuestión, rechazando que la imparcialidad pudiera cuestionarse en este caso, al carecer de conexión alguna aquella con las partes, con el litigio mismo, o con la legislación aplicable, efectuando así una aproximación pragmática y casuística, huyendo de las categorías generales.

Para este Tribunal, a la vista de las resoluciones citadas, la conculcación del juez imparcial no se encuentra en el hecho de que un miembro del tribunal enjuiciador participe de una determinada ideología a pesar de que el proceso presente connotaciones políticas, sino en aquél, en el cual habiendo trascendido determinadas manifestaciones que reflejan cierta predisposición a resolver en un determinado sentido, no se hubiesen adoptado por parte del tribunal medidas suficientes para asegurar que dicha circunstancia no incida en la resolución final del proceso. Postura asimismo recogida en nuestra jurisprudencia (AATC 195/1983, de 4 de mayo; 358/1983, de 20 de julio; y 226/1988, de 16 de febrero; y SSTs de 27 de diciembre de 1994, y de 21 de octubre de 1986, y ATS de 20 de abril de 1993 (Caso Filesa) que descartan, categóricamente, que las afinidades o discrepancias ideológicas del juez con una de las partes, pueda configurar éste motivo de

recusación, y ello con independencia de tal relación fuese cumplidamente acreditada.

#### **4º La “apariencia” de imparcialidad en relación a los motivos de recusación esgrimidos.**

El Pleno del Tribunal Constitucional decidió mediante Auto 238/2014, de 9 de octubre, (similar al que antecede 237/2014) inadmitir la recusación de uno de sus Magistrados promovida por el Parlamento de Cataluña en un recurso de inconstitucionalidad, sustentada en las manifestaciones contenidas en diversas publicaciones no académicas ni científicas, que denotarían una toma de posición previa respecto al objeto del proceso y su contexto político y jurídico, y que predeterminan unos prejuicios y una implicación emocional sobre el caso, incompatibles con el principio de imparcialidad; así como la existencia de una relación asidua de colaboración con la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES) que, por su carácter continuado y reiterado, permitía deducir razonablemente una afinidad ideológica con la misma, y que se subsumían en las causas previstas de recusación 219.9ª LOPJ (amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las partes) y 10ª (tener interés directo o indirecto en el pleito o causa) cuya aplicación a los Magistrados constitucionales resulta del artículo 80 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Dicha resolución, tras recordar la doctrina acerca de la imparcialidad desplegada por dicho Tribunal, en lo que ahora nos afecta, se pronunciaba en el siguiente sentido: “Para que en garantía de la imparcialidad un Magistrado pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto, es preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el Magistrado no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la ley, sino otras consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico. Por tanto, no basta con que las dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva

y legítimamente justificadas (SSTC 162/1999, de 27 de septiembre; 69/2001, de 17 de marzo; 5/2004, de 16 de enero; y ATC 26/2007, de 5 de febrero; así como SSTEDH de 28 de octubre de 1998, caso Castillo Algar *contra* España; y de 17 de junio de 2003, Caso Pescador Valero *contra* España). En la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al Juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva y vinculada al contenido del derecho a un Juez imparcial (STC 162/1999, de 27 de septiembre)".

Y sigue diciendo esta resolución: "En efecto, este Tribunal tiene declarado que salvo que se desvirtúe el contenido de la garantía de imparcialidad, no puede pretenderse la recusación de un Juez por el mero hecho de tener criterio jurídico anticipado sobre los asuntos que debe resolver. No sólo el Tribunal Constitucional sino también el resto de Tribunales jurisdiccionales deben ser integrados por Jueces que no tengan la mente vacía sobre los asuntos jurídicos sometidos a su consideración..... Lo que precisa la función jurisdiccional son Jueces con una mente abierta a los términos del debate y a sus siempre variadas y diversas soluciones jurídicas que están, normalmente, en función de las circunstancias específicas del caso (ATC 18/2006, de 24 de enero). Con todo, hemos precisado que si bien los Jueces y Magistrados gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva cuando éstas guardan relación con los asuntos sometidos a su jurisdicción ... el problema que nos ocupa no puede resolverse solo en clave de libertad de expresión, pues, al margen de que unas determinadas manifestaciones de opinión, en cuanto a su emisión, puedan estar cubiertas por tal derecho, ello no impediría (si es que a tales manifestaciones pudiera atribuírsele esa transcendencia) que pudieran afectar a la imparcialidad del Juez que las emite. Libertad de expresión y afectación a la imparcialidad de un determinado juez, se sitúan en planos jurídicos distintos (AATC 226/2002, de 20 de noviembre; y 61/2003, de 19 de febrero). Sólo este segundo plano jurídico interesa en la presente recusación. A los otros efectos cada Magistrado es responsable a título personal del contenido de sus manifestaciones o declaraciones" (ATC 180/2013, de 17 de septiembre).

En el caso ahora examinado, ningún interés concreto y singularizado, ya directo o indirecto, de la Ilma. Sra. Magistrada ahora recusada con la causa concreta en cuestión se ha acreditado, más allá de las meras generalidades, que la mayoría sustenta en la naturaleza penal del delito de que se trata referido a la corrupción en

el ámbito político, en las que según aquella el canon de imparcialidad ha de reforzarse escrupulosamente; y en que se ha abierto juicio oral contra el Partido Popular en calidad de partícipe a título lucrativo y al que pertenecían en el momento de acaecer los hechos a juzgar gran parte de los acusados en el procedimiento, de los que por cierto ninguna relación ya de amistad o enemistad, o de interés directo o indirecto, con aquella, más allá del nombramiento en cuestión, se ha logrado probar. Descartada, como ya dejamos dicho, que el nombramiento para ocupar el cargo del Vocal del Consejo General del Poder Judicial, pueda incardinarse en la causa de recusación que se pretende (art. 219.10ª LOPJ) por obedecer a los sistemas legalmente preestablecidos al respecto; y rechazado que la intervención de uno de los en aquél momento senadores por el Partido Popular fuese determinante, al desconocerse, como la propia resolución mayoritaria alude al “no conocimiento del sentido del voto”, siendo así además, que tampoco se la logrado acreditar relación alguna de la Ilma. Sra. Magistrado recusada con aquél sujeto. Y por último, descartado de plano, que entre el ejercicio del cargo de Vocal y la designación como Presidente de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, existiese periodo de carencia alguno, como así sucede en la generalidad de los casos, no encontramos dato objetivo ninguno que pueda desde una perspectiva estrictamente jurídica, ser subsumido en la causa de recusación que nos ocupa, salvo que aquella obedezca a otros intereses de más amplio espectro como pueden ser los relativos a la afinidad ideológica del juez en cuestión.

Además el nombramiento para el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, ya fue objeto de análisis, con ocasión de otro incidente de recusación por el Auto nº 39/2013, de 27 de mayo del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

#### **5º La imparcialidad judicial frente a terceros “observadores razonables”.**

Nos queda sin embargo, analizar, si estos motivos expuestos en los que se sustenta la admisión de la recusación, provocarían en un “observador razonable”, dudas acerca de la imparcialidad de la recusada, y a la que la resolución dedica su Fundamento Jurídico décimo. Comienza reconociendo la mayoría que “la mera afinidad política en el

nombramiento de los jueces no puede, por si solo, crear dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad de los magistrados” (STEDH 26 de agosto de 2003. Caso Filippi *contra* San Marino). Para a continuación, señalar que: “Atendido ello, la percepción de posible parcialidad de los Magistrados beneficiados en su trayectoria profesional por la designación para un cargo por una propuesta ligada a la proyección en el Poder Judicial de las cuotas de Poder político existentes en las Cortes, no se aprecia in abstracto como infundada, y, en el caso, tal difuso riesgo se objetiva si además de ello se constata que, en el procedimiento concreto, objeto de enjuiciamiento, es parte el Partido que sustentó con su mayoría la propuesta a tales cargos de uno de los miembros de dicho Tribunal (o dos de tres, como en el caso), e igualmente se constata que una de las personas que participó activamente en la votación para la Propuesta al cargo de Vocal es uno de los acusados, y que entre el nombramiento como Vocal del Consejo General del Poder Judicial y la posterior propuesta como Presidente de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional no existió solución de continuidad, por lo que ha de considerarse que las dudas que todo ello puede generar en un ciudadano medio son objetivamente legítimas”.

Dicho nombramiento se aquietó a la normativa establecida al respecto, siendo además corroborado por unanimidad por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, al resolver las impugnaciones planteadas. Reiterando cuanto ya expusimos al analizar los motivos de manera individualizada, cabe insistir en que ninguna relación particular o especial ha quedado acreditada en la Ilma. Sra. Magistrada recusada respecto del partido sometido a enjuiciamiento, como partícipe a título lucrativo, y menos aún respecto de los miembros de aquél que figuran como acusados, en relación con cualesquiera de las materias o cuestiones que se han de ventilar en el presente proceso con anterioridad a este momento procesal, porque “es ese contacto anterior el que contamina, y, por lo tanto, donde reside la esencia de la causa de recusación”.

#### **6º La interpretación taxativa de las causas de abstención y recusación.**

Resulta preocupante la interpretación extensiva de la causa de abstención y recusación del artículo 219.10ª LOPJ, que lleva a cabo la mayoría, y ello, porque

ciertamente como refleja la jurisprudencia aplicable, una cosa es la ideología determinada de un juez, y otra bien distinta que el juez ponga la función jurisdiccional al servicio de la ideología que profesa en un proceso determinado, como al parecer se le viene achacando a la Ilma. Sra. Magistrada recusada. A mayor abundamiento, es significativo el número de Jueces y Magistrados que de alguna u otra manera han ocupado cargos ya en el Ejecutivo, ya en el Consejo General del Poder Judicial, u otros entes públicos en cuyos nombramientos que duda cabe, están presentes entre otros la afinidad ideológica, ya por ser cargos de confianza, o de designación discrecional; siendo así que ya por sí sola esa relación les inhabilitaría para formar parte de los tribunales llamados a enjuiciar la corrupción política, con lo que se estaría produciendo un efecto pernicioso y no querido, como sería la elección de tribunales a la carta, quebrando así otro de los derechos fundamentales y garantía procesal como lo es el derecho al “juez ordinario predeterminado por la ley” (art. 24.2 CE).

El artículo 219. 13ª LOPJ recoge como causa de recusación “Haber ocupado cargo público, desempeñado empleo o ejercido profesión con ocasión de los cuales haya participado directa o indirectamente en el asunto objeto del pleito o causa o en otro relacionado con el mismo”. Y en el apartado 16ª “Haber ocupado el Juez o Magistrado cargo público o administrativo con ocasión del cual haya podido tener conocimiento del objeto del litigio y formar criterio en detrimento de la debida imparcialidad”.

Por ello, a la vista del cargo ocupado por la Ilma. Sra. Magistrada recusada, quizás hubiere sido más ajustado a derecho, reconducir las causas de recusación en su caso a dichos motivos, y no acudir a la muy genérica prevenida en la regla 10ª. Lo que sucede, es que ningún contacto previo con el objeto del litigio se ha acreditado, cuando ejerció el cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial, siendo así que la inhabilitación para el enjuiciamiento deriva, no de unos nombramientos hechos conforme a la legalidad vigente, sino de ese contacto previo que no se da en el caso de autos.

Pero es que además, en el supuesto analizado, la resolución mayoritaria no lleva a cabo nuestro juicio, una valoración de la incidencia que dicha circunstancia podría tener en la resolución del proceso en un sentido determinado, como sería lo deseable y exigible. Esta ponderación demanda el empleo de reglas que aseguren un certero control de la trascendencia que en un determinado proceso comporta la suscripción de

una determinada ideología, para eliminar toda tentativa de discriminación por estos motivos (ATSJ de Valencia. Sala Civil y Penal, de 11 de enero de 1994).

El denominado “observador imparcial” en los casos de “corrupción política” como el que nos ocupa, se ve sometido a constantes campañas mediáticas orquestadas por los medios de comunicación social, generadores de auténticos “juicios paralelos” como ha sucedido en el caso de autos, que le privan así de una valoración objetiva y desapasionada, deviniendo imposible su abstracción a estos otros avatares o connotaciones más próximas a la afinidad ideológica o política de los jueces, que a sus actuaciones en el caso concreto. No debe olvidarse que la proscripción de la analogía y de cualquier interpretación extensiva de las causas de recusación pretende evitar, que a través de una interpretación poco rigurosa y respetuosa con el tenor literal, sean incorporadas nuevas causas no previstas legalmente por el legislador, que pueden llegar a constituir verdaderos fraudes de ley. Aceptada cierta flexibilidad en su interpretación, ello “no implica que cada motivo de recusación no deba ser examinado de manera racional, ya que el apartamiento de un juez del conocimiento de un asunto que le viene legalmente atribuido, tiene que nacer de datos objetivos equilibradamente interpretados y no ser, en modo alguno fruto de caprichosas conjeturas o interesadas desfiguraciones de la realidad” (ATS de 16 de diciembre de 1997). Una cosa es la interpretación flexible de las causas legalmente establecidas; y otra bien distinta, aplicar analógicamente el precepto para admitir otras causas de abstención y recusación. Esta aplicación analógica ha sido reiteradamente rechazada por nuestros Tribunales (SSTS de 21 de octubre de 1986, y de 15 de junio de 1987 y SSTC 138/1994, de 9 de mayo; 69/2001, de 17 de marzo). Como nos recuerda la STC 162/1999, de 27 de septiembre: “El canon de enjuiciamiento de las dudas alegadas ha de ser especialmente riguroso, pues si la predeterminación legal abstracta del Juez del caso, además de constituir un derecho fundamental autónomo, es, una garantía de su actuación independiente y, por ende imparcial, apartar a un Juez ya determinado por circunstancias sobrevenidas a la asignación del caso, quebrando así la previsión legal inicial, exige fundadas razones que elimine cualquier posibilidad de utilizar interesadamente este mecanismo de garantía para seleccionar o separar al Juez tomando como base la preferencia o rechazo del justiciable hacia sus cualidades personales”. El carácter tasado de las causas de recusación parece evidente, dado que se trata de una excepción al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, sólo concurriendo alguna de las causas legalmente previstas, cabrá la abstención del juez

en quien concurra (ATC 180/2013, de 17 de septiembre) que reitera el carácter taxativo y cerrado de las mismas.

En definitiva, las motivaciones ideológicas en ningún caso, por sí solas, deben justificar una causa de recusación, y menos aún articularlas a través del interés directo o indirecto en el asunto, ya que existen otros mecanismos mas adecuados para corregir las desviaciones en la aplicación de la ley por causas ideológicas, como pueden ser: la obligatoriedad de la motivación fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales y el límite de la congruencia, la vinculación del juez al derecho y al imperio de la ley, los mecanismos de impugnación de dichas resoluciones, o incluso las correspondientes responsabilidades penales, civiles o disciplinarias. Una cosa es preservar la independencia judicial mediante el establecimiento de las garantías que le son propias, y que coadyuvan a su preservación, y otra muy distinta es situar la ideología como motivo que posibilita la separación del juez competente en el marco del proceso que nos ocupa, para preservar su imparcialidad, sobre la base de una serie de circunstancias concretas y externas que rodean el proceso, y que en nuestro caso, se han revelado absolutamente inocuas como ha quedado dicho.

Por todo lo anteriormente expuesto, discrepamos de la resolución acordada mayoritariamente, entendiendo respetuosamente que el auto tendría que haber rechazado en su totalidad el Incidente de Recusación formulado contra la Ilma. Sra. Magistrada Doña Concepción Espejel Jorquera, para formar parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento en la causa de la que dimana el presente Expediente.

Así lo firman los Magistrados que formulan este voto particular.