

CAUSA ESPECIAL núm.: 20907/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

#### **A LA EXCMA. SALA**

ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, Procurador de los Tribunales, actuando en representación de los Ilustres Sres. Diputados **JORDI SÀNCHEZ I PICANYOL, JORDI TURULL I NEGRE** y **JOSEP RULL I ANDREU**, cuya representación tengo debidamente acreditada en autos y aportando el poder especial que la ley me requiere, ante la Excma. Sala comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO

Que tras haber tenido conocimiento por primera vez mediante Auto de 11/07/2018 de la composición personal de la Excma. Sala que celebrará el juicio oral del presente procedimiento, por medio del presente escrito -y con los debidos respetos- procedo a promover **INCIDENTE DE RECUSACIÓN** respecto los Sres. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y D. Luciano Varela Castro, una petición que fundamento en las siguientes

#### **A L E G A C I O N E S**

#### **ÚNICA.- Motivos en los que se fundamenta la presente recusación**

Por vez primera en este procedimiento, mediante el Auto de 11/07/2018 esta defensa ha tenido conocimiento preciso de cuál será la composición de la Sala que se encargará del enjuiciamiento de los hechos por los que mis mandantes han sido procesados. Por ello, y cumpliendo con lo dispuesto por el art. 223 LOPJ, se procede dentro del plazo previsto a promover incidente de recusación. A efectos de conocer la composición de

la Sala no cabe remitirse a los Acuerdos de la Sala de Gobierno sobre composición y funcionamiento de las Salas y Secciones y asignación de ponencias que deben turnar los Magistrados, pues tales composiciones -como se ha comprobado en esta misma causa a lo largo de las apelaciones interpuestas durante la instrucción- **se ven a menudo alteradas por circunstancias diversas y absolutamente imprevisibles para las defensas** (de hecho al publicarse tales acuerdos en el BOE ya se hace constar, bien a las claras, que sólo recogen cuál será la composición de la Sala "en principio").

El derecho a un juez o tribunal imparcial es una de las garantías fundamentales en el proceso penal, que deriva tanto del art. 24 CE como del art. 6 CEDH. Dentro de sus múltiples facetas, de tales preceptos se desprende el **derecho que tienen los procesados a no ser juzgados por un Tribunal que tenga o aparente tener ninguna clase de prejuicio con respecto a los hechos denunciados y a la culpabilidad de los acusados**. Y en tal sentido, el art. 219.11.<sup>a</sup> LOPJ establece como causa de recusación "*haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia*".

En el caso que nos ocupa conviene señalar que forman parte de la Sala de Enjuiciamiento los Sres. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre y D. Luciano Varela Castro, que en su día dictaron el Auto de 31/10/2017 por el que **se admitió a trámite la querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra diversos procesados por los mismos hechos por los que, previsiblemente, se juzgará a mis mandantes**. Si bien en dicha resolución la Sala extremó las precauciones para intentar no valorar de modo explícito la relevancia penal de los hechos relatados por el Ministerio Fiscal, **inevitablemente para dictar dicha resolución se tuvieron que efectuar valoraciones jurídicas sobre la tipicidad de tales hechos con las que forzosamente se emitió una opinión favorable a su relevancia penal**. Ello sucedió, por ejemplo, al afirmarse lo siguiente:

"En la incipiente fase del proceso en el que se inserta la presente resolución, constatamos que el Fiscal alude a la existencia de un delito de rebelión, con una extensa argumentación encaminada a justificar la concurrencia de violencia. Hemos dicho en numerosas resoluciones que el proceso penal es de cristalización progresiva. Será a lo largo de la instrucción cuando los hechos imputados, a la vista de las diligencias de investigación acordadas por el instructor, confirmen o desmientan su realidad. Y será entonces cuando pueda precisarse -en el primero de los casos- si esos actos son susceptibles de integrar las exigencias del tipo previsto en el art. 472 del CP o, por el contrario, han de ser subsumidos en los arts. 477 y 17.1 del CP, que castigan la conspiración para la rebelión, delito en el que, por definición, los elementos del tipo proyectado no llegan a tener realidad, al no superar los conspiradores la fase propiamente preparatoria. Se alude, con carácter subsidiario y para el caso en que no pudiera confirmarse la existencia del delito de rebelión, a un hipotético delito de sedición previsto en el art. 544 del CP. Se invoca también la existencia de un delito de malversación de caudales públicos previsto y penado en los arts. 432 y siguientes del CP, en la medida en que se atribuye a los querellados el haber permitido que se dispusiera de ingentes caudales públicos para llevar a término el referéndum ilegal".

En un procedimiento penal ordinario la admisión a trámite de una querrela o denuncia forma parte de las decisiones básicas del Juez de Instrucción y **dicha decisión se fundamenta** -como no puede ser de otro modo- **en la realización de un juicio de tipicidad basado en el relato fáctico presentado por la parte querellante o denunciante**. Así se desprende claramente del texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su art. 313 dispone que el Juez de Instrucción, "*desestimará en la misma forma la querrela cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma*". De este precepto se deduce sin margen de error posible que, **si en el presente caso los Sres. Magistrados no inadmitieron la querrela de la Fiscalía, fue porque entendieron que los hechos en que se fundaba dicha**

**imputación podían constituir delito, pues si hubieran entendido que eran atípicos habrían debido inadmitirla a trámite.**

Ello supone ya la formulación de una **inevitable valoración jurídica acerca de los hechos imputados a los querellados**, que anticipa el juicio de los Sres. Magistrados de que tales hechos son penalmente relevantes. Tal prejuicio se ve acentuado especialmente en el presente caso, en el que **los hechos cuya comisión se atribuye a mis mandantes como constitutivos de una supuesta rebelión son desde el primer día de conocimiento público** y, en el momento de admitirse la querrela, habían sido ya ampliamente divulgados por los medios de comunicación. La muestra más evidente de ello es que **el relato de hechos de la querrela ha pasado prácticamente inalterado al Auto de procesamiento, sin que la instrucción haya aportado prácticamente ningún dato relevante**, porque en realidad poco o nada había que investigar respecto de hechos que habían sucedido a la luz pública y ante las cámaras de televisión.

Así, habiendo valorado ya en el pasado los cuatro Sres. Magistrados que tales hechos -tal como el querellante relató y como posteriormente confirmó el Instructor con muy pocos cambios- son en abstracto constitutivos de delitos como la rebelión o malversación y, en todo caso, que no son penalmente atípicos **¿qué confianza pueden tener mis mandantes de que, en tanto que miembros del Tribunal enjuiciador, los Sres. Magistrados se aproximarán a los hechos enjuiciados sin prejuicio o precomprensión alguna acerca de la relevancia penal de las imputaciones?** ¿Qué esperanza puede tener esta defensa de que la Sala concluya que los hechos son penalmente atípicos y los procesados merecen ser absueltos cuando en su día cuatro de los cinco magistrados concluyeron que tales hechos tenían relevancia penal?

A lo anterior se añade una circunstancia adicional, que no es estrictamente motivo de recusación en la legislación vigente española, pero que a efectos de imparcialidad no resulta

precisamente intrascendente, como es el hecho de que **el Magistrado Instructor y los citados Magistrados formen parte del mismo órgano judicial y durante los meses en que se ha prolongado la instrucción de esta causa hayan coincidido en diversas ocasiones** formando sala y deliberando.

Así, por ejemplo, los Sres. Magistrados Marchena y Berdugo coincidieron en la Sala los pasados 25 y 28/06/2018 con el Instructor Sr. Llarena resolviendo sendos recursos de queja (número de los procedimientos: 20452/2018 20334/2018); el día 18/06/2018 los Excmos. Sres. Martínez Arrieta y Llarena coincidieron en sala resolviendo una aclaración (número de recurso: 10311/2017); o, por fin, el 5/7/2018 coincidieron los Sres. Varela y Llarena resolviendo una cuestión de competencia (número del procedimiento: 20451/2018).

En tal circunstancia esta representación pone de manifiesto, con los debidos respetos y en defensa de los derechos de mis mandantes, que el Sr. Instructor y **los miembros del Tribunal enjuiciador se han mantenido en permanente contacto y colaboración profesional durante todo el tiempo que ha durado la investigación que nos llevará hasta el próximo juicio**, teniendo sin duda ocasión para comentar los pormenores de un procedimiento con tanto revuelo mediático y político como el presente, algo que resulta perfectamente comprensible que suceda entre personas afectadas por una causa de tanta entidad.

Asimismo, **cuando llegue el acto del juicio los miembros del órgano enjuiciador se verán obligados a revisar las conclusiones de otro magistrado con el que cotidianamente comparten sala y deliberan a menudo**, no quedando garantizada aquella sana distancia que, para reforzar la necesaria apariencia de imparcialidad, cabe esperar que exista siempre entre el juez-investigador y la sala de enjuiciamiento, una distancia que la ley procesal española procura que se respete siempre en los procedimientos ordinarios, pero que no garantiza en absoluto en el caso de los aforados.

Ciertamente, que la situación sea la descrita no es voluntad del Tribunal, sino aplicación de la Ley vigente en España. Pero en todo caso esta defensa no puede dejar de poner de manifiesto tal circunstancia a los efectos de que, llegado el caso, pueda ser revisada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dentro de sus valoraciones acerca de si, en tales circunstancias, se habrá garantizado a los Sres. Diputados un procedimiento con todas las garantías. Como es sabido, ya en ocasiones anteriores -por ejemplo la famosa Sentencia del caso "Barberà, Massagué y Jabardo contra España" de 1988, de la que ahora se cumplen treinta años- **el TEDH ha tenido ocasión de censurar ciertos aspectos de la regulación procesal española que, no por su rango legal, garantizaban de modo absoluto que los acusados vieran respetadas en plenitud sus garantías.**

Dado que **es voluntad de esta defensa, si es necesario, acudir a dicho Tribunal de Estrasburgo a fin de que analice la presente cuestión,** se denuncia ya tal circunstancia en el presente incidente a fin de que la Sala pueda reparar la posible vulneración futura del art. 6 CEDH, planteando incluso una posible cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos legales que permiten que unos Sres. Magistrados que cotidianamente coinciden en la misma sede, forman sala y deliberan, al mismo tiempo, en una causa concreta, asuman roles tan sumamente diferenciados como el de investigador y juzgador.

Por todo lo expuesto:

**A LA SALA SUPLICO:** que tenga por presentado el presente escrito y por promovido el correspondiente incidente de recusación contra los Sres. Magistrados mencionados *supra*. En Madrid, a 23 de julio de 2018

Jordi Pina Massachs  
MOLINS & SILVA