

**AUDIENCIA NACIONAL**

**SALA DE LO PENAL. PLENO**

**EXPEDIENTE GUBERNATIVO nº 12/2016**

**ROLLO DE SALA 6/2016. Sección Segunda**

**D. Previas 275/2008 (Pieza Separada AENA)**

**En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2016**

**VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional D. Fernando Grande Marlaska Gómez, y al que se adhieren los Ilmos. Sres Magistrados D. Juan Francisco Martel Rivero, D. Nicolás Poveda Peñas y D. Fermín Javier Echarri Casi, al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de fecha 6 de octubre de 2015, que resuelve el Incidente de Recusación de la Ilmos. Sres Magistrados de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional Doña Concepción Espejel Jorquera y D. Enrique López López.**

La resolución de la que se discrepa acordaba “estimar la recusación promovida por el Procurador de los Tribunales D. Roberto Granizo Palomeque, en nombre y representación de Doña Carmen Ninet Peña y Doña Cristina Moreno Fernández, y otros, a los que se adhirió el Ministerio Fiscal, contra los citados Magistrados de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en la denominada Pieza Separada “AENA”.

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

La recusación según el auto de la mayoría, se basaba en que “ya se dictaron por este Pleno resoluciones estimando la recusación de estos Magistrados en las diligencias mencionadas: Incidentes de recusación nº 46/2015, resuelto por Auto de 3 de noviembre de 2015, y 48/2015, resuelto por Auto de 4 de febrero de 2016, en relación con el Magistrado Sr. López López; e incidentes de recusación nº 45/2015, resuelto por Auto de 13 de noviembre de 2015, y 47/2015, resuelto por auto de 9 de febrero de 2016, en relación con la Magistrada y Presidente Sra. Espejel Jorquera. Para la parte recusante no se trata de procedimientos autónomos, sino de un tronco común, por lo que las recusaciones ya estimadas tienen un efecto expansivo al conjunto del procedimiento, por ello solicita que se

estime la recusación de ambos magistrados en todas las piezas dimanantes de las diligencias Previas 275/2008”.

Tras examinar los supuestos antecedentes de la misma, dice textualmente la resolución de la que discrepamos: “Así las cosas este tribunal debe examinar, como reclama el recusante, si lo ya resuelto debe aplicarse en todas y cada una de las piezas, y por tanto en las que nos ocupan. Ello nos obliga a analizar la naturaleza de las piezas separadas. El art. 762.6ª de la L.E.Crim., dentro del Título II “Del procedimiento abreviado”, Libro IV “De los procedimientos especiales”, establece: *Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existían elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los encausados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.*

De este precepto se desprende que la división de la causa en piezas separadas, prevista para el procedimiento abreviado, se hace con la finalidad de llevar a cabo con mayor facilidad el enjuiciamiento, *simplificar y activar el procedimiento*. Se trata por tanto de un único procedimiento en el que la vista oral se realiza separadamente, atendiendo:

- a) A que se trata de distintos delitos, todos conexos, o
- b) A que se trata de distintos acusados.

Como se indica en la S. nº 753/2015 de 25 de noviembre la formación de piezas prevista en el art. 762.5º de la L.E.Crim., para causas de complejidad y con el fin de facilitar su tratamiento procesal, es una opción puramente instrumental y se encuentra legalmente condicionada a que pueda resultar efectivamente funcional a ese objetivo. Sigue diciendo esa resolución como la ley es particularmente flexible en su regulación, *de ahí que ese precepto hable, de un lado de “piezas separadas” que puedan ser objeto, no solo de instrucción, sino también de un enjuiciamiento diferenciado, y no dice que necesariamente por el mismo tribunal; refiriéndose al propio tiempo a tal distribución como una forma de activar el procedimiento. Este carácter flexible de la previsión normativa impide que pueda absolutizarse en cualquiera de sus vertientes y todo lo que exige es que las decisiones que se adopten en este marco se orienten realmente a agilizar la dinámica del proceso sin forzar ni alterar los elementos constitutivos de su objeto ni la disciplina constitucional y legal en tema de garantías.*

Cita a continuación la nueva redacción dada al artículo 17.1 LECrim, por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, así como la derogación del artículo 300 de aquella, y el párrafo segundo del citado artículo 17 LECrim, para concluir que: “Del art. 17, antes expuesto, se desprende que en los delitos conexos existe una vinculación entre las personas que los realizan, que se han reunido o se han puesto de acuerdo para llevarlos a cabo, o existe una vinculación entre los hechos, de modo que unos delitos van a facilitar la comisión de los otros, servir para ocultarlos o para aprovechar eficazmente los efectos obtenidos, llevándolos a sus últimas consecuencias, o finalmente se trata de delitos que dos o mas personas cometen recíprocamente unos contra otros. Esta vinculación es lo que justifica

que, como excepción a la regla general, se ventilen en el mismo procedimiento, cuando la investigación este íntimamente relacionado de forma que existirán diligencias y pruebas que serán comunes y de ese modo se contribuirá a esclarecerlos.

La Ley 41/2015 de 5 de octubre, que dio una nueva redacción al art. 17 de la L.E.Crim. y dejó sin contenido el artículo 300, no modificó el art. 762. De modo que actualmente, las posibilidades procesales que existen son:

Regla general: Abrir una causa por cada delito. Cada delito conexo es investigado e enjuiciado separadamente en causas distintas. Art. 17.1 párrafo primero

Excepciones:

a) Instruir y enjuiciar en una única causa todos los delitos conexos. Requisitos: que la investigación y la prueba en conjunto resulte conveniente para su esclarecimiento; y que no suponga excesiva complejidad o dilación. Art.17.1 párrafo segundo

b) Instruir y enjuiciar en una única causa todos los delitos cometidos por la misma persona. Requisitos: que tengan analogía o relación entre si, que sean competencia del mismo órgano judicial, que lo solicite el Ministerio Fiscal, y que no suponga excesiva complejidad o dilación. Art. 17.3.

c) Instruir una causa y abrir piezas separadas para facilitar el enjuiciamiento. Requisitos: que se trate de un procedimiento abreviado; que existan elementos que permitan el enjuiciamiento de los delitos conexos o de los distintos autores con independencia; que sea conveniente para simplificar y activar el procedimiento. Art. 762.4.

En este caso nos encontramos con el tercero de estos supuestos. El Juez Central de Instrucción nº 5 en las diligencias previas 275/2008 ha procedido a la apertura de distintas piezas separadas para facilitar el enjuiciamiento, con base en el art. 672 de la L.E.Crim, dentro de un procedimiento abreviado. Existe una instrucción común de la que se han desgajado las piezas de los distintos delitos conexos para agilizar el proceso y facilitar la celebración de juicio. El Juez por tanto abrió una única causa y todas las piezas que se desgajaron corresponden a un procedimiento único las diligencias previas 275/2008. En este momento y en la vía que nos encontramos no cabe entrar a resolver si esa tramitación es la que procesalmente correspondía o si lo procedente hubiese sido otra solución, como un enjuiciamiento conjunto o la incoación de distintas causas para seguir instrucciones separadas desde el inicio. Los incidentes de recusación no son ni pueden ser la vía por la que se cuestione la unidad del procedimiento, ni la apertura de piezas. Pero es mas en este caso la Sección 4ª, en los autos, que alega la parte recusante, nº 331/2015 de 28 de julio de 2015 y 211/16 de 4 de abril de 2016, ya examinó por vía de recurso de apelación estas cuestiones y consideró que “las piezas abiertas en las diligencias previas nº 275/2008 no eran procedimientos autónomos, sino que nos encontramos ante un tronco común”...”se ha conformado un único proceso del que se han formado piezas separadas”.

En definitiva, en congruencia y como consecuencia de estas resoluciones del Juez Central de Instrucción, confirmadas ya en su día por esta Sala, es obligado mantener que nos encontramos ante un único procedimiento. Siendo un único procedimiento la decisión ya tomada por el Pleno sobre las recusaciones debe aplicarse también en cada una de las piezas desgajadas, sin que proceda entrar a examinar una a una si los motivos de recusación concurren o no. El que exista un solo procedimiento para los distintos delitos conexos supone que hay o puede haber una relación entre los hechos, una ligazón entre las personas, una vinculación entre las pruebas, una conexión de intereses o de voluntades. Todo ello hace que los efectos de la recusación, que ya se ha declarado de forma definitiva, se extiendan a las piezas que ahora nos ocupan”.

## **2º) Nuestra discrepancia respecto de la interpretación llevada a cabo por la mayoría.**

La mayoría viene a conformar su discurso jurídico en parámetros procesales, haciendo abstracción de las causas de fondo que deben concurrir en una pretensión como la que nos ocupa. Se concluye con un estudio de la figura de los delitos conexos, de su tramitación, desde la instrucción hasta el enjuiciamiento. En concreto se alcanza a colegir una interpretación del art. 17 LECrim., conforme redacción dada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, y del art. 762.6. El primero un precepto de carácter general, de aplicación al conjunto del proceso penal, el segundo específicamente al Procedimiento Abreviado.

La mayoría viene a entender que los delitos conexos conforman por así decirlo las ramas de un tronco común, sin perjuicio de que, en concretos supuestos, la parte prevea su enjuiciamiento autónomo (piezas separadas en términos del art. 762.6 LECrim). Esa consideración les lleva a concluir como lo acordado en una de las piezas, respecto a la recusación de algún magistrado, ha de extenderse al resto por entender que dimana de un “tronco común”. Con todo el respeto a la mayoría dicha conclusión se contradice con el tenor literal no ya del art. 762.6, sino del propio art. 17, ambos de la LECrim., este último de aplicación general. En aquél se viene a señalar como la formación de las piezas separadas exigirá, en su caso, la posibilidad de enjuiciamiento independiente. Enjuiciamiento independiente exige necesariamente su autonomía en cuanto a cualquier resolución que pueda dictarse, en cuanto a valoración de la prueba, no produciendo ni expresa, ni tácitamente el efecto de cosa juzgada sobre el resto de las piezas. Esta extensión de los efectos que realiza la mayoría, sin entrar al fondo de los motivos de recusación concretos al caso, viene a confirmar una suerte de eficacia de cosa juzgada, incluso para las piezas donde no se hubiera instado por las partes esa pretensión, únicas legitimadas para ello, interpretación contraria a la normas que regulan dicha institución, así como a la jurisprudencia que la soporta (SSTS de 28 de marzo de 2001; de 23 de noviembre de 2001; de 3 de junio de 2015; y de 16 de julio de 2015).

La exigencia de que los enjuiciamientos en piezas separadas dependa de que puedan materializarse de forma independiente determina la imposibilidad de

consumarse los efectos pretendidos, debiendo analizarse, en lo que ahora interesa, si concurren o no los motivos de recusación alegados.

Pretender extender las anteriores causas de recusación estimadas en anteriores resoluciones dictadas por la mayoría de la Sala, es contrario a los principios de seguridad jurídica, y de legalidad, así como a la interpretación restrictiva que de las causas de abstención y recusación llevan a cabo el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y que se limitaban a sustentar la misma en como el Partido Popular figuraba, en las piezas afectadas, bien como tercero a título lucrativo, bien como responsable civil subsidiario. La mayoría, siempre a mi entender, bajo un mero formalismo de carácter procesal con pretendidos efectos expansivos, ajenos a la regulación de los delitos conexos, se aparta de su propio parecer. Incluso de aceptar dicha interpretación, podría determinar una alteración en la conformación de Tribunales con los que las partes ya se habían manifestado conformes.

Cuestión distinta es que las recusaciones se hubieran formalizado y resuelto en la causa con carácter previo a la división en piezas que no es el supuesto que interesa.

Además, una interpretación extensiva de las causas de abstención y recusación como las que lleva a cabo la mayoría, nos llevaría a asumir sin más, la recusación en la totalidad de las piezas separadas dimanantes del presente procedimiento, incluso aquellas no formuladas, las planteadas fuera de plazo con la finalidad de preservar no sabe muy bien que unidad, ya que si bien siguiendo lo decidido por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa parte de un tronco común principal, se ha decidido su separación precisamente a efectos del enjuiciamiento, pero no sólo ello es así, sino que las partes son diferentes, ya que aquí ni está el Sr. Bárcenas, ni el Partido Popular que fueron al parecer la base por la que se estimaron las anteriores recusaciones, dada la relación de aquellos con los Magistrados recusados. Se trata de enjuiciamientos distintos, con partes procesales diversas, con medios de prueba diferentes, y con la formación de un Tribunal dispar en función de las normas de reparto internas de la Sección llamada a enjuiciar, y lógicamente recaerán sentencias diferentes, acerca de cuya autonomía respecto de las demás recaídas en otras piezas separadas, se pronunció la ya citada STS 277/2015, de 3 de junio. Sin entrar en cuestiones dogmáticas acerca de la conexidad, no debemos olvidar que aquella es el vínculo que presentan dos o más delitos que determina que, en virtud de las circunstancias subjetivas u objetivas previstas por la ley, puedan ser juzgados en la misma causa, siempre que resulte conveniente por razones materiales y procesales.

Para la parte recusante, como recoge la mayoría en su auto, no se trata de procedimientos autónomos, sino de un tronco común, por lo que las recusaciones ya estimadas tienen un efecto expansivo al conjunto del procedimiento, por ello solicita que se estime la recusación de ambos magistrados en todas las piezas dimanantes de las diligencias Previas 275/2008.

En absoluto, se puede compartir ese pretendido efecto expansivo contrario como decimos, a la interpretación restrictiva que de las causas de abstención y recusación lleva a cabo tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. 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, que ahora se pretende, 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). Así como nos dice 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.

Entiendo que, si la parte recusante pretendía una nueva recusación de estos Magistrados debió articularla así y hacer un nuevo esfuerzo de subsunción de los hechos en las causas legalmente previstas, y no pretender sobre la hipótesis de una cuestión formal, la existencia de una causa común de recusación ya estimadas que no es tal, a otras piezas. Ello conlleva una actuación de parte fraudulenta, con vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Por lo expuesto, siguiendo el mismo criterio de la mayoría, mantenido en resoluciones previas, al no ser parte en la presente pieza separada el Partido Popular, bien de tercero a título lucrativo, bien de responsable civil subsidiario, y no conjugándose relación alguna con otras partes, ni con el objeto de enjuiciamiento en la pieza que nos ocupa, atentatorio de la imparcialidad judicial, entiendo que la recusación de los magistrados D<sup>a</sup> Concepción Espejel Jorquera y D. Enrique López López, debía ser desestimada. Y ello, independientemente de lo ya expuesto en votos particulares pronunciados en otras piezas separadas.

### **3º) La ausencia de indefensión para las partes.**

La mayoría analizando la incidencia que esta extensión de efectos a otras piezas del mismo procedimiento, podría tener sobre las partes, en concreto la imposibilidad de articular cualquier tipo de adhesión o de plantear otros motivos

distintos de recusación, así como articular una oposición adecuada en su caso a la misma, concluye que ello, carece de cualquier efecto al tratarse de magistrados que ya han sido excluidos del tribunal y que la imposibilidad de oponerse no implica que se le haya causado indefensión, ni supone tampoco quiebra del derecho al juez predeterminado por la ley, cuando es un efecto de la resolución que se dicta en un incidente de recusación, dictada precisamente para garantizar la imparcialidad del juzgador. En cualquier caso aquí precisamente en este trámite se les ha dado la oportunidad de ser oídas, sin que ninguna de ellas hubiese hecho manifestación alguna.

Nada más lejos de la realidad, pues se le ha impedido a las partes, así como a los recusados, conocer cuáles son las causas concretas de recusación que se esgrimen en la presente causa, que debieron ser distintas de las anteriores al desaparecer aquí, partes procesales que en aquella determinaron no solo la formulación de la recusación, sino su estimación, impidiendo con ello, a los demás, el conocimiento concreto de los motivos que llevaron a la misma, así como la posibilidad de adherirse o de oponerse a la misma, al no existir una causa concreta de recusación basada en cuestiones procesales como las aquí articuladas, ni ser posible su incardinación analógica en la ya contempladas. ¿Dónde están aquí las “apariencias” si ha desaparecido de la presente pieza el nexo de unión que motivó su estimación en anteriores recusaciones, el Partido Popular?.

Nada tiene que ver esta situación con la aludida por la mayoría “que existiría caso de declararse en fase de instrucción la recusación del juez de instrucción, las partes, que posteriormente se constituyan en ese procedimiento, tampoco habrán tenido la posibilidad de ser oídas”, ya que las causas de recusación están sometidas a plazos perentorios (art. 223 LOPJ) y en el caso citado, debería interponerse en el plazo de diez días desde el conocimiento del Magistrado-Instructor, so pena de rechazo liminar de la misma (art. 223.1.1º LOPJ) con independencia de que se hayan personado o no otras partes, dada la irretroactividad de los actos procesales y la improrrogabilidad de sus plazos (art. 202 LECrim).

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 los Ilmos. Sres. Magistrados Doña Concepción Espejel Jorquera y D. Enrique López López, para formar parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento en la causa de la que dimana el presente Expediente, por ausencia manifiesta de causa de recusación alguna legalmente prevista.

Así lo firman los Magistrados que formulan este voto particular.

