



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

VOTO CONCURRENTE CON EL FORMULADO COMO VOTO PARTICULAR .-

Que formula el Magistrado D. Nicolás Poveda Peñas, con carácter concurrente respecto del voto particular formulado por los Magistrados D. Angel Hurtado Adrian, D. Juan Pablo Gonzalez Gonzalez respecto del auto emitido con fecha 29 de Enero de 2.016 en el expediente de recusación seguido con el num. 48/2015 respecto del Magistrado D. Enrique López López, haciendo mías todas las manifestaciones y conclusiones que contiene en cuanto a la fundamentación legal de la cuestión controvertida, añadiendo las consideraciones que realizo seguidamente:

PRIMERO.- En primer lugar he de manifestar mi total y absoluta conformidad con el voto particular emitido por los Magistrados Sres. Hurtado Adrian y Gonzalez Gonzalez de carácter particular en el expediente de referencia.

Se estima procedente, en primer lugar proceder al estudio y consideración de una circunstancia con relevancia jurídica que afecta a la normal comprensión de la cuestión planteada, con innegables efectos de naturaleza jurídica constitucional sobre la problemática que nos ocupa, y cuya concreción, en el inicio de la fundamentación de la presente resolución, es procedente.

Hemos de hacer referencia, obligada según mi criterio, no solo en aras del resultado del incidente presente, sino también en aras de la difusión de una legalidad, al parecer, no bien comprendida, y que según se ha manifestado en resoluciones anteriores de idéntico sentido, afecta al conocimiento que de esta problemática deriva de los medios de comunicación y afecta al conocimiento y voluntad ciudadana.

Es referencia obligada, según mi criterio, a cual es la normativa que regula la designación, elección y nombramiento de los vocales del



Consejo General del Poder Judicial, cuestión ésta íntimamente ligada a la solución del presente incidente.

Es importante examinar la evolución legislativa de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que regula en su ámbito los actos jurídicos indicados.

Hemos de comenzar con la evolución que esta cuestión ha tenido a lo largo de los años, para así ver cuál es la regulación de este aspecto constitucionalmente establecido, para este poder del Estado que conforma el Poder Judicial..

Tras la aprobación en refrendo de la Constitución Española de 1.978, en cuyo artº 122.3 se recoge el nombramiento de los miembros del Consejo General del Poder Judicial, entre los Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales.

Acorde con tal principio se procedió en la Ley Orgánica reguladora de este poder del Estado (Ley Orgánica 1/1980) al establecimiento del sistema de elección de los vocales, que recogía en sus arts. 7 a 15 la forma de llevarlo a cabo.

Se fijaba en 20 el número de vocales y el Presidente del Consejo, y como de entre tal número de vocales 12 lo eran entre jueces y magistrados de todas las categorías judiciales, (artº 7) los que eran elegidos por todos los jueces y magistrados que se encuentren en activo.

Se trataba por tanto de una elección y designación autárquica de jueces y magistrados por jueces y magistrados, siendo este sistema contestado de forma inmediata por los distintos colectivos jurídicos, que veían en dicho autarquismo una falta de legitimación democrática, ya que el Legislativo era elegido por los ciudadanos formando el Congreso y el Senado y el Ejecutivo por los diputados y senadores, gozando de una legitimación derivada de su elección por la ciudadanía mediante el sistema electoral.

Tal déficit democrático del nombramiento de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, como se ha dicho, fue firmemente contestado incluso por algunos de los propios jueces y magistrados y llevo a una nueva regulación que emana de la reforma producida en dicha Ley Orgánica mediante la publicación de la LOPJ 6/85.



El artº 112 de esta nueva normativa regula el procedimiento para la designación de los vocales del Consejo, estableciendo un protocolo de actuación, que da comienzo `por la denominada presentación, previa propuesta realizada por la Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados con más de un 2% de implantación en el servicio activo.

Se fija en 12 el número de vocales procedentes de la Carrera Judicial, pudiendo presentarse hasta un máximo del triple, es decir hasta el numero de 36 proporcionalmente conforme la norma establece, pudiendo ser afiliados o no a la asociación profesional.

De entre estos 36 presentados, se elegirán en primer lugar 6 vocales por el Pleno del Congreso de los Diputados y 6 vocales por el Senado de entre los 30 restantes.

Estos doce miembros de la Carrera Judicial serán propuestos al Rey por cada Cámara, por mayoría de tres quintos en cada Cámara.

El Rey procederá posteriormente al nombramiento de los mismos como miembros del Consejo del Poder Judicial con calidad de vocales.

Este sistema, viene siendo cumplimentado desde la entrada en vigor de dicha Ley Orgánica 6/1985 y mantenido en lo sustancial en las reformas operadas por la Ley Orgánica 2/2001 de 28 de Junio; por la modificación de la Ley Orgánica de 12 de Abril de 2.013 y actualizado en la última reforma de 29 de Junio de 2.013 operada por la L.O. 4/2013.

Entrando en el examen de la elección de los 6 vocales por cada Cámara, la norma citada establece como inexcusable que la elección sea refrendada por los tres quintos de los Diputados o Senadores miembros de cada una.

Esto nos lleva a unas consideraciones de evidente trascendencia en el caso que nos ocupa, las cuales son:

En primer lugar, que el sistema de designación, está regulado para que la misma se efectúe en el ámbito Parlamentario. Congreso y Senado al que solo se ha accedido a través del instrumento político de los partidos políticos recogido en nuestra Constitución, no habiendo otro sistema legal de acceso a la vocalía del Consejo, o se hace a través de los partidos políticos o no se ha podido obtener el mismo, por lo que no puede tacharse de ilegítima la designación por uno u otro partido. . .



En segundo lugar, teniendo en cuenta, que en ninguna de las legislaturas habidas desde la L.O.6/85 se ha producido el hecho de que un partido político tuviera a su disposición los tres quintos de miembros de las citadas Cámaras, es evidente que la designación al precisar tal porcentaje, no puede ser de otra manera que mediante pactos o acuerdos parlamentarios entre partidos.

La existencia de este acuerdo, necesario por imprescindible, lleva a que la propuesta inicial de un partido político se conforma finalmente como propuesta de varios partidos políticos, los que efectivamente por la mayoría de 3/5 concretan la propuesta al Rey.

Ello impone considerar lógicamente que sin acuerdo no hay propuesta ni en consecuencia nombramiento, lo que supone la aceptación de los designados por todos los partidos intervinientes en dicha mayoría.

No hay pues, vocales de partido, sino vocales del Congreso y vocales del Senado, propuestos inicialmente, pero designados por aceptación de todos los que forman la mayoría muy cualificada indicada.

Y esto es así, en cuanto a la necesidad del acuerdo, porque todos debemos recordar que el anterior Consejo, designado normativamente para cinco años, prolongo durante cerca de tres años su mandato por falta de acuerdo entre los partidos.

Se desprende de todo lo expuesto, fiel reflejo de la legalidad aplicable, que no puede hablarse en ningún caso de vocal designado por un partido concreto, ya que de los 36 iniciales los 6 elegidos lo serán por acuerdo de varios partidos, lo que nos lleva a establecer la improcedencia de hablar de vocal "de partido".

Siendo una de las causas de recusación, la derivada del hecho de haber sido propuesta por el Partido Popular para el cargo de vocal considero que tal hecho carece de relevancia en los términos solicitados precisamente por otra formación política que a lo largo de los años ha propuesto candidatos, unos nombrados por esta y las demás y otros no.

Que se haya cumplido la previsión legislativa no puede generar una causa de recusación como la que se ejercita, al haberse realizado su elección conforme a Derecho máxime con el consentimiento derivado del voto favorable de otros partidos distintos del Partido Popular..



SEGUNDO.- En segundo lugar he de hacer una mención, al hecho de que la resolución que estima la recusación, dicho sea en términos de máximo respeto a la mayoría, no cumple con el contenido del artº 14 de la C.E. en el sentido de que no observancia del principio fundamental de igualdad ante la ley.

La referencia a la falta de igualdad ante la Ley enlaza con la debida congruencia de las actuaciones de los Juzgados y Tribunales.

Se aplica al recusado la tesis de que, en su nombramiento como vocal del Consejo General del Poder Judicial la designación fue realizada a propuesta por Partido Popular, llegándose a la conclusión de que tal circunstancia, representa un indicio que menoscaba el principio de imparcialidad y de confianza en la Justicia.

Más en la mayoría que determina la procedencia de la recusación, concurre en uno de los Magistrados integrantes del Pleno que emite el auto admitiendo la recusación, la condición de haber sido elegido por designación y propuesta del partido político Izquierda Unida, concretamente el Magistrado Sr. Saez Valcarcel.

Al referido cargo accedió por propuesta de Izquierda Unida, de la misma forma que el Magistrado López López accede por propuesta del Partido Popular.

Si a mayor abundamiento tenemos el hecho de que el partido político Izquierda Unida, es parte recusante, presenta dicho magistrado una situación idéntica a la que afecta al Sr. López al ser el Partido Popular también parte en la causa.

Sin embargo, la mayoría, dicho esto en términos de máximo respeto a su decisión, es mi criterio que no responde ante iguales situaciones de la misma forma, ya que dicho Magistrado interviene sin cortapisa alguna en la formación de tal mayoría participando en el Pleno que define la recusación, sin mas protesta que la de quien suscribe el presente voto.



Entiendo, vuelvo a repetir, con los debidos respetos, que no se ha tenido en cuenta la aplicación de un derecho fundamental como es el de la igualdad ante la Ley que prescribe nuestra Constitución en la norma precitada.

Tal posicionamiento desigual estimo que afecta de la misma forma que en el caso del Magistrado Sr. López a la confianza en los Juzgados y Tribunales, ya que en la misma forma, ante situaciones idénticas, no se adoptan resoluciones de la misma forma, aunque las partes y los intervinientes sean los mismos.

Y si la mayoría contemplo que no existe tal afectación de la confianza en el caso del magistrado citado, en lógica constitucional es evidente que tampoco concurriría en el caso del recusado Magistrado Sr. López López.

TERCERO.- Estimo que no cabe considerar, como realiza la mayoría, dicho con los debidos respetos, que estamos ante una situación igual a la acaecida con ocasión de la recusación obrante en el expediente 45/15, pero esto no es así, y ello por dos razones a mi modo de ver fundamentales.

En el presente caso, ha sido dictada la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Otegui contra España a que hace referencia el voto particular que suscribo.

Tal Decisión establece de forma precisa los estándares de mínimos que precisa la recusación por causa de imparcialidad objetiva y la necesidad de la confianza pública en los Tribunales.

Tal marco legal, nuevo marco legal insisto, motiva una consideración jurídica distinta de la analizada con ocasión de las recusaciones anteriores.

Igualmente la presencia expresa como parte recusante en este incidente del partido político Izquierda Unida, que no lo estaba en la pieza



anterior, genera una acción de carácter distinto al de las piezas anteriores.

Es evidente que tal presencia condiciona de forma importante la identidad de partes en el proceso, lo que no puede ser obviado por la consideración de que se trata de la misma causa, de la que se han derivado diversas piezas, conexas con el fondo del asunto.

Si a ello unimos el hecho de que la posición del partido popular no es idéntica al ser en este caso responsable subsidiario, y en el anterior beneficiario a título lucrativo, es evidente que nos encontramos ante una situación que no puede ser amparada como resolución idéntica ante hechos idénticos, ni siquiera a los fines de no aparentar una discrepancia de criterio ante la opinión pública, lo que puede ser explicado de forma motivada y suficiente para general conocimiento.

Por todo ello considero, no concurre la indicada identidad con las recusaciones habidas en otras piezas de esta causa.

Es por ello por lo que de conformidad con la normativa y doctrina jurisprudencial citadas se establece por mi parte un criterio distinto en cuanto al contenido de la fundamentación del parecer mayoritario, y en este sentido, conllevando una solución contraria a la adoptada, ya que considero procedente la desestimación de la recusación, con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, emito este voto concurrente con el particular en Madrid, a 8 de Febrero de 2.016

Fdo: Nicolás Poveda Peñas.



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL-PLENO
INCIDENTE DE RECUSACIÓN 48/2015

Madrid, 8 de febrero de 2016

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

VOTO PARTICULAR

Que formula los Ilmos. Sres. Magistrados D. **Ángel Hurtado Adrián**, D. **Nicolás Poveda Peñas** y D. **Juan Pablo González González** al auto del Pleno de la Sala, nº 6/2016, de 4 de febrero de 2016.

Necesariamente hemos de discrepar del criterio de la mayoría, al margen de por las razones que expusimos en nuestro anterior voto particular, por cómo se ha enfocado el razonamiento de la presente resolución, que viene a asumir lo decidido en el anterior auto, de 3 de noviembre de 2015, recaído en Expediente Gubernativo 46/2015, sin más consideraciones, por entender que no ha habido circunstancia nueva alguna, que no permita resolver por remisión a lo que entonces se razonó.

No es este el parecer de quienes suscribimos el presente voto particular, que, por contra, entendíamos que la decisión de inadmisión parcial, dictada con fecha 3 de noviembre de 2015, por la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Arnaldo Otegi Mondragón contra España, en que se rechaza la recusación planteada contra el Presidente y uno de los Magistrados de nuestro Tribunal Constitucional, basada en la vulneración del derecho a un tribunal imparcial, suponía una novedad, que, al menos, en un sentido o en otro, debería haberse valorado.

De las dos recusaciones, nos detendremos en la formulada contra el Magistrado, de quien se cuestionaba su imparcialidad como consecuencia de que, con anterioridad a ser nombrado Magistrado del Tribunal Constitucional, había actuado como Fiscal Jefe del Tribunal Supremo, donde se siguió el procedimiento de ilegalización del partido político SORTU, en el que solicitó dicha ilegalización, y al que pertenecía alguno de los acusados y condenados por pertenencia a organización terrorista en la causa penal sobre la que luego se pronunciaría el Tribunal Constitucional.

De la fundamentación en Derecho de la citada resolución, reproducimos los apartados 33, 34 y 35.



"33. Respecto al análisis objetivo, el Tribunal indica que los demandantes solicitaron la remoción del magistrado en cuestión. Interpretaron que la situación requería la recusación en el sentido del artículo 219.13º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que este magistrado había ocupado cargo público con participación directa o indirecta en el asunto objeto del pleito. El Tribunal indica que el Tribunal Constitucional comprobó que los hechos tratados en la recusación eran completamente diferentes (es decir, la ilegalización de un partido político -SORTU- a causa de sus similitudes con otros partidos declarados ilegales anteriormente) de los hechos debatidos en este recurso de amparo (es decir, la supuesta vulneración de los derechos fundamentales de los demandantes en el marco de un proceso penal interpuesto contra ellos por pertenencia a organización terrorista). A ello el Tribunal desearía añadir igualmente que, a pesar de que el proceso se refiere a los demandantes y que también implica cuestiones relativas, en líneas generales, al terrorismo, no existe vinculación entre los hechos imputados o las cuestiones tratadas en el asunto anterior y el actual.

34. El Tribunal indica que el mero hecho de que este magistrado ya hubiera participado en la recusación referente a un partido político al que pertenecían los demandantes, no justifica objetivamente cualquier temor como la falta de imparcialidad por parte de este magistrado (ver *mutatis mutandis*, *Diennet c. Francia*, 26 de septiembre de 1995, § 38, Serie A nº 325-A; *Ringeisen c. Austria*, 16 de julio de 1971, § 97, Serie A nº 13; *Thomann*, anteriormente citado, § 63, y *Faugel c. Austria (dec.)*, nº 58647/00 y 58649/00, 24 de octubre de 2002).

35. Se deduce que esta queja debe ser rechazada por estar manifiestamente mal fundada, con arreglo al art. 35. 3 y 35.4 del Convenio".

Con la anterior transcripción, lo que queremos poner de manifiesto es que, si a pesar de los antecedentes que concurrían en este Magistrado cuando tiene que fallar en relación con una condena penal, se dice por el Tribunal Europeo que su alegada falta de imparcialidad ha de ser rechazada por estar manifiestamente mal fundada, y lo hace tras descartar la alegada causa de recusación contemplada como 13ª del art. 219 LOPJ, por entender que no existe vinculación entre el anterior asunto en que intervino como Fiscal Jefe, y en el que posteriormente intervino como Magistrado del Tribunal Constitucional, no entendemos que se haya prescindido de valorar esta decisión, si tenemos en consideración que la referida causa de recusación del art. 219.13ª no deja de ser una manifestación más concreta de la más genérica causa de recusación del art. 219.10ª ("tener



interés directo o indirecto en el pleito o causa”), que ha sido la que se ha aplicado aquí para que prospere la recusación.

La anterior línea argumental consideramos que se encuentra en sintonía con la que mantuvimos en nuestro anterior voto particular, siendo una razón más por la que estimamos que la presente recusación no debería haber prosperado.

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA