

<<DEFENSA D. LUIS BARCENAS GUTIERREZ>>

A LA SALA

D. FERNANDO LOZANO MORENO, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de **D. LUIS BARCENAS GUTIERREZ**, según tengo debidamente acreditado en los autos referenciados al margen, ante el Juzgado me dirijo y como mejor proceda en Derecho **D I G O**:

Que por parte de la Sección Segunda de esta Audiencia Nacional se notificó el 5 de diciembre Providencia por la que "*visto el estado de las presentes actuaciones y de conformidad con las normas de reparto de composición y asignación de ponencias de este órgano judicial, aprobadas por la Sala de Gobierno en los puntos 2º y 3º en la sesión celebrada el 20 de noviembre de 2017, procede nombrar nuevo Tribunal en la presente causa, formado por los Sres. Dª. Mª José Rodríguez Duplá, presidenta, D. José Ricardo de Prada Solaesa y D. Juan Pablo González González, ponente.*

A los efectos de dar impulso procesal a la presente causa, pase al Ponente para la admisión de prueba."

Por medio del presente escrito se formula **INCIDENTE DE RECUSACIÓN** contra el Ilmo. Magistrado **D. José Ricardo de Prada Solaesa**, al amparo de lo dispuesto en el art. 217 y siguientes de la LOPJ, conforme a las siguientes

ALEGACIONES

Primera.- Doctrina del tribunal Supremo y Tribunal Constitucional sobre la causa de recusación objetiva.

Decía el Tribunal Supremo en su Auto de fecha 20-6-2011, que "La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) recoge en su art. 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 arts. 117 y sgs de la Constitución EDL 1978/3879 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 art. 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 art. 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 tienen 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 solo es reconocida en el art. 24.2 de nuestra Constitución EDL 1978/3879 sino igualmente en el art. 6.1 del Convenio europeo de derechos humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), cuando dispone en su art. 6.1 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 art. 119 LOPJ EDL 1985/8754 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 primeras se halla la señalada con el num. 10 en la LOPJ EDL 1985/8754 la primera de las formuladas por el recusante y con el num. 11 la segunda - "haber participado en la instrucción de la causa penal...".

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 en su sentencia 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."

Se hablaba en aquella resolución de la recusación objetiva como aquella 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, siendo la citada causa de recusación la que hacemos valer en el presente escrito.

Segunda.- Causa de recusación objetiva del art. 219.11 LOPJ.

Se plantea recusación frente al Ilmo. Magistrado Sr. de Prada Solaesa en base a la causa prevista en el **art. 219.11 LOPJ**. La recusación reside de forma esencial en la lesión de la apariencia de imparcialidad que se exige de todo Magistrado, que, frente a la fase de Juicio Oral ha de concurrir sin la existencia de prejuicios derivados de un contacto previo con la causa a enjuiciar.

Es cierto que la presente causa se erige como una pieza separada de una anterior y más amplia causa que tramitada como única inicialmente en instrucción dio lugar a su fraccionamiento en distintas piezas que se consideraron independientes.

Inicialmente se preveía la composición de la Sala de enjuiciamiento con la misma composición que la que ha venido conociendo del juicio oral ya concluido en otra de las piezas separadas conocida como Época I.

La nueva composición provoca la paradoja de que de la composición inicial uno de los tres magistrados que conforman la nueva sala ha tenido a su alcance y conocimiento gran parte de la prueba que se ha de practicar en la siguiente pieza, siendo así que la posición del letrado recusado Ilmo. Sr. De Prada se advierte de forma objetiva como preferente, y claramente distinta frente a los dos nuevos magistrados que carecen de todo contacto previo con la causa.

Quiere ello decir que en los distintos debates que puedan tener lugar con ocasión de eventuales nulidades, así como en relación con la esencial función de valoración libre de la prueba, el Magistrado recusado se verá afectado en su ánimo y posición ante la prueba por lo que ya ha escuchado, visto y valorado en el procedimiento anterior, lo que a nuestro juicio lesionaría el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

La presente recusación se presenta con el máximo respeto hacia el Ilmo. Magistrado Sr. De Prada y en atención precisamente a la apariencia de imparcialidad y fundamentalmente al condicionamiento lógico, humano que puede existir en su esencial misión de valorar la prueba en igualdad de condiciones que el resto de los Magistrados que componen la Sala.

Segunda.- La doctrina Jurisprudencial viene señalando cómo la imparcialidad que exige el art. 24.2 CE no es sólo subjetiva, sino también objetiva, entendida esta como la imparcialidad que queda asegurada cuando el Juez se acerca a la Ratio Decidendi sin haber tenido relación previa, relevante o de cierta intensidad con las informaciones o materiales que después pudieran constituir elementos de prueba sobre los que debe formar su convicción.

A este respecto debemos recordar y traer de forma textual lo manifestado por el Pleno de la Sala de lo Penal en Auto de 3 de octubre de 2016, precisamente en la resolución que daba respuesta a la recusación planteada contra el mismo Magistrado ahora recusado por una de las partes del procedimiento Epoca I, anteriormente referido.

Así señaló el Pleno en el Fundamento Jurídico Segundo:

SEGUNDO.- La falta de imparcialidad en la jurisprudencia del TEDH, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo.

La imparcialidad que exige el artículo 24.2 CE, es cierto, no es sólo la “subjetiva” del Juez o Magistrado, la cual se presume siempre, sino sobre todo la “objetiva” 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, lo que acontece cuando el Juez ha podido tener antes y fuera del ámbito estricto de enjuiciamiento, un contacto relevante o de cierta intensidad con informaciones o materiales que después pudieran ser de prueba. Un contacto anterior y previo con el asunto del sujeto llamado a resolver, puede deteriorar la confianza de los ciudadanos respecto de la actuación judicial en el caso concreto, ya que incluso en ese aspecto las apariencias pueden tener importancia, ya que de ellas depende la confianza que los tribunales, en una sociedad democrática, deben inspirar a los justiciables y, en especial, a los procesados (STEDH de 26 de octubre de 1984. Caso De Cubber contra Bélgica).

Aunque las apariencias son importantes, las dudas sobre la imparcialidad para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones sino que requieren una justificación objetiva. La cuestión, como indica la STC 38/2003, de 27 de febrero, es ni más ni menos que el juzgador sea y parezca neutral en dos aspectos: no asumir procesalmente funciones de parte y no realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra.

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”.

A pesar de la importancia que el Tribunal Constitucional otorga a las apariencias, ello 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 permitan 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).

La STC 36/2008, de 25 de febrero, nos dice: “la imparcialidad judicial forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas, por cuanto condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 38/2003, de 27 de febrero, 39/2004, de 22 de marzo; 156/2007, de 2 de julio). 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 pueda suscitar un interés previo en favorecerlas o perjudicarlas, convive su vertiente objetiva, que es la ahora discutida, que se dirige a garantizar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo derivados de una relación o contacto previos con el objeto del proceso”.

En relación a lo anterior ha de advertirse cómo el Magistrado ahora recusado, a diferencia de los dos nuevos Magistrados, acude a la causa con el conocimiento previo de cuanto se ha practicado, siendo obvio que en fase de elaboración de sentencia,, ya ha formado opinión sobre el resultado de la prueba practicada.

La cuestión no es baladí, e insistimos, la posición preferente, y mucho más avanzada en el prejuicio sobre lo que será la convicción del resultado de la prueba a celebrar en el Juicio Oral de la presente causa, se advierte clara cuando de forma previa el Magistrado recusado, a diferencia de los dos nuevos Magistrados que conforman la Sala:

- Ha participado en más de 100 sesiones de juicio en la que se han tenido que resolver cuestiones incidentales, relativas a la vulneración de derechos fundamentales, a la admisión de determinados medios de Prueba...

- Ha analizado material que va a ser objeto de valoración en el juicio y que en la presente causa ha sido considerado probado por las acusaciones (un ejemplo claro que se repitió en el informe final del Ministerio Público es que se consideraba acreditada la veracidad de los denominados Papeles de Bárcenas). Quede o no acreditado este extremo, lo cierto es que las mismas acusaciones públicas, particular (abogado del Estado), y gran parte de las Populares, han solicitado la práctica de la misma prueba, reiterando la petición de testigos a los que ya se les ha preguntado de forma adelantada por hechos y materiales que forman parte de la prueba se ha solicitado en la presente causa. Ello pese a las reiteradas quejas que esta defensa planteó en el Juicio Oral de la Pieza Época I y en la que se advirtió a la Sala que se estaban prejuzgando hechos que debían ser objeto de análisis en la causa que ahora nos ocupa.

En resumidas cuentas la nueva composición de la Sala provoca un desnivel en la posición de los tres Magistrados que la componen derivado del conocimiento previo con el que el Magistrado recusado se acerca a la valoración de la prueba que ha de practicarse, entendiéndose esta parte que queda lesionado el derecho a un proceso con todas las garantías ante la lesión de la apariencia de imparcialidad.

Por lo dicho,

SUPLICO A LA SALA: Que habiendo presentado este escrito se digne admitirlo, teniendo por formulado incidente de recusación contra el Ilmo. Magistrado D. Ricardo de Prada Solaesa en base a la causa de recusación prevista en el art. 219.11 LOPJ, y tras los trámites legales oportunos, se dicte resolución dando lugar a la recusación formulada contra el referido Magistrado, acordando su sustitución conforme establezcan las normas de reparto.

Es justicia que intereso en Madrid a 22 de diciembre de 2017.

Fdo. Joaquin Ruiz de Infante Abella

Fdo. Fernando Lozano Moreno

Fdo. Luis Bárcenas Gutiérrez

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Bárcenas', with a large, sweeping flourish at the end.