

## A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

**EL FISCAL**, en el incidente de recusación promovido por las representaciones procesales de ORIOL JUNQUERAS y RAUL ROMEVA y JORDI SÁNCHEZ PICANYOL, JORDI TURULL NEGRE Y JOSEP TULL ANDREU frente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez, - Presidente de la Sala Segunda del TS - evacuando el trámite conferido conforme al art. 223 de la LOPJ, interesa la inadmisión *a limine*, y en su caso, la desestimación de la recusación planteada en base a las siguientes consideraciones:

I.- El escrito que promueve el incidente de recusación es extremadamente parco en argumentos. Se limita a indicar que concurre el supuesto de recusación previsto en el apartado 10 del artículo 219 LOPJ, concretado en la existencia de “un interés directo o indirecto en la causa” del Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Marchena Gómez – Presidente de la Sala II del Tribunal Supremo- por su supuesta “vinculación con el partido político del PP que reclama severas penas contra los recusantes”. Coligen tal dependencia del contenido de un mensaje de whatsapp enviado por el senador D. Ignacio Cosidó Gutiérrez acerca de un acuerdo previo para la renovación del CGPJ entre el PSOE y el PP. Sin ningún dato objetivo sobre la conducta o disposición del Magistrado que permita fundar alguna sospecha, la presente recusación descansa en la presunción de su vinculación con un partido político, completamente ajeno a la causa.

II.- El artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.1, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 10. La doctrina del Tribunal Constitucional, después de algunas sentencias que lo situaban en el marco del derecho al juez legal, ha establecido que el derecho a un Juez imparcial forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución. Aunque la imparcialidad también venga asegurada en otro aspecto por las normas que regulan el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, en cuanto que impide la designación de jueces ad hoc.

Es claro que la primera de todas las garantías del proceso es la imparcialidad del juzgador. Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio respecto de la culpabilidad del acusado, bien sea derivado de su contacto con el objeto del proceso con anterioridad al juicio, o bien de su relación con las partes.

El TEDH, en la sentencia del caso *Piersack c. Bélgica*, de 1 de octubre de 1982, distinguió ya 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. El Tribunal aunque ha reconocido las dificultades para apreciar la falta de imparcialidad subjetiva, y después de



afirmar que la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (STEDH de 24 de mayo de 1989 en el 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 (SSTEDH caso *De Cubber*, ya citado y de 6 enero 2010 en el caso *Vera Fernández-Huidobro contra España*).

El Tribunal Constitucional, aunque ha aceptado la distinción la ha dotado de un contenido diferente diferenciando entre imparcialidad subjetiva, que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones con las partes que puedan dar lugar a un previo posicionamiento sobre la cuestión y la imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo (por todas, SSTC 47/1982, de 12 de julio, F. 3; 157/1993, de 6 de mayo, F. 2; 47/1998, de 2 de marzo, F. 4; 11/2000, de 17 de enero, F. 4; y 52/2001, de 26 de febrero, F. 3; 154/2001, de 2 de julio, F. 3, y 155/2002, de 22 de julio, F. 2).

En cualquier caso, no se trata de primar los deseos o preferencias del justiciable respecto a la composición personal del órgano de enjuiciamiento, ni tampoco de atender sus dudas basadas en meras apreciaciones o impresiones personales, sino que para que pueda afirmarse que un Tribunal puede no ser imparcial es preciso que las dudas sobre la imparcialidad estén objetivamente justificadas. Aunque las apariencias son importantes, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática



deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso (STEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso *De Cuber*, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt*), las dudas sobre la imparcialidad, para ser atendidas, no pueden basarse en meras impresiones, sino que requieren una justificación objetiva. El Juez ha de ser, y ha de aparecer, como alguien que no tenga respecto a la cuestión concreta sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna idea preconcebida ni ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad.

El TEDH se ha referido al punto de vista del acusado respecto de la imparcialidad del Tribunal, para decir que, aunque su visión de la cuestión es importante, no es sin embargo decisiva. Mayor importancia ha concedido al hecho de que sus sospechas puedan valorarse como objetivamente justificadas. (Entre otras en la STEDH de 25 septiembre 2001, caso *Kizilöz contra Turquía*; en la STEDH de 25 julio 2002 caso *Perote Pellón contra España*, y en la STEDH de 17 de junio de 2003, caso *Pescador Valero c. España*).

La misma línea ha seguido el Tribunal Constitucional, que en la STC 69/2001, de 17 de marzo, con cita de otras muchas resoluciones, recordaba que

*“para que, en garantía de la imparcialidad, 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”.*

Como señala en la STC 60/2008, entre otras,

*“la imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede 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 su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero, FJ 2). Ahora bien, según la misma doctrina, aun cuando es cierto que en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que en una sociedad democrática los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos, no basta con que tales 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 69/2001, de 17 de marzo, FFJJ 14 y 16; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4). Por ello la imparcialidad del Juez ha de presumirse y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas (SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5)...”.*

III.- Es paradigmática en materia de imparcialidad subjetiva la STC 162/1999, de 27 de septiembre de 1999. En ella se recuerda que



*“la separación y alejamiento de las partes en litigio y sus intereses permite al Juez "situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia" (SSTC 54/1985, fundamento jurídico 6.o, y 225/1988, fundamento jurídico 1.o). Esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser "Juez y parte" ni "Juez de la propia causa", puede resumirse en dos reglas: según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede 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 (Sentencias del T.E.D.H. de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros). El método de apreciación de estas exigencias empleado por el T.E.D.H., cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas -subjetiva y objetiva-, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del T.E.D.H. dictadas en los casos Piersack (47 30) y De Cubber (47 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva 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 esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas.** La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, 47 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”.*

*Conforme a la doctrina constitucional y la jurisprudencia del TEDH, la imparcialidad de todo órgano jurisdiccional es una de las garantías básicas del derecho a un proceso con todas las garantías o*



*debido proceso (art. 24.2 CE), e incluso puede decirse que constituye la primera de ellas (SSTC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; y ATC 51/2011, de 5 de mayo, FJ 2).*

*Igualmente, y como señala la STC 133/2014, de 22 de julio, FJ 3, la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial*

IV.- Nos interesa ahora especialmente la imparcialidad subjetiva en la doctrina paneuropea del TEDH. A estos efectos, resulta ilustrativa la STEDH de 15 de octubre de 2009, *caso Micallef contra Malta*, referente utilizado ya en nuestra doctrina constitucional (entre otras, STC 133/2014) en la cual el Tribunal Europeo, entre otras cosas, afirma que:

1º) “§ 93. La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad (ver, inter alia, Fey contra Austria, 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27, 28 y 30, y Wettstein contra Suiza, núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII).

2º) “§ 94. **En lo que se refiere a la valoración subjetiva, el principio de que debe presumirse que un tribunal está libre de prejuicios personales o parcialidad lleva largo tiempo establecido en**



**la jurisprudencia del Tribunal** (ver, por ejemplo, Kyprianou contra Chipre [GS], núm. 73797/01, ap. 119, TEDH 2005). **El Tribunal sostiene que la imparcialidad personal de un juez debe ser presumida hasta que haya pruebas de lo contrario** (ver Wettstein, citado arriba, ap. 43). **En lo que se refiere al tipo de prueba requerida, el Tribunal busca, por ejemplo, asegurar si un juez ha demostrado hostilidad o mala voluntad por motivos personales** (ver De Cubber contra Bélgica, 26 de octubre de 1984, Series A núm. 86, ap. 25).”

3º “§ 95. En la amplia mayoría de los casos que despiertan el asunto de la imparcialidad el Tribunal se ha centrado en la valoración objetiva. Sin embargo, no hay una división hermética entre la imparcialidad subjetiva y objetiva puesto que la conducta de un juez puede no sólo provocar dudas objetivas por su imparcialidad desde el punto de vista de un observador externo (valoración objetiva) sino que también puede tratarse del tema de sus convicciones personales (valoración subjetiva) (ver Kyprianou, citado arriba, ap. 119). Así, en algunos casos donde pueda ser difícil tener la evidencia con la que recusar la presunción de imparcialidad subjetiva de un juez, el requisito de la imparcialidad objetiva proporciona una garantía más importante (ver Pullar contra el Reino Unido, 10 de junio de 1996, Informes 1996-III, ap. 32).”

4º “§ 96. En lo que se refiere a la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. Esto implica que, al decidir si en un caso dado hay una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un juez en particular o de una persona de una jurisdicción colegiada, el punto de vista de la persona concernida es importante pero no decisivo. **El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados** (ver Wettstein, citado arriba, ap. 44, y Ferrantelli y Santangelo contra Italia, 7 de agosto de 1996, Informes 1996-III, ap. 58).

5º “§ 99. Además, para que el Tribunal pueda inspirar públicamente la confianza indispensable, también se deben tener en cuenta cuestiones de organización interna (ver Piersack, citado arriba, ap. 30 (d)). La existencia de procedimientos nacionales para asegurar la imparcialidad, principalmente normas que regulan la recusación de jueces, es un factor relevante. Tales normas manifiestan la preocupación del legislador nacional de apartar cualquier duda razonable sobre la





imparcialidad de un juez o tribunal y constituyen un intento de garantizar la imparcialidad al eliminar las causas de esas preocupaciones. Además de garantizar la ausencia de preferencias reales, su objetivo es eliminar cualquier apariencia de parcialidad y así fortalecer la confianza que los tribunales en una sociedad democrática deben inspirar en el público (ver Mežnarić citado arriba, ap. 27). El Tribunal tomará esas normas en cuenta cuando haga su propia valoración sobre si un tribunal es imparcial y, en particular, si los temores del demandante pueden pasar por objetivamente justificados (ver, mutatis mutandis, Pescador Valero contra España, núm. 62435/00, ap. 24-29, TEDH 2003-VII).”

De acuerdo con esa doctrina, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado, en relación con la vertiente subjetiva, que en la medida en que esta garantía constitucional se encuentra dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio;

*“esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede 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 su favor o en contra” (STC 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3).*

Esta doctrina ha sido aplicada con reiteración por el Tribunal Constitucional (entre otras SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; 47/2011, de 12 de abril, FJ 9; 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 3; y 133/2014, de 22 de julio, FJ 3), señalando que habrá de analizarse cada caso a la luz de sus concretas características y bajo los

presupuestos de que en principio la imparcialidad del Juez ha de presumirse y los datos que pueda objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser probados, por una parte, y de que, por razones obvias de estricta y peculiar vinculación del Juez a la ley, tal imparcialidad es especialmente exigible en el ámbito penal (SSTC 240/2005, de 10 de octubre, FJ 3; 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3; y 156/2007, de 2 de julio, FJ 6).

Bajo estas mismas premisas, la doctrina de esta Excma. Sala ha encuadrado el derecho al juez imparcial en el marco del derecho a un juicio con todas las garantías y examina la cuestión a través de las causas de abstención y recusación, reguladas en la LOPJ, partiendo de que el análisis de su concurrencia o ausencia debe realizarse en estricta referencia a los supuestos **taxativamente** enumerados en el texto legal (SSTS de 22 de abril de 1983, 28 de febrero de 1984, 29 de abril de 1985, 21 de octubre de 1986, 15 de junio de 1987, 24 de junio de 1988, 8 y 12 de febrero y 14 de junio de 1991, 14 de mayo y 11 de noviembre de 1992; y de la Sala 3ª de 2 de febrero de 1990 y 13 de julio de 1991). Este entendimiento se apoya en evidentes razones de seguridad jurídica y en la necesidad de evitar descalificaciones o juicios de valor infundados sobre los órganos judiciales; y sobre todo, en la necesidad de evitar maniobras abusivas y dilatorias de las partes, o la posibilidad de que sean éstas y no la predeterminación legal, quienes articulen la composición de los Tribunales. Consecuencia de todo ello, es la asunción de una interpretación restrictiva de las causas de abstención y recusación (SSTS de 28 de febrero de 1984 y 24 de junio de 1988; y de la Sala 1ª de 5 de febrero de 1991, 259/2015, de 30 de abril y 187/2017, de 22 de marzo). Esta restricción interpretativa se hace más patente cuando se trata de la concurrencia o ausencia de imparcialidad subjetiva basada, como en este caso, en las razones personales de amistad manifiesta o interés directo en la causa.

Así pues, el punto de partida es la presunción de la imparcialidad subjetiva del magistrado, que sólo se destruye por prueba en contrario (STC 136/99 de 20 de julio, dictada en el *caso HB*) sobre la causa legal de recusación que, tal como indica la STC 60/2008, de 26 de mayo, no admite interpretación analógica.

El rechazo de una aplicación analógica de las causas de recusación de amistad íntima o enemistad manifiesta (art. 219 LOPJ), ciertamente no ha impedido la aplicación de la norma a una situación idéntica, tanto desde el punto de vista fáctico como de la *ratio legis*, pero no regulada, como es la referencia de amistad íntima con la esposa del Juez de Instrucción, caso analizado en la STS 494/2005, de 19 de abril, porque lo excluido es exclusivamente la analogía *contra o extra legem*.

Pero "**interés directo o indirecto**" en el asunto, señala el Pleno del Tribunal Constitucional en su Auto nº 269/2014, de 4 de noviembre, "*debe ir referido, además, a la relación previa del Magistrado con el objeto del proceso (ATC 180/2013, de 17 de septiembre) y ha de entenderse que concurre cuando el pleito proporciona al Magistrado una ventaja o beneficio o le evita una carga o perjuicio, para sí o para sus allegados*" y, como continúa advirtiendo el Tribunal Constitucional, "*ha de tratarse, asimismo, de un interés singularizado en relación con el concreto proceso en que se plantee la recusación (ATC 26/2007, de 5 de febrero, FJ 7) y un interés actual, esto es, concurrente en el momento en que se promueve el apartamiento del Magistrado mediante su recusación*".



Pero, como se ha dicho más arriba, no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero, FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo, FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril, FJ 9).

V.- Aplicando al presente caso la anterior doctrina, el FISCAL entiende que existen sobradas razones para la inadmisión *a limine* del incidente de recusación:

1.- Como en todas las ocasiones en que se alegan sospechas de parcialidad apoyadas en circunstancias posteriores en el tiempo a la concreción de la abstracta predeterminación legal del Juez, 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 eliminen el riesgo de utilización fraudulenta o interesada de este mecanismo de garantía para seleccionar o separar a un Juez del conocimiento de la causa, tomando como base la preferencia o rechazo del justiciable hacia sus cualidades personales.

Aquí, la sospecha de parcialidad que se invoca no solamente está apoyada en circunstancias posteriores a la abstracta predeterminación del Magistrado, sino que fuera de toda acreditación real que las evidencie como



ciertas, constituyen puras y gratuitas especulaciones de un tercero que realiza un juicio de inferencia sobre el eventual comportamiento personal de quien con sus propios actos ha dejado patente no sólo su propia y personal independencia intelectual, sino su defensa de la independencia judicial en general.

En efecto, para que, en garantía de la imparcialidad, **un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un concreto 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** (porque está o ha estado en posición de parte realizando las funciones que a éstas corresponden, o porque ha exteriorizado anticipadamente una toma de partido a favor o en contra del acusado), 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 ejemplo, las previas ideas racistas, SSTEDH 23 de abril de 1996, *caso Remli*, y de 25 de febrero de 1997, *caso Gregory*).

La denuncia de parcialidad del Excmo. Sr. Marchena es inasumible en tanto no viene referida a ninguna acción, expresión o pronunciamiento del mismo en el ámbito público de sus funciones, ni en privado de su vida personal, que le aleje de la absoluta imparcialidad y ajenidad respecto del objeto del proceso y las personas que en el mismo están afectadas o de algún modo intervienen.

El mero procedimiento utilizado para expresar vinculación del juez con determinada ideología es constitucionalmente ilegítimo: más allá de especular al margen del cauce procesal y sus reglas, se obvió el debate reglado y la



debida contradicción a sus argumentos, poniendo así en peligro – sin fundamento objetivo - la confianza de los ciudadanos hacia sus Tribunales. No puede hacerse depender del albur de un tercero que expresa o da publicidad a su propia opinión y expectativas individuales que constituyen no un hecho sino un juicio de inferencia, la facultad de sustituir *ad libitum* la composición de un Tribunal. Esto no solo equivaldría a la posibilidad de castigar al juez por el juicio de valor gratuito y frívolo de alguien interesado en la recusación, sino la posibilidad de configurar a capricho la composición del Tribunal.

En efecto, de este concreto planteamiento de "contaminación por interés" (ATC 224/2001, de 18 de julio, FJ 1) se desprende que el sustento de la recusación es un supuesto de hetero responsabilidad o responsabilidad por un hecho ajeno, puesto que no estamos ante manifestaciones públicas procedentes del juez recusado, sino de mensajes emitidos por “personas no identificadas” que han sido reenviados por el Sr. Cosidó a diversos senadores de su partido político. Al margen de cualquier valoración sobre su contenido y sobre si reflejan o no lo que ya se hallaba en la intención de los recusantes, dichos mensajes no pueden considerarse como elemento acreditativo del interés del referido Magistrado en un resultado concreto del proceso.

En resumen, no es posible racionalmente atribuir al Magistrado Sr. Marchena, de forma especulativa –y sin un mínimo de seriedad- concretas ideas políticas o afinidades ideológicas que él mismo nunca ha expresado con dichos o hechos, y mucho menos en su quehacer judicial.

2.- Pero semejante atribución, tampoco sería legítima desde la perspectiva constitucional. Los AATC 195/1983 y 358/1983, y la STC



162/1999 de 27 de septiembre declararon ilegítimas las sospechas de falta de imparcialidad por razones ideológicas. Esto es, en relación con las ideas, (en el hipotético supuesto de que fuera cierta la afección ideológica con un partido político que no es parte en el proceso y carece de cualquier interés distinto de la realización de la justicia), las citadas resoluciones insisten en la idea de que el interés directo o indirecto de la recusación no puede fundarse en la libertad ideológica. *"En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad, como se desprende de los números 1 y 2 del art. 16 de la propia C.E. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el art. 14 C.E., puede ser discriminado en razón de sus opiniones". Por ello, continuábamos, "Hallándose pues sustraída la ideología al control de los poderes públicos y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación, por parte de un Tribunal, del interés directo o indirecto que el art. 54.9 LECR conceptúa como causa de recusación".*

El ATC 238/2008 ha excluido entre las causas de recusación, como indicador verosímil de amistad o enemistad, los meros sentimientos de inclinación o de rechazo deducidos del hecho de la pertenencia a asociaciones, corporaciones o grupos sociales, así como en relación a la asunción de creencias religiosas e ideologías de signo diverso, mientras no se hayan traducido en actos individualizados. Faltando el carácter personalísimo,

*"el problema se reconduce a la existencia o no de una 'amistad o enemistad ideológica' a la que no cabe otorgar relevancia a efectos de recusación", pues, como ya ha proclamado la doctrina constitucional, "en el sistema de valores instaurado por la*



*Constitución, la ideología se halla sustraída al control de los poderes públicos, prohibiéndose toda suerte de discriminación en base a la misma. Nadie puede, pues, ser descalificado como Juez en razón de sus ideas y, por tanto, no resultaría constitucionalmente posible remover a los Magistrados recusados, aun cuando fuesen ciertas las actitudes que se les atribuyen’ (ATC 358/1983, de 20 de julio, FJ 2)”.*

La STC antes citada, 162/1999, el derecho a un proceso con todas las garantías se estimó vulnerado, no por conjeturas de terceros, sino por las manifestaciones del propio juez que agravió verbalmente al acusado antes de la celebración del juicio, dado que

*“la global descalificación del acusado, expresada pocos días antes de su enjuiciamiento, no situó al Tribunal en las mejores condiciones para garantizar que su veredicto final gozara de la confianza del público y, mucho menos, de la del acusado. La queja del recurrente se funda en una sospecha objetivamente justificada. Por ello, en protección de tal confianza y del derecho del acusado a gozar de un juicio justo”.*

Por el contrario, la STS de 22 de abril de 1999 (4123) declara improcedente la recusación de un Magistrado por el mero hecho de haber pertenecido a un Gobierno.

En resumen, en el supuesto de que cupiera razonablemente conocer y atribuir afinidad ideológica a cualquier partido político, no sería ello suficiente para descartar la imparcialidad subjetiva, al estar el referido Magistrado amparado como cualquier ciudadano por la libertad ideológica y de pensamiento que garantiza la CE. La afinidad ideológica no equivale por supuesto a la amistad íntima entre personas, ni constituye interés directo en los asuntos en que determinada formación política esté implicada o sea parte, en tanto no integra ni acredita una relación directa ni permite fundar la sospecha sobre la realidad de dicha relación, máxime cuando para apreciar



una u otra causa de abstención o recusación no bastan las meras sospechas de relación con las partes. (STS de 4 de julio de 2002 5972)).

3.- En el supuesto- también hipotético y barajado en términos dialécticos - de que pudiera atribuirse más allá de la afinidad ideológica, alguna otra suerte de vinculación con un concreto partido político, la imparcialidad del Juez vinculado sólo se vería comprometida al enjuiciar asuntos en los que el referido partido político fuera parte u ostentara alguna suerte de interés. El partido político con el que se vincula al Magistrado, Sr. Marchena, PP no es ni ha sido nunca parte en la presente causa por lo que mal ha podido o puede pedir pena.

Analizando la cuestión a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del TC sobre el art. 6.1 del CEDH que ya se ha consignado más arriba, y en concreto, el cumplimiento de los cánones de apariencia de imparcialidad exigidos por el TEDH, ningún “observador ojetivo” tendría razones para dudar de la imparcialidad del Excmo. Sr. D. Manuel Marchena — STEDH de 25 de agosto de.2005, en caso *Clarke c. Reino Unido*— y si los datos objetivos pueden denotar una falta de imparcialidad de aquel —STEDH de 15 de octubre de 2009, dictada en el caso *Micallef c. Malta § 97*— con el mero apoyo en expresiones, interpretaciones y conjeturas de terceros y menos si atiende a los indicadores ofrecidos por esa misma jurisprudencia de sobre el mecanismo de designación de sus miembros, la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a presiones del exterior y la apariencia o no de independencia (SSTEDH en casos *Henryk Urban y Ryszard Urban c. Polonia* de 30 de noviembre de 2010; *Luka c. Rumanía* de 21 de julio de 2009; *Moiseyev c. Rusia* de 9 de octubre de 2008; *Findlay c. el Reino Unido* de 25 de febrero de 1997 y *Campbell y Fell c. el Reino Unido* de 28 de junio de

1984, entre otros), que no se ponen en cuestión ni se discuten en el escrito de recusación.

La STEDH de 26 de agosto de 2003, dictada en el caso *Filippini c. San Marino*, declara que la mera afinidad política en el nombramiento de los jueces no puede, por sí sola, crear dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad de los magistrados por lo que en este caso, no estando siquiera constatada la afinidad política del Magistrado más allá de especulaciones en esos medios de comunicación, y siendo ilegítima esa indagación, es preciso buscar otros factores que pudieran cuestionar la imparcialidad del Sr. Marchena.

Y en concreto el único dato objetivo a dilucidar es si la consignación expresa en un mensaje de whatsapp, difundido entre los senadores del PARTIDO POPULAR, de expectativas de control e influencia sobre la Sala Segunda del TS mediante la designación de los vocales del Consejo y el acuerdo de ulterior elección del Sr. Marchena como Presidente de dicho Consejo y del TS desvirtúa el requisito de independencia del artículo 6 del Convenio Europeo.

La respuesta es obviamente negativa no tanto porque el Sr. Marchena renunciara a ser elegido para tal cargo al conocer el contenido de aquel mensaje, como por referirse el mismo a expectativas expresadas por terceros con el objetivo de “convencer” a Senadores reticentes. Unas expectativas que no han podido vincularse a palabras u obras precedentes del magistrado y que han quedado refutadas por la renuncia y las razones en ella ofrecidas.

En el supuesto estudiado no existe el menor elemento corroboratorio de que las infundadas sospechas estén legítimamente justificadas. Son otros los que emiten sobre él, con motivo del acuerdo parlamentario para elegir al



órgano de gobierno de jueces y magistrados, auténticos e infundados juicios de valor o juicios de inferencia. Nada puede ser reprochado al comportamiento del juez cuya recusación se promueve. Desde luego no existe sombra de culpa en la valoración relevante que con arreglo a su categoría jurídica hayan hecho de su personalidad los partidos del arco parlamentario que en virtud del artículo 122 CE deben elegir al órgano de gobierno de jueces y magistrados.

4.- Existe una presunción de imparcialidad del juez. Ya sabemos que es una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure*. Admite prueba en contrario, pero evidentemente las sospechas de parcialidad o de interés directo o indirecto en la causa deben respaldarse por elementos consistentes que acrediten la solidez y solvencia de la sombra de parcialidad que debe obtenerse, no de la gratuita opinión especulativa de un tercero, sino de la exigencia de prueba cierta de un acto de parcialidad atribuido a la persona concernida. Ese principio de prueba brilla por su ausencia. En la STC nº 162/1999, recusación de Claudio Movilla, son las propias palabras del juez descalificando al acusado las que, desde el principio de responsabilidad por los propios actos, acreditan el presupuesto que sirve de base a la sospecha de parcialidad en la confianza general del público. El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de



ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el Juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el Juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad.

5.- Ni siquiera existe constancia y prueba sobre la veracidad o autenticidad del objeto del comentario que el Whatsapp transmite. Se trataba de explicar en el ámbito de un partido político el contexto que había justificado la elección anticipada de los miembros del CGPJ. En ese contexto político, parece inspirar tranquilidad a los correligionarios y presentar el pacto acordado para la designación de vocales del Consejo como favorable, la opinión de quien emite el mensaje digital sobre la vinculación del juez con una idea política tiene únicamente el sentido epistemológico de reivindicar como legítima la posición de los negociadores que para salvar la bondad de su criterio y presentar su posición como triunfante pueden especular, conspirar y presumir sobre comportamientos *ad futurum* o afinidades presumidas en las personas designadas, etiquetadas con absoluta frivolidad, y que nada tienen que ver con la realidad objetiva.

6.- No existe dato alguno ni tampoco lo mencionan los recusantes para atribuir al Partido Popular, no personado en la causa, ni petición de penas ni ningún interés en la causa, fuera de la acción de la Justicia, como en el resto de causas penales.

7.- Frente a ello, lo cierto y prístino es que el juez, con su digna y generosa renuncia al más alto cargo judicial que se le proponía, ha



evidenciado un absoluto distanciamiento con la vinculación que se le pretende atribuir, y una personal implicación en la defensa de la independencia judicial y en la apariencia pública de esa independencia. No cabe un gesto de mayor desvinculación con las afinidades políticas que se “sospechan” que la renuncia al más alto honor en la carrera profesional de un magistrado, en salvaguardia, no de una independencia real, incuestionable y públicamente incuestionada, sino de su mera apariencia.

La misma nota que el Excmo. Sr. Marchena hizo pública con las razones personales de la renuncia, favorablemente acogida en la generalidad de la opinión pública como un acto de generosa defensa de la imagen de independencia judicial, junto con el sacrificio personal que la renuncia comporta, evidencian por sí mismas, el alto nivel de honestidad ética e intelectual del Magistrado afectado.

EN CONCLUSIÓN, las causas de recusación se fundamentan únicamente en apreciaciones o impresiones subjetivas, completamente contrarias a la doctrina del TS y del TC, y en el fondo solo pretenden por este artificioso cauce alterar la composición del Tribunal legalmente constituido y conseguir un Tribunal a la carta para este proceso penal, con el propósito de retrasar la celebración del juicio oral, lo que supondría —en caso de ser tramitadas-, una flagrante vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y del derecho a un proceso sin dilaciones que consagra el art. 24.2 CE.

Por todo ello, el Ministerio Público considera procedente el rechazo de plano de la recusación formulada al amparo del art. 11.2 de la LOPJ, dado

su carácter fraudulento y contrario a derecho por las razones y consideraciones anteriormente expuestas.

**POR ELLO, EL MINISTERIO PÚBLICO CONSIDERA PROCEDENTE EL RECHAZO DE PLANO DE LA RECUSACIÓN FORMULADA AL AMPARO DEL ART. 11.2 DE LA LOPJ, DADO SU CARÁCTER FRAUDULENTO Y CONTRARIO A DERECHO POR LAS RAZONES Y CONSIDERACIONES EN INFORMES ANTERIORES EXPUESTAS.**

**EN CUALQUIER CASO, Y DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 223.3 LOPJ, EL MINISTERIO FISCAL SE OPONE POR COMPLETO A LAS CAUSAS DE RECUSACIÓN FORMULADAS.**

Madrid a 26 de noviembre de 2018

Los FISCALES DE SALA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fdo.: Fidel Ángel Cadena Serrano    Fdo: Consuelo Madrigal Martínez-Pereda