

INCIDENTE DE RECUSACIÓN

Rollo de Sala: Procedimiento Abreviado 5/2016

A LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL DE LA AUDIENCIA NACIONAL

ROBERTO GRANIZO PALOMEQUE, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de **CARMEN NINET PEÑA y CRISTINA MORENO FERNÁNDEZ**, lo cual consta debidamente acreditado en el procedimiento al margen referenciado, ante este Juzgado comparezco y, como mejor proceda en derecho, DIGO:

Que en fecha 20 de abril de 2016 se ha notificado a esta parte la Diligencia de Ordenación de 18 de abril en la que, recibidas las actuaciones correspondientes a la **Pieza Separada del Ayuntamiento de Jerez** de las Diligencias Previas 275/2008, remitidas por el Juzgado Central de Instrucción número 5, se forma el presente Rollo de Sala y se designa ponente al Ilmo. Sr. D. Enrique López López, quien formará Sala junto con los Ilmos. Sres. Magistrados Dña. Concepción Espejel Jorquera (Presidenta) y D. Julio De Diego López.

Que mediante el presente escrito, al amparo de lo establecido en los artículos 217 y siguientes de la LOPJ y 52 y siguientes de la LECrim, en virtud del **poder especial otorgado** a tal efecto que se adjunta, formulamos **INCIDENTE DE RECUSACION contra los ILMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ y DÑA. CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA** y ello en base a los siguientes

HECHOS

PRIMERO.- Antecedentes procesales en relación a la recusación de Imo. Sr. D. Enrique López López.

Dos son las recusaciones que en el marco de la presente causa (DP 275/2008) se han tramitado respecto al Ilmo. Sr. López,

la primera de ellas, Incidente de Recusación número 46/2015, lo fue en relación a la “Pieza Separada Época I: 1999-2005” y la segunda, Incidente de Recusación número 48/2015, lo fue en relación a la “Pieza Separada UDEF-BLA 22.510/2013” (conocida con los “Papeles de Bárcenas”).

En ambos incidentes se acordó la recusación del Sr. López por lo que resulta necesario, en primer lugar, exponer los hechos y fundamentos de derecho que dieron lugar a ambas recusaciones:

I.- Incidente de Recusación nº 46/2015, que concluyó por auto número 81/2015, de 3 de noviembre, que disponía:

- En el fundamento de hecho uno, relativo a la prueba practicada, se hacían constar los siguientes hechos relativos al Sr. López:

“1.1.- Datos procesales y posición de las personas mencionadas por los recusantes.

(I) El magistrado D. Enrique López y López forma parte del tribunal de la sección 2ª que conoce de la causa, siendo designado ponente. El proceso es denominado “Pieza separada, Época I: 1999-2005”.

(II) Se ha abierto el juicio oral, por auto de 5.3.2015, contra el Sr. López Viejo por delitos de asociación ilícita, prevaricación, fraude y exacciones ilegales contra las Administraciones públicas, malversación de caudales públicos, falsedad en documento mercantil, tráfico de influencias, blanqueo de capitales, cohecho y defraudación tributaria; hechos que habrían ocurrido mientras desempeñaba cargos de Concejal del Ayuntamiento de Madrid y de Viceconsejero y de Consejero del Gobierno de esta Comunidad Autónoma. También se abrió el juicio oral contra el Sr. Clemente Aguado por delitos de prevaricación, fraude y exacciones ilegales contra las Administraciones públicas, malversación de caudales públicos y cohecho, en el periodo en que ostentó cargos de Director general y de Viceconsejero en el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid.

(III) En la misma resolución se abrió juicio oral contra el Partido Popular (Pp) como partícipe a título lucrativo; en esa calidad es objeto de acusación. (La imputación se sustenta en el presunto beneficio que el partido habría obtenido de los delitos atribuidos a varios acusados, toda vez que, según los escritos de conclusiones provisionales de las acusaciones, parte de los fondos de origen delictivo se habrían destinado a costear actos electorales y de otra

naturaleza de la formación política. Además, la hipótesis acusatoria propone que el Partido tenía una contabilidad paralela opaca, o caja B, parte de cuyos fondos habrían sido desviados en beneficio de algunos acusados.)

(IV) El procedimiento se dirige también contra la Sra. Mato Adrover, en el mismo concepto de responsable a título lucrativo, por los beneficios que, según las acusaciones, procedentes de los delitos que se imputan a uno de los acusados, habría obtenido en forma de regalos y de servicios turísticos, para ella y para sus hijos menores y para otras personas vinculadas a su unidad familiar. (Dimitió el 26.11.2014 de su cargo de ministra del Gobierno de la nación, después de pronunciarse la decisión judicial.)

(V) Entre los acusados figuran el Sr. Bárcenas Gutiérrez (por delitos de blanqueo de capitales, falsedad documental, apropiación indebida, defraudación tributaria, estafa y estafa procesal), el Sr. Lapuerta Quintero (por apropiación indebida) y el Sr. Sanchís Perales (defraudación tributaria, falsedad documental y blanqueo), que ostentaron cargos de representación como diputados y senadores, y que actuaron en calidad de gerentes y tesoreros del Partido Popular en diversos periodos.

1.2.- Relaciones del magistrado recusado con dichas partes procesales.

(I) A propuesta del Partido Popular el magistrado fue nombrado vocal del Consejo General del Poder Judicial en el año 2001, cargo que ejerció hasta el año 2008.

(II) El magistrado Sr. López y López intervino en dos mesas redondas celebradas en las Conferencias políticas del Partido Popular sobre el modelo de Estado, en los años 2006 y 2007 (la Conferencia política forma parte de la vida del partido, siendo una alternativa al congreso, del que se diferencia porque no se discuten cargos internos ni candidatos).

(III) Inmediatamente después, en el año 2008, fue propuesto por los grupos parlamentarios del Partido Popular en diversos parlamentos autonómicos como candidato a magistrado del Tribunal Constitucional. En la Asamblea legislativa de Madrid dos de los acusados, el Sr. López Viejo y el Sr. Clemente Aguado, diputados elegidos en las listas electorales de dicho partido, votaron su candidatura. La Mesa del Senado rechazó la candidatura, decisión que fue recurrida por el grupo del Pp en el año 2010.

(IV) Fue nombrado magistrado del Tribunal Constitucional por el Gobierno de la nación en junio de 2013, cuyo presidente, en activo, fue el candidato presentado por el Partido Popular, que obtuvo mayoría absoluta en las elecciones anteriores. La Sra. Mato Adrover participó en este nombramiento, en su calidad de ministra de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad.

(V) Ha estado presente y participado en sesenta y ocho (68) seminarios de la Fundación para el análisis y los estudios sociales (Faes) desde junio de 2003 hasta febrero del 2015: intervino en dos actividades en el 2003, en nueve en el 2004, en doce en el 2005, en cinco en el 2006, doce en el 2007, siete en el 2008, seis en el 2009, cinco en el 2010, seis en el 2012, una en el 2013 y otra en el 2014 y en dos en el presente año 2015. Fue ponente en cuatro de las actividades y coordinador en una, interviniendo como asistente en el resto de seminarios. Percibió remuneraciones por asistir, coordinar y presentar ponencias por una cuantía total de 13.102,37 euros. Faes está vinculada al Partido Popular desde su creación, se define como “gran laboratorio de ideas y programas que enriquecen el pensamiento y la acción política del centro reformista”, su presidente es el expresidente del Gobierno Sr. Aznar López. La Sra. Mato Adrover forma parte del patronato de la Fundación.”

- Tras analizar el contenido del derecho a un tribunal imparcial, derecho de las partes y confianza en la justicia (fundamento de derecho dos) y la imparcialidad objetiva (fundamento de derecho tres), en el fundamento de derecho cuatro y cinco se abordan las causas legales de recusación y los criterios para analizar la apariencia de imparcialidad objetiva, respectivamente, en los siguientes términos:

“4.- Causa legal de recusación.

La causa de recusación alegada es la pérdida de apariencia de imparcialidad que sitúan los actores en el artículo 219.10 de la Ley orgánica del poder judicial, que considera el interés directo o indirecto en la causa. No hay problema para subsumir en dicha causa legal la percepción de parcialidad, porque la imparcialidad es, en primer lugar, un derecho de las partes, con especial trascendencia en el proceso penal como ha señalado el Tribunal Europeo, con un contenido esencial que no puede verse limitado o constreñido por la existencia de causas tasadas en la ley. Por otro lado, el respeto debido al artículo 6 del Convenio Europeo –que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico con prioridad sobre la ley, como señala el artículo 96.1 de la Constitución-, según la interpretación que de su alcance y contenido hace el Tribunal Europeo, nos obliga a aceptar que no ha de intervenir en el proceso un juez del que no pueda excluirse razonablemente cualquier duda sobre su imparcialidad. No se trata de aceptar la recusabilidad de un juez sin causa, sino de la interpretación de las causas señaladas por el legislador desde la perspectiva de la mayor efectividad del derecho, una interpretación conforme a la Constitución. Ha advertido el Tribunal que el lugar preferente que el derecho al juez imparcial ocupa en una sociedad democrática no permite una interpretación restrictiva del mismo, algo que no sería compatible con el objeto y finalidad del Convenio (TEDh casos Delcourt contra Bélgica y Piersack contra Bélgica, ya citados).

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, llegando a considerar comprendida en la causa legal de abstención y recusación por interés directo o indirecto en el proceso la de apariencia de pérdida de imparcialidad (ATc 387/2007, citada, Fj. 7). “En cualquier caso, desde la óptica constitucional, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto, es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico” (STc 140/2004, citada, Fj 4). Otra muestra: aunque la amistad íntima o la enemistad manifiesta del juez con los letrados de las partes no está prevista como causa legal de recusación, “en los supuestos en los que existan circunstancias que puedan hacer surgir el legítimo temor de que la amistad íntima o enemistad manifiesta del Juez con otros sujetos que intervienen en el proceso pueda conllevar que el criterio de juicio no sea la imparcial aplicación del ordenamiento jurídico –circunstancias que deberán ser examinadas en cada caso concreto– podrá considerarse que el Juez no reúne las condiciones de idoneidad subjetiva y que, por tanto, el derecho de la parte al juez imparcial le impide conocer del asunto” (ATc 178/2005, un magistrado se había abstenido por enemistad manifiesta con el letrado del demandante, el tribunal entendió justificada su separación del caso). También consideró subsumible en esta causa de recusación, circunstancia no prevista expresamente en la ley, la manifestación pública de reprobación sobre las declaraciones de un acusado que realizó el juez, porque comprometió su posición institucional como tercero; ahí sostuvo: “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, ha de ser anulada la condena dictada a fin de que un Tribunal imparcial se pronuncie sobre el fundamento de la pretensión de condena que motivó originariamente el proceso contra el recurrente” (STc 162/1999, Fj. 9). La jurisprudencia ordinaria ha admitido como causa de recusación por interés directo o indirecto la ausencia de apariencia de imparcialidad (por ejemplo la reciente STs Sala 3ª 10.7.2015, Roj STS 3316/2015).

5.- Criterios para analizar la apariencia de imparcialidad objetiva.

El objeto de nuestro enjuiciamiento en el contexto de la causa legal de recusación alegada (interés directo o indirecto), reiteramos ahora, es si los datos de hecho acerca de las relaciones del magistrado D. Enrique López y López con las partes del proceso, introducidos por los promotores del incidente

y por la Fiscalía y debidamente acreditados mediante la prueba documental, sustentan una apariencia objetiva de parcialidad o si se puede descartar toda duda al respecto.

El Tribunal Europeo ha utilizado el criterio del observador objetivo para evaluar la plausibilidad de la apariencia de imparcialidad de un tribunal y su percepción social (STEdh caso Kyprianou contra Chipre, de 15.12.2005, párrafo 70, y Decisión de inadmisión caso Clarke contra Reino Unido, de 25.8.2005; en realidad es una técnica de la que se sirve en otros supuestos, como ponen de manifiesto las sentencias Labita contra Italia o Murray contra Reino Unido). Se trata de adoptar el punto de vista de un espectador objetivo para ponderar si la sospecha es razonable y legítima. Esta figura ha sido acogida en los textos de Naciones Unidas sobre la conducta judicial: la percepción de imparcialidad se mide desde el punto de vista de un observador razonable, porque lo decisivo es saber si puede estimarse que la duda se justifica objetivamente a los ojos de un observador que representa a la sociedad (Comentario a los Principios de Bangalore, citado, apartados 52 y 54). Observador objetivo y razonable, desapasionado y con la distancia suficiente, que configura un arquetipo conocido que se presenta como una réplica del propio modelo de juez imparcial, incluso del investigador indiferente que reclamara Beccaria. En la técnica del enjuiciamiento es frecuente el uso de figuras afines como el baremo del hombre medio ideal.

No se puede obviar la importancia fundamental que la apariencia de imparcialidad del tribunal adquiere en el asunto que nos ocupa. El incidente se plantea en la fase de enjuiciamiento de un proceso penal por delitos de corrupción pública dirigido contra personas relevantes de la política; se ha abierto el juicio oral contra el partido político que ostenta la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno de la nación en calidad de tercero responsable civil a título lucrativo, también contra personajes públicos que han ostentado cargos de gobierno y electos, así como responsabilidades en la dirección del partido. La Fiscalía especial contra la Corrupción y la criminalidad organizada lo ha advertido en su informe. Por lo tanto, este tribunal ha de reconocer y aplicar con el rigor debido la doctrina sobre la apariencia de imparcialidad, con la finalidad de preservar y afirmar la confianza de las partes y de la sociedad en los jueces y tribunales frente a la sospecha de contaminación político-partidista en un proceso penal sensible, para despejar cualquier duda sobre la imparcialidad del juez llamado a formar sala.

Los hechos relatados, admitidos todos ellos por el magistrado recusado, merecen la siguiente valoración.

(1) El observador objetivo se fijaría en que la relación del magistrado recusado con el Partido Popular se extiende en el tiempo, al menos durante catorce años, desde el año 2001 en que fuera nombrado vocal del Consejo General del Poder judicial hasta febrero de 2015, mes en el que acudió a dos

seminarios en la Fundación del Partido. Una relación continuada que genera una razonable percepción de proximidad.

(2) Además, aquel repararía en que es, o ha sido, una relación intensa, una vinculación que denota cierta confianza de la dirigencia del partido, lo que pone de manifiesto el que hubiera sido propuesto hasta tres veces -al margen deben quedar consideraciones sobre los meritos profesionales del candidato, que aquí no se ponen en cuestión- para cargos del mayor prestigio y rango en el Estado, entre los empleos para juristas, como el propio Consejo del Poder judicial -que gestiona el acceso, carrera profesional, disciplina y formación de todos los jueces- y el Tribunal Constitucional -que tiene la misión de control de constitucionalidad de las leyes, de resolución de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y de conocimiento de los recursos de amparo contra las resoluciones de los tribunales.

(3) La participación en sesenta y ocho actos de la Fundación del Partido, seminarios cerrados al público, es otro dato que corroboraría a un espectador desapasionado la intensidad y permanencia de tales vínculos. Una relación de doce años remunerada (13.102, 37 euros). Lo que sustenta la percepción social de proximidad y pérdida de imparcialidad para conocer de un litigio donde se dirimen imputaciones con trascendencia penal contra la organización política de la que depende la Fundación. Este es un hecho considerado por la jurisprudencia europea y constitucional como indicador suficiente de una legítima y justificada duda de parcialidad (la STEdh caso Pescador contra España, de 24.9.2003, y la STc 306/2005 enjuiciaron casos de jueces que eran, al tiempo, profesores asociados de la Universidad demandada; ambas resoluciones concluyeron que denotaba vínculos estrechos y regulares con una parte, de la que se percibía remuneración periódica).

(4) Las actividades de la Fundación configuran un espacio de encuentro con los dirigentes de la formación y con cargos electos, todos ellos políticos en activo y conocidos por su protagonismo en la esfera pública. De hecho, los recusantes han identificado la presencia en esos seminarios de uno de los acusados, quien también intervino en la propuesta parlamentaria de su nominación como magistrado constitucional. Tales seminarios no pueden considerarse simples actividades académicas, porque se hallan íntimamente relacionadas con la política de partido, con su "laboratorio de ideas" y programas.

(5) La misma naturaleza de actividad político-partidista tiene, con mayor rigor, su intervención en dos Conferencias políticas del Pp, en los años 2006 y 2007, porque en ellas se discuten programas y estrategias, como ponen de relieve las informaciones y documentos que constan en la página web de la formación.

Ha de recordarse que la Constitución prohíbe a los jueces pertenecer a partidos políticos y sindicatos (artículo 127). Lo que delimita un espacio que

puede comprometer la apariencia de independencia e imparcialidad del juez, el espacio de la política de partido. Lo que no tiene que ver, ya lo dejamos dicho, con sus ideas o afinidades políticas. De ahí la trascendencia que las relaciones con un partido, que es parte en el proceso donde está llamado a formar sala el juez, tienen sobre la imagen y la apariencia de imparcialidad del juzgador.

(6) También, desde el punto de vista del observador objetivo y razonable, levanta sospechas lógicas el que otra persona parte en el proceso interviniera directamente en su nombramiento como magistrado del Tribunal Constitucional, cuando era ministra del Gobierno de la Nación.

(7) Por fin, se ha de señalar que la Fiscalía especial contra la corrupción –que no formuló objeción inicial a la composición del tribunal- ha considerado que los hechos sobre los que se sustentaba la hipótesis de apariencia de parcialidad se habían acreditado, proponiendo a esta sala que examinara si existían dudas al respecto. El Fiscal que tiene confiada la misión constitucional de velar por la independencia de los tribunales y de promover el interés público, ocupa en este caso una posición institucionalmente objetiva (artículo 124.1), por lo que su parecer es un indicador relevante.

Hay un auto del pleno de la sala de fecha 27.5.2013, citado en la deliberación, que desestimó una recusación formulada contra el mismo magistrado. La diferencia sustancial con la situación actual es que el Partido Popular no era parte en aquel proceso, luego el contexto de análisis es radicalmente diferente.

Este tribunal no tiene dudas sobre la capacidad del juez recusado, el Sr. López y López, para la imparcialidad y para decidir conforme a la Constitución y la ley, pero aquí es objeto de enjuiciamiento si se puede excluir toda duda sobre su apariencia de imparcialidad y de desinterés en el caso atendiendo a las relaciones que ha mantenido con alguna de las partes.”

- En base a todo ello la conclusión de la Sala fue “afirmar que la apariencia de imparcialidad del magistrado recusado D. Enrique López y López para juzgar el proceso principal, en el que se ha abierto el juicio oral contra el Partido Popular, la Sra. Mato Adrover, el Sr. López Viejo y el Sr. Clemente Aguado, no supera el estándar objetivo, lo que razonablemente sustenta la percepción de sospecha manifestada por las acusaciones, por lo que debe admitirse la recusación y apartarlo definitivamente del conocimiento de la causa principal (artículo 228.2 Ley orgánica del Poder judicial).”

II.- Incidente de recusación nº 48/2015. Concluyó por auto número 6/2016, de cuatro de febrero, cuyos escuetos razonamientos jurídicos transcribimos:

“PRIMERO.- Los motivos de recusación son prácticamente idénticos, salvo lo que se dirá en razonamiento jurídico posterior, a los que dieron lugar al Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2015, que estimó mayoritariamente la recusación del Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López, sin que haya variado circunstancia alguna de los tenidos en cuenta, y que dieron lugar a la decisión de la mayoría del Pleno de la Sala de Lo Penal, por lo que la presente resolución, debe ser idéntica a lo dispuesto en el auto de 3 de noviembre de 2015 y por consiguiente dar lugar a la recusación del Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López.

SEGUNDO.- No obstante, como se ha dicho en la presente recusación, se alega una causa novedosa, que consideramos debe darse respuesta, aunque inocua respecto a la decisión de fondo, pues ninguna trascendencia tiene, cual es la prevista en el número 8 del artículo 219 de la LOPJ. “tener pleito pendiente con alguna de las partes” Bien es cierto que, como consta en el expediente abierto con motivo de la recusación formulada, el referido Magistrado recusado, formando parte de un Tribunal en la Sección 2ª, y fue objeto de una querrela criminal por parte de Izquierda Anticapitalista por un presunto delito de prevaricación, en virtud de acordar la suspensión cautelar interesada por el Ministerio Fiscal, de la declaración señalada en su momento (22/03/2013) de Juan B. Gutierrez ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3 - Diligencias Previas 25/2013, a la que se acumuló la presentada por la Asociación Libre de Abogados (ALA); querrela criminal que fue desestimada por auto de fecha 10 de febrero de 2013 dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ratificado mediante la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra dicho auto; con lo cual el motivo de la existencia de tener pleito pendiente no puede, al momento actual ni siquiera analizarse.”

SEGUNDO.- Antecedentes procesales en relación a la recusación de la Ilma. Sra. Dña. Concepción Espejel Jorquera.

Al igual que en el caso del Sr. López, también son dos las recusaciones que en el marco de la presente causa (DP 275/2008) se han tramitado respecto a la Ilma. Sra. Espejel, la primera de ellas, Incidente de Recusación número 45/2015, lo fue en relación a la “Pieza Separada Época I: 1999-2005” y la segunda, Incidente de Recusación número 47/2015, lo fue en relación a la “Pieza

Separada UDEF-BLA 22.510/2013” (conocida con los “Papeles de Bárcenas”).

En ambos incidentes se acordó la recusación de la Sra. Espejel por lo que resulta necesario, en primer lugar, exponer los hechos y fundamentos de derecho que dieron lugar a ambas recusaciones:

I.- Incidente de Recusación nº 45/2015. Fue resuelto por auto número 83/15, de 13 de noviembre, el que esta Sala, tras exponer las posiciones de las partes (tanto las que postulaban la recusación como las que se oponían a ella), así como la legislación y la jurisprudencia aplicable, estimaba la recusación planteada contra la Sra. Espejel en los siguientes términos:

“NOVENO.- Siguiendo cuanto expresa el informe de la Fiscalía, este Pleno, sin embargo, estima que ha de aceptarse la recusación en cuanto concurren en el caso una serie de hechos, que, interrelacionados, pueden constituir causa objetivamente justificada de que puedan proyectarse en la sociedad dudas acerca de la apariencia de imparcialidad en relación con la Ilma. Sra. Magistrada recusada, que si bien cuantitativamente pudieran apreciarse como mínimos, tienen un valor cualitativo ineludible. Se trata de valorar los cánones de apariencia de imparcialidad exigidos por el TEDH.

En primer lugar ha de destacarse la naturaleza penal de la materia objeto del pleito, en la que la apariencia de imparcialidad ha de adoptar una exigencia superlativa, tratándose además de la investigación y enjuiciamiento de un delito que afecta a la corrupción en el ámbito político en los que el canon de apariencia de imparcialidad ha de reforzarse escrupulosamente.

Junto a lo anterior, se ha de ponderar que una de las partes en el procedimiento (el PARTIDO POPULAR, contra el que se ha abierto el juicio oral en calidad de partícipe a título lucrativo y al que pertenecían en el momento de acaecer los hechos a juzgar gran parte de los acusados en el procedimiento) fue determinante en la propuesta al cargo de Vocal del Consejo General del Poder Judicial de la Srª Magistrada recusada, al haberse efectuado dicho nombramiento a propuesta del Senado, Cámara en la que el PARTIDO POPULAR era el Grupo Parlamentario mayoritario.

Junto a ello, ha quedado acreditada, por el acta videográfica de aquella sesión del Senado de 17 de septiembre de 2008, referida al punto sexto “propuesta para el nombramiento de vocales del Consejo General del Poder Judicial” que en la votación participó activamente uno de los acusados en el Procedimiento, el entonces Senador y tesorero del Partido Popular Luis

Bárceñas Gutiérrez, sin que el hecho de que se desconozca el sentido concreto del voto, merme la sombra de duda que en el ciudadano medio causa la imagen objetiva de su participación directa en el nombramiento de dicha Magistrada al más alto cargo en el órgano de gobierno del Poder Judicial.

Pero es que además concurre en el caso un ulterior hecho , que determina la singularidad cualitativa relativa a la existencia de la plausible proyección objetiva de dudas sobre la apariencia de imparcialidad, y es que entre el ejercicio de dicho cargo y la designación como Presidente de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional, cuando era ya público que dicha Sección tenía turnado el enjuiciamiento del caso Gürtel , no existe solución de continuidad, pues dicho nombramiento se verificó por el mismo Consejo al que la ltma. Sra. Magistrada hoy recusada pertenecía.

DÉCIMO.- Sobre la constatación objetiva de la existencia de apariencia de duda para un observador razonable.

No se trata aquí en absoluto de cuestionar el sistema legal de nombramientos legalmente establecido, y cierto es , como alegan las partes impugnantes de la recusación formulada, que ello ya ha sido solventado tanto por el TEDH , cuanto por el TC y el TS, en el sentido de que “la mera afinidad política en el nombramiento de los jueces no puede, por si solo, crear dudas legítimas sobre la independencia e imparcialidad de los magistrados” (caso Filippi c. San marino de 26.08.2003), aunque la posterior praxis, en aplicación de tal sistema legal en España ha determinado la existencia de dudas en la ciudadanía acerca de la politización de la justicia, lo que objetivamente se infiere:

a).- Del hecho de que tales dudas ya se suscitaron desde el principio en el mismo Tribunal Constitucional que, sin perjuicio de declarar la constitucionalidad formal de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 108/1986 de 29 de julio (que resolvía recurso de inconstitucionalidad contra dicha Ley) alertó del riesgo de que una mala praxis en la aplicación del sistema de nombramiento de la totalidad de los miembros del CGPJ (incluidos los de extracción judicial) por las Cortes pudiera derivar en un sistema de cuotas partidistas , con la consiguiente proyección de apariencia de parcialidad en los Magistrados que así fuesen designados. Literalmente dicha Sentencia TC expuso “Ciertamente se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la norma Constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al

margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder, y entre ellos, señaladamente, el Poder Judicial.

La existencia Y AUN LA PROBABILIDAD de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible una actuación CONTRARIA AL ESPÍRITU DE LA NORMA CONSTITUCIONAL, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez...”.

b).- Porque igualmente la desconfianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia, en relación a las resoluciones en las que se ventilan temas de corrupción política ha sido constatado en el Informe del GRECO correspondiente al año 2013 (Estrasburgo, Diciembre de 2013) sobre la corrupción en España, que señala la creciente preocupación por la percepción ciudadana de que intereses partidistas podrían estar interviniendo en las decisiones judiciales, lo que resulta particularmente peligroso en un momento en que están aumentando los casos de corrupción política (puntos 12 a 17 del informe) señalando que deben de tomarse medidas para garantizar que el sistema judicial no sólo esté libre de indebidas influencias extrañas sino también para que lo parezca.

Idénticas dudas se expresan en las conclusiones a que ha llegado la XXV Reunión Nacional de Jueces Decanos de España, reunidos en Vigo los días 26 a 28 de Octubre de 2015, donde se estimó que el actual sistema de nombramientos de los Vocales del CGPJ de extracción judicial “no favorece en absoluto a la independencia judicial”, lo que se une a la constatación “desde hace ya tiempo que en general la política de nombramientos de altos cargos por parte del CGPJ no responde al mérito y capacidad .. sino a criterios subjetivos y que pueden obedecer a razones de distinta índole”.

Atendido ello, la percepción de posible parcialidad de los Magistrados beneficiados en su trayectoria profesional por la designación para un cargo por una propuesta ligada a la proyección en el Poder Judicial de las cuotas de Poder político existentes en las Cortes, no se aprecia in abstracto como infundada, y, en el caso, tal difuso riesgo se objetiva si además de ello se constata que, en el PROCEDIMIENTO CONCRETO, objeto de enjuiciamiento, es PARTE el Partido que sustentó con su mayoría la propuesta a tales cargos de uno de los miembros de dicho Tribunal (o dos de tres, como en el caso) , e igualmente se constata que una de las personas que participó activamente en la votación para la Propuesta al cargo de Vocal es uno de los acusados, y que entre el nombramiento como Vocal del Consejo General del Poder Judicial y la posterior propuesta como presidente de la Sección Segunda de la Sala Penal de la Audiencia Nacional no existió solución de continuidad , por lo que ha de considerarse que las dudas que todo ello puede generar en un ciudadano medio son objetivamente legítimas.”

II.- Incidente de recusación nº 47/2015: Concluyó por auto número 7/2016, de nueve de febrero, en el que se resolvió estimar la recusación por los mismos argumentos por los que se había estimado ésta en el anterior expediente gubernativo. Así, la Sala, en el fundamento de derecho único hizo constar que:

“UNICO.- Las causas de recusación en el presente expediente son sustancialmente idénticas a las ya resueltas en nuestro Auto de 13 de noviembre de 2015, en la que se recusaba, en este mismo procedimiento, a la misma Srª Magistrada, por las mismas causas. En Sesión Plenaria de esta Sala de 30 de Octubre de 2015 se deliberaron y ponderaron la totalidad de los argumentos hoy resucitados, y el Pleno adoptó una resolución que constituye pronunciamiento definitivo del órgano, constando en dicha resolución los argumentos de aquellos miembros del pleno discrepantes en cuanto al fondo del asunto, en el concurrente voto particular conjunto, y que forma parte de aquélla resolución. En dicha resolución se estimó la recusación de la Ilma Sr. Magistada Dª Concepción Espejel Jorquera sin que haya variado circunstancia alguna de las ya tenidas en cuenta y que dieron lugar a la decisión y sin que constituya tal la publicación de una sentencia del TEDH sobre la presunción de imparcialidad de los Magistrados y la imposibilidad de recusar sustentada en la afinidad ideológica, pues ello no constituyó la base del anterior pronunciamiento en modo alguno.

La presente resolución, así pues, ha de ser idéntica a lo dispuesto en nuestro Auto número 83/15 de fecha 13 de noviembre de 2015, y , por consiguiente, dar lugar a la recusación de la Ilma. Sra. Magistrada Dª Concepción Espejel Jorquera.”

A los anteriores hechos le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

A. JURÍDICO PROCESALES

I.- Corresponde el conocimiento del presente incidente de recusación a un Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad, según lo dispuesto en el artículo 63.a) de la LECrim.

II.- Esta representación procesal está legitimada para la formulación del presente incidente de recusación en tanto ostenta la condición de acusación popular a tenor de lo que disponen los preceptos 53 LECrim y 218.2º de la LOPJ.

III.- Esta representación procesal ha cumplido con el requisito de plazo, en tanto ha interpuesto el presente incidente tan pronto como ha tenido conocimiento de la concurrencia de la causa a tenor de lo establecido en el artículo 56 LECrim, en el mismo sentido, el artículo 223.1 LECrim

IV.- Según lo dispuesto en el art. 57 LECrim, la presente recusación se hace en escrito firmado por Letrado, por Procurador y por los recusantes.

V.- De conformidad con lo dispuesto en los artículo 52 de la LECrim y 219 de la LOPJ se expresarán con claridad y precisión las causas de recusación en que se base el incidente, que serán expresadas en el apartado siguiente.

B. JURÍDICO MATERIALES

UNICO.- Necesaria concurrencia de la recusación de ambos Magistrados en todas las Piezas dimanantes de las Diligencias Previas 275/2008.

Mediante el presente escrito se insta la recusación de los Magistrados D. Enrique López López y Dña. Concepción Espejel Jorquera para conformar el Tribunal que ha de enjuiciar la Pieza Separada del Ayuntamiento de Jerez.

Esta Pieza Separada dimana de las Diligencias Previas 275/2008, instruidas por el Juzgado Central de Instrucción número cinco, al igual que también lo hacían las Piezas Separadas Época I

1999-2005 e Informe UDEF-BLA 22.510/2013 (Papeles de Bárcenas) en las que, como hemos expuesto en los antecedentes fácticos del presente escrito, se estimó por la Sala la recusación de ambos Magistrados.

Pues bien, la recusación del Sr. López y de la Sra. Espejel lo es para enjuiciar cualquiera de las Piezas Separadas dimanantes de las Diligencias Previas 275/2008, por dos causas:

A.- Desde un punto de vista formal, por la **conexidad** existente entre los hechos que se enjuician en todas ellas, no en vano todas las Piezas corresponden al mismo procedimiento y han sido instruidas por el mismo Juzgado.

Respecto a la conexidad existente entre las diferentes piezas se ha pronunciado tanto el Juzgado Instructor como la Sala en diferentes resoluciones. Concretamente, en la presente Pieza Separada del Ayuntamiento de Jerez, en las resoluciones en las que se acordaba la desestimación de los recursos, tanto de reforma como de apelación, interpuestos contra el auto de incoación de procedimiento abreviado, al hilo del cuestionamiento de la Competencia del Juzgado Central número 5 para el conocimiento de la Pieza Separada del Ayuntamiento de Jerez formulado por la defensa de Manuel Báez Guzmán y de Enrique Agüera González, se hacía constar:

I.- En el auto de 9 de diciembre de 2015, dictado por el Juzgado Central de Instrucción número Cinco, que se adjunta como documento número UNO:

“No estamos pues en este caso ante una situación de interpretación y aplicación de las normas competenciales arbitraria y/o manifiestamente irrazonable, que haya dado lugar a “una situación que además de generadora de una clara inseguridad jurídica, podría definirse de anarquía competencial y procesal”; en que además se desconocieran y no respondieran recurrentes peticiones del Fiscal de desglose de las actuaciones; y en que no existiera atisbo de conexidad entre el caso que se instruía y el hecho descubierto casualmente en la misma. Todo ello como ocurrió en el caso enjuiciado en la STS 237/2015, de 23.04.

Justo al contrario, en el caso que nos ocupa las partes se aquietaron con la competencia fijada y existía una clara relación de conexidad entre los hechos.

En realidad, las conclusiones que se pueden alcanzar son las siguientes:

- En primer lugar, existe conexión entre los hechos objeto de esta pieza separada y los de la causa principal y restantes piezas separadas que integran las DP 275/2008.

- En segundo lugar, pese a esta conexión, se ha considerado que existen elementos para juzgarlos con independencia y que procedía la formación esta pieza separada para simplificar y activar el procedimiento. Y ello porque, como indica la STS de 26.60.2012 "si la necesidad de acumulación va a suponer un retraso injustificado e inútil en la tramitación y no existe peligro de sentencias contradictorias, no será obligada la acumulación".

- En tercer lugar, en cuanto "la acumulación y el enjuiciamiento conjunto sí serán obligados cuando tengan repercusiones en la penalidad", en este caso se ha velado precisamente porque los ámbitos o segmentos temporales, objetivos y subjetivos que delimiten el contorno de las concretas conductas indiciariamente delictivas de cada uno de los imputados a los que afecta esta pieza separada, no resulten arbitraria ni artificialmente cortados. No existe ninguna conducta totalmente perfilada que participe de las características de la continuidad delictiva o esté afectada por una situación concursal, medial o ideal, que se haya visto escindida en aras de la estricta aplicación de aquellos tres criterios, puesto que si ello sucediere sí se habría puesto en peligro el principio "non bis in ídem", con la consecuencia de vulneración de los derechos procesales básicos consagrados en el artículo 24 CE (en este sentido, y alertando sobre estos riesgos, AAN 233/2014, de 11.11).

En definitiva, era factible desconectar lo que, en principio, aparece como susceptible de conexión, visto que el art. 762.6 LECrim tolera el enjuiciamiento de delitos conexos con independencia, autorizando al Juez instructor a formar las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento. No ha habido pues, en este caso, empecinamiento del Instructor en no desglosar actuaciones desconexas. Es que, efectivamente, tal conexión existe, y lo que se ha propiciado, de acuerdo con la

habilitación legal, y con la finalidad de simplificar y activar el procedimiento, es su enjuiciamiento independiente por el órgano igualmente competente. No concurre, por, tanto la vulneración del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley que se denuncia.

*Adicionalmente, la cuestión ha sido ya resuelta. **La Sección Segunda de la Sala de lo Penal, en el Auto nº 331/15, de 28.7.2015, confirmó la competencia de la Audiencia Nacional para el enjuiciamiento de la Pieza Separada "UDEF-BLA 22.510/13", al afirmar lo siguiente:***

[“Evidentemente acontece, y no es la primera ocasión, que cuando se forman piezas separadas, cada una aisladamente considerada, no rellena los requisitos de atribución de la competencia a la Audiencia Nacional. Pero este Tribunal considera que ese planteamiento está errado. Ello, porque lo que acontece es que se abandona el panorama global, que lo constituye, unos hechos que, bajo la cobertura de un único proceso, seguido ante un órgano judicial, sin cuestionamiento, mejor dicho, con el respaldo del tribunal superior, no ve desdibujada la competencia asignada y confirmada, porque se sucedan varios enjuiciamientos separados de conductas varias parceladas, ante el Tribunal de enjuiciamiento. Sería tanto como atribuir la competencia para la instrucción a los Juzgados Centrales de Instrucción y eliminarla para el enjuiciamiento por el Órgano que en ese organigrama de distribución de trabajo le compete. Cuando es justamente al revés, la competencia se atribuye conforme los artículos 23 y 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, si bien la instrucción de los procedimientos se residencia en los Juzgados Centrales de Instrucción.

Esto es en puridad lo que ha ocurrido, toda vez que desde la incoación de las Diligencias Previas 275/08, a excepción del marco temporal que el procedimiento se siguió en el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (por haber aforados), se ha conformado un único proceso del que se han desgajado o se han formado piezas separadas varias. Tal incidencia procesal, la relativa a la formación de piezas separadas varias, no se erige en circunstancia novedosa para cuestionar la definida y determinada competencia prefijada de la Audiencia Nacional.

Partiendo de ello, no se trata de analizar todos y cada uno de los delitos a que se contrae el auto de apertura de juicio oral que la

parte desmenuza para concluir que no se está en los supuestos delitos del artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , pues, esa disección, conforme a lo razonando, huelga efectuarla”].”

II.- Auto número 211/16, de 4 de abril, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se adjunta como documento número DOS:

“Tercero.- Sobre la incompetencia del Juzgado Central de Instrucción nº5 para el conocimiento de la causa, estimándose que no es de aplicación el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tratarse de delitos cometidos en la ciudad de Jerez y no concurrir ninguno de los tipos delictivos que dan lugar a la competencia de la Audiencia Nacional, hemos de rechazar tal motivo, como ya lo hicimos en el auto 331/2015 de 28 de julio respecto de otra pieza separada UDEF-BLA, conexas a este.

*Decíamos y reiteramos ahora que no nos hallamos ante procedimientos autónomos, como parece que entiende la parte recurrente, sino ante un **tronco común**.*

En el marco de las diligencias previas 275/2008 se conformó un único proceso del que se han desgajado varias piezas separadas, incidencia procesal que no se erige en circunstancia novedosa para cuestionar la definitiva y determinada competencia prefijada de la Audiencia Nacional.-

No se trata de analizar todos y cada uno de los delitos a que se contrae el auto de apertura de juicio oral, que la parte disgrega para concluir que no se está en los supuestos delitos del artículo 65 de la ley Orgánica del Poder Judicial.

En este supuesto la competencia se determinó desde el primer momento con aquiescencia de las partes, que han instado la práctica de diligencias y deducido las pretensiones que han considerado convenientes a sus intereses, sin haber cuestionado la competencia a lo largo de toda la instrucción de la causa.

Evidentemente existe una conexión entre los hechos objeto de la pieza separada denominada “Denuncia Ayuntamiento de Jerez” y los de la causa principal y restantes piezas separadas que integran las diligencias previas 275/2008. Sin embargo, pese a esta conexión el

Ilmo. Sr. Magistrado Juez Instructor ha considerado, como fundamento de causa, que existen elementos para juzgarlos con independencia, y que procedía la formación de esta pieza separada para simplificar y activar el procedimiento, lo que resulta plenamente factible, y para nada afecta a la competencia.”

B.- Ciertamente, la presente causa no recoge una incriminación directa del Partido Popular, o de personas que orgánica o funcionalmente tengan, o hayan tenido, puestos de relevancia en el referido Partido, que son los motivos que han dado lugar a las recusaciones que han sido explicitadas en los hechos.

Se habría producido una disparidad de sujetos que fueron la causa de las recusaciones. Sin embargo, no debe de olvidarse que el procedimiento es único, aunque parcelado en distintas piezas, pero único (DP 275/2008). Tan es así que, en palabras del auto nº 211/2016, de 4 de abril, dictado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que se ha reproducido parcialmente, señala que no se trata de procedimientos autónomos sino de un “tronco común”. De manera que, desde un punto de vista formal, si proceda la recusación en alguna de las Piezas, como así se ha estimado, por falta de apariencia de imparcialidad, **esta declaración tiene un efecto expansivo al conjunto del procedimiento**, pues resulta inimaginable que la afección de la imparcialidad pueda declararse en parte del procedimiento sin que afecte a la totalidad del mismo si tiene un tronco común.

En efecto, los efectos de la pérdida de imparcialidad son asimilables a los de la antijuridicidad derivados de la teoría del árbol envenenado (emponzoñado): si el tronco está afectado, las ramas también y al revés.

Desde una perspectiva material, y dada la interconexión entre todas las Piezas, con elementos comunes y elementos diversos (igualmente sucedía en las dos Piezas en las que se acordó la recusación), la afección de una repercute en todas las demás, toda vez que, no ha de olvidarse que entre otros delitos que se imputan en varias de las piezas figura el delito de asociación ilícita

(para delinquir). De manera que todo parte de un grupo organizado que actúa en diferentes lugares, con parecida mecánica, interconectados entre unos y otros y cuya dinámica afecta, directa o indirectamente, al Partido Popular pues se trata de contratos en la esfera de una administración sujeta a poderes políticos vinculados a la referida formación.

Desde un observador imparcial el riesgo de que pueda producirse un efecto cadena o contradictorio es muy elevado desde la pérdida, o sospecha de la pérdida, de la imparcialidad del Juzgador. Riesgo que las dos recusaciones estimadas han querido neutralizar.

En consecuencia, si concurrían causas de recusación en los Magistrados D. Enrique López López y Dña. Concepción Espejel Jorquera en las Piezas Separadas Época I 1999-2005 y UDEF-BLA 22.510/2013 (Papeles de Bárcenas) también concurren, y por los mismos motivos, para el enjuiciamiento de la presente Pieza Separada del Ayuntamiento de Jerez, y también de la Pieza Separada de Aena, de la que se ha formado el Rollo de Sala 6/2016 y en la que se va a formular por esta parte el correspondiente Incidente de Recusación.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA, que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, teniendo por formulado, en nombre de mis representados quienes firman el presente escrito, **INCIDENTE DE RECUSACION contra los ILMOS. SRES. MAGISTRADOS D. ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ y DÑA. CONCEPCIÓN ESPEJEL JORQUERA** y, previos los trámites legales oportunos, proceda a la estimación del mismo acordando, por los motivos expuestos, la sustitución de los Magistrados recusados y el nombramiento de nuevos Magistrados, que por turno de reparto correspondan, para el enjuiciamiento de la presente causa.

OTROSI DIGO, que para la sustanciación del presente incidente de recusación proponemos los siguientes medios de prueba:

I.- DOCUMENTAL:

- a) Que se tenga por aportados los documentos que se adjuntan al presente escrito.
- b) Que por la Sala se emitan testimonios y se unan al presente incidente de recusación los incidentes previos que ha habido en relación a ambos Magistrados: Incidentes de Recusación números 45/2015, 46/2016, 47/2015 y 48/2015.

SUPLICO A LA SALA, así se sirva acordarlo.

En Madrid a 3 de mayo de 2016

Fdo. Virgilio Latorre Latorre

Fdo. Roberto Granizo Palomeque

Fdo. Carmen Ninet Peña

Fdo. Cristina Moreno Fernández