

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

CAUSA ESPECIAL

Nº: 20048/2009

Fallo/Acuerdo: Auto Estimando

Procedencia: INCIDENTE DE RECUSACION

Fecha Auto: 03/02/2011

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

Escrito por: FGR

Causa Especial. - Incidente de Recusación núm. 2/2010

Causa Especial N°: 20048/2009

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.: Julián Sánchez Melgar

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

AUTO

Magistrado Instructor Excmo. Sr. D.:

D. Julián Sánchez Melgar

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil once.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 22 de diciembre del pasado año se recibió en Secretaría, escrito y poder especial de recusación del Excmo. Sr. Presidente de esta Sala y de los Magistrados Excmos. Sres. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar, D. Joaquín Gimenez García, D. Francisco Monterde Ferrer y D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, presentado por la Procuradora Sra. Aragón Segura, en nombre y representación de DON BALTASAR GARZON REAL, así como Acuerdo del Ilmo Sr.

Secretario de Gobierno de este Tribunal, quedando las actuaciones sobre la mesa para dictar resolución, teniendo a dicho Acuerdo por constreñido a sus dos primeros párrafos.

SEGUNDO.- Con fecha 13 de enero pasado se acuerda formar pieza separada de Incidente de Recusación y dar traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas a los efectos del art. 223.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con suspensión del pleito hasta que se decida el Incidente.

TERCERO.- Transcurrido el plazo, el Ministerio Fiscal, por escrito presentado el 20 de enero interesa se resuelva el Incidente, asumiendo la concurrencia de la causa de recusación prevista en el art. 219.11º de la LOPJ y resolviendo conforme a lo prevenido en el art. 225.3 de la citada Ley Orgánica.

La Acusación, representada por el Procurador Sr. Peñalver Garcerán, por medio de escrito presentado en el Juzgado de Instrucción, en funciones de Guardia, núm. 45 de Madrid, de fecha 21 de enero, interesa se dicte resolución rechazando la recusación planteada de contrario, con expresa condena en costas a la parte recusante y acordando la continuación de la causa.

CUARTO.- Con fecha 25 de enero se dio traslado a los Magistrados recusados a los efectos del art. 223.3 in fine de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

QUINTO.- Finalizado el plazo a que se refiere el art. 223.3 LOPJ y presentados los informes emitidos por los Excmos. Sres. Magistrados recusados, con fecha 27 de enero pasado, se designó Instructor para conocer del Incidente y conforme al turno establecido, al Magistrado que suscribe, quedando sobre la mesa del mismo las actuaciones para la resolución que corresponda.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 28 de enero de 2011 el Magistrado instructor da por recibida la pieza del incidente de recusación 2/2010, junto con los informes emitidos por los Excmos. Sres. Magistrados

recusados así como testimonio de las actuaciones, quedando las mismas pendientes de resolución.

II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación procesal del Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón Real ha presentado escrito ante la Sala de Enjuiciamiento en esta causa especial por el que recusa a cinco de los siete Magistrados designados mediante Auto de fecha 13 de diciembre de 2010, por las causas previstas en los apartados 11º y 10º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esto es, por haber participado en la instrucción de la causa penal y por haber mostrado interés indirecto en la misma. Se ha dado traslado de tal escrito de recusación al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas, informando igualmente los propios Magistrados recusados, cuatro de ellos, es decir, el Excmo. Sr. Presidente de la Sala y los Magistrados Excmos. Sres. Don Adolfo Prego de Oliver y Tolibar, Don Francisco Monterde Ferrer y Don Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, lo han hecho en el sentido de que no procedía tener por ciertas tales causas de recusación, mostrándose, sin embargo, el Magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Giménez García favorable a la admisión de la primera causa, teniéndola por cierta, en el sentido que después se dirá, pero rechazando igualmente la concurrencia de la segunda causa de recusación que “en nada afecta –dice– a la imparcialidad subjetiva de los propios Magistrados”. Ésta última ha sido de igual forma la postura del Ministerio Fiscal en el informe que le ha sido solicitado por el Tribunal sentenciador, apoyando en consecuencia la primera causa de recusación. Sin embargo, la acusación popular que forman el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias y la Asociación civil Libertad e Identidad, se han mostrado opuestos a tal pretensión recusatoria.

SEGUNDO.- El Magistrado que dicta esta resolución judicial ha sido nombrado Instructor de la meritada recusación, en función de lo dispuesto en el art. 224.1.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial,

y quedó para resolver éste asunto mediante Providencia de fecha 28 de enero de 2011.

Antes de continuar, conviene dejar sentada la posición que la Ley Orgánica del Poder Judicial diseña en el apartado 3 de su art. 225 a la labor de este Instructor, que lo es admitir o rechazar a trámite la recusación propuesta, lo que igualmente se posibilita en el art. 59 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenar en su caso la práctica, en el plazo de 10 días, de la prueba solicitada que sea pertinente y la que el propio Instructor estime necesaria y, acto seguido, en el caso de admisión –total o parcial– remitirá lo actuado al Tribunal competente para decidir el incidente, que en este caso corresponde a la denominada Sala del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de lo dispuesto en el art. 227.1º de la misma.

TERCERO.- Ambas causas de recusación giran en torno al concepto jurisprudencialmente acuñado acerca de la debida imparcialidad del Tribunal sentenciador como primer atributo y presupuesto del mismo juzgador, que deriva tanto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo art. 6.1 dispone que “*toda persona tiene derecho a que su causa sea conocida... por un Tribunal independiente e imparcial*”, así como del contenido del art. 24.2 de nuestra Carta Magna, incluido tal derecho al juez imparcial dentro del haz de derechos inherentes a un proceso con todas las garantías.

Una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional –de la que se ha hecho eco esta Sala Casacional–, ha afirmado que la imparcialidad del Tribunal forma parte de las garantías básicas del proceso (art. 24.2 CE), constituyendo incluso la primera de ellas: ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de juicio, lo que son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por Jueces y Magistrados, de modo que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso judicial. 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, y 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 quizá existir a raíz de una relación o contacto previo con el objeto del proceso. Como causas significativas de tal posible inclinación previa objetiva, se aduce la realización de actos de *instrucción*, que pueden suponer un contacto con el litigio sin las necesarias garantías para su correcto enjuiciamiento; la adopción de decisiones previas que comporten un juicio anticipado de culpabilidad; o la intervención previa en una instancia anterior del mismo proceso o, más en general, el pronunciamiento sobre hechos debatidos en un pleito anterior.

Igualmente, es doctrina consolidada que sobre esta vertiente de imparcialidad objetiva no pueden establecerse parámetros generales, sino que habrá de analizarse *caso a 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 puedan objetivamente poner en cuestión su idoneidad han de ser, por una parte, probados, 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 (por todas, SSTC 39/2004, de 22 de marzo, F. 3; 41/2005, de 28 de febrero, F. 3; 202/2005, de 18 de julio; 240/2005, de 10 de octubre, F. 3; 306/2005, de 12 de diciembre, F. 3).

También ha declarado el Tribunal Constitucional en la STC 41/2005, de 28 de febrero, con cita de la STC 39/2004, de 22 de marzo, que: «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, está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional, 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, incluidas aquellas que, desde una perspectiva

objetiva, pueden producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el *thema decidendi*. Se ha puntualizado, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de *cada caso concreto*».

Como se ha expuesto, la concreción de esta doctrina constitucional se ha producido principalmente al estudiar la incompatibilidad de las facultades de instrucción y de enjuiciamiento, pero sin perder de vista que lo decisivo es el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad. Y ello porque la imparcialidad trata de garantizar también que el juzgador se mantenga ajeno, específicamente, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, aun cuando ésta sea sólo indiciaria y provisional, o se fundamente en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto.

Es decir, la doctrina citada se ha producido sustancialmente en el ámbito de la fase de investigación preliminar, o si se quiere de instrucción sumarial, con objeto de garantizar la debida separación entre las funciones de instruir y de enjuiciar, sin perjuicio de que el exclusivo control de legalidad por un Tribunal superior de los actos instructores no arrastre automáticamente la aludida pérdida de la debida imparcialidad objetiva de dicho órgano judicial, ni tampoco significa que el juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o complementarios para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes en el enjuiciamiento (STC 188/2000, de 10 de julio). Lo primero, porque el diseño legal de enjuiciamiento español en materia penal parte de que la Audiencia Provincial es la

única autoridad judicial superior respecto a las decisiones que ha de controlar de los Autos interlocutorios de la instrucción sumarial (también en el seno del procedimiento abreviado), respecto de los juzgados provinciales, sean aquéllas de cualquier naturaleza, incluso de inculpación o de prisión provisional, máxime en una generalidad de Audiencias que no cuentan más que con Sección única, en donde la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé ninguna clase de cruzamiento en las resoluciones respecto a las distintas provincias en donde podría instaurarse, en caso contrario, un complejo sistema de control de resoluciones judiciales derivadas de la fase de instrucción entre tales diversos ámbitos territoriales. Por ello, el Tribunal Constitucional en la conocida STC 145/1988 ya adelantó que no se compromete la imparcialidad objetiva del Tribunal en tal control de legalidad, pues baste “recordar que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio las prácticas de nuevas diligencias al conocer del auto de conclusión del sumario (art. 631 de la L.E.Cr.)”. De tal manera que se reafirma lo que aquí se sostiene, es decir, que únicamente es “la investigación directa... lo que forma [parte d]el *núcleo esencial de una instrucción*”.

Esto mismo ocurre en el caso de los aforados ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y es más, en el propio escrito de recusación, esta conclusión se admite como incontestable: “*la demostración más clara de ello es que las resoluciones del Instructor son recurribles en apelación ante la propia Sala, a quien se supone que el legislador le concede el derecho y la obligación de resolver este recurso de apelación*” (página 30, abundando en consideraciones relativas a la segunda causa de recusación).

Con respecto a lo apuntado en segundo lugar, esto es, la posibilidad de operar en la selección de las pruebas que sean pertinentes para el enjuiciamiento de la causa en definitiva, queda demostrado en tanto que en tal fase no se desarrolla propiamente ya la instrucción, que es donde se aloja la garantía de la separación de funciones, y ello por adentrarnos ya en la denominada fase intermedia del proceso penal, ajena por tanto a la propia instrucción preliminar.

De todo lo que se acaba de exponer, hemos de deducir que las causas de recusación propuestas han de ser enjuiciadas desde la óptica de la *participación* de los Magistrados recusados en *funciones de instrucción*, que es precisamente el punto de vista del recusante, y es también lo que resulta propiamente del contenido literal de la causa diseñada en el apartado 11º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir “*haber participado en la instrucción de la causa penal*”. Y ello, porque ha de adelantarse ya, que no existe atisbo alguno de interés ni directo ni indirecto en el asunto por parte de los Magistrados recusados, como razonaremos después, y es asumido tanto por el Ministerio Fiscal, como por los propios Magistrados en total sintonía. En suma, las causas de recusación han de ser interpretadas restrictivamente, o si se quiere, atendiendo a la razón que fundamenta su espíritu en la ley, que no es otro que garantizar la imparcialidad del juzgador en el enjuiciamiento del proceso penal.

Ésta es igualmente la perspectiva de nuestro Tribunal Constitucional que, desde la citada STC 145/1988, de 12 de julio, ya dejó sentada su doctrina acerca de que los actos de instrucción son los que verdaderamente comprometen la imparcialidad objetiva del juzgador, en tanto se afirmaba en tal resolución que “la actividad instructora, en cuanto pone *al que la lleva a cabo* en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del *instructor*, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen *las apariencias*, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados”.

Para centrar estos elementos atinentes a la instrucción, hemos de recordar que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo “conocerá”, dice el art. 57.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (3º): “de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia”, disponiendo su apartado 2 que en tales causas “se designará de entre los miembros de la Sala, conforme a un turno preestablecido, un instructor, que no formará parte de la misma para enjuiciarlas”.

A su vez, y al amparo de lo dispuesto en el art. 152 LOPJ, las normas aprobadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de forma anual, publicadas en el BOE 14/2009, correspondiente al día 16-1-2009 para el caso que tratamos, de igual textura que las actuales correspondientes al año 2011 (BOE del 17-1-2011), determinan, para general conocimiento, en el apartado correspondiente a las “causas especiales”, que “*el Tribunal que habrá de conocer las causas especiales resolverá sobre su admisión a trámite y las enjuiciará, en su caso...*”, estando formado por los Magistrados que la propia norma de reparto asigna de manera cuatrimestral.

Quiere con ello decirse que, a diferencia de la actuación de un juez instructor ordinario, en las causas especiales, es la propia Sala de Admisión la que decide sobre la admisión a trámite de las querellas que se presenten contra aforados, acordando, tras la admisión, el nombramiento de un Magistrado Instructor de entre el correspondiente turno, pudiendo, y esto es también otra especialidad, actuar de conformidad con lo previsto en el art. 410 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, que en los casos en que se formulen querellas contra un juez o magistrado, con carácter previo a la admisión de éstas *por el órgano competente para su instrucción*, podrán recabarse los antecedentes que se consideren oportunos a fin de determinar su propia competencia así como la relevancia penal de los hechos objeto de la misma o la verosimilitud de la imputación. Con ello, se refuerzan las garantías frente a imputaciones infundadas –una vez desaparecido el *antejuicio*–, y lo que es muy importante para la resolución de este incidente, las actuaciones antedichas se realizan con “carácter previo” a la *admisión por el órgano competente* para la instrucción, que no es

otra, como hemos visto, que la Sala de Admisión para el caso de la presentación de las querellas formuladas frente a un juez o magistrado aforado ante esta Sala.

De manera que la fase de admisión en las causas especiales, no forma parte de la instrucción propiamente dicha, que es la comprobación indiciaria de los elementos típicos del delito imputado, con carácter de interina provisionalidad, y que lo constituye en este caso el juicio abstracto de probabilidad que es antecedente necesario para verificar la operación jurídica propia de la admisión o inadmisión de la querella. Y desde luego, por la misma disposición legal, tampoco forma parte de la instrucción el mecanismo consistente en recabar los antecedentes necesarios que la Sala considere oportunos a fin de determinar su propia *competencia* así como la *relevancia penal de los hechos* objeto de la misma o la *verosimilitud* de la imputación.

Y obviamente tampoco son actos de instrucción aquellos tendentes a verificar las condiciones de idoneidad procesal respecto a la personación de las partes en el proceso, controlando exclusivamente los requisitos procesales, o los actos que justifiquen la intervención de la Sala para la salvaguarda de la dignidad de los instructores, porque en nada se instruye o se averigua el delito que es investigado; ni por supuesto, la imparcialidad de la Sala queda tampoco comprometida cuando se adentra en la fase intermedia del proceso penal, admitiendo o denegando pruebas, porque a ella precisamente le corresponde dictar las resoluciones atinentes a su regularidad procesal, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una vez terminada propiamente la fase de instrucción, que es –repitémoslo una vez más– lo aquí esgrimido en el apartado 11º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir “*haber participado en la instrucción de la causa penal*”.

Y en este caso, con una especialidad más, que pone de manifiesto en su escrito el Magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Giménez García: y ello es que esta causa está abierta contra el recusante por la comisión de un presunto delito de prevaricación judicial, y «este delito, en síntesis, tiene una instrucción cuyos *dos pilares* son la verificación de la autoría de la resolución concernida y

la autenticidad de la firma, ya que el resto es una valoración de la conformidad de lo resuelto en la resolución concernida, con los modelos de argumentación aceptados por la Comunidad Jurídica sobre esa cuestión o por el contrario su apartamiento total –SSTC 262/2006 ó 129/2008–» (página 2); y más adelante, «... y todo ello, en relación a un delito –prevaricación judicial dolosa– en el que los hechos no se cuestionan y aparecen incontrovertidos desde el principio... y todo el debate se centra en una valoración jurídica» (página 6).

Desde este plano ha de contemplarse la invocada pérdida de la imparcialidad objetiva de los Magistrados recusados en la *participación* en funciones de instrucción de esta causa penal, esto es, una instrucción *mínima*.

Terminando para finalizar estos razonamientos previos señalando que lo que de ninguna manera es posible es la obtención de un Tribunal “a la carta”.

CUARTO.- Antes de continuar, hemos de pronunciarnos sobre la viabilidad procesal, en términos temporales, de las causas de recusación formuladas por el Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón Real. En este sentido, el art. 223.1 LOPJ dispone que “la recusación deberá proponerse *tan pronto* como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite”, ordenando la ley su inadmisión, entre otros supuestos, si no se presenta la recusación en el plazo de diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, siempre que el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél.

Aunque las normas de reparto y regulación de las causas especiales especifican, como antes expusimos, que “el Tribunal que habrá de conocer las causas especiales resolverá sobre su admisión a trámite y las enjuiciará, en su caso...”, es lo cierto que el Tribunal ha fijado definitivamente su composición mediante Auto de fecha 13 de diciembre de 2010, haciéndolo saber así a las partes, incrementando nominalmente su inicial composición, que pasa de cinco a siete Magistrados, lo que ha de conducir a considerar que, a partir de dicho

instante, se abría a las partes el antedicho plazo de diez días para utilizar esta posibilidad recusatoria que, por lo demás, la parte que inicia este incidente construye como un todo en la actuación de la instrucción de este proceso, y no solamente en un acto concreto o individual, como es de ver que lo fundamenta en número de diez resoluciones judiciales que pormenoriza y que pasaremos seguidamente a analizar, estimando, por consiguiente, que tal acción no ha sido extemporáneamente ejercitada, sobre la base igualmente del mandato que se desprende del art. 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que proyecta una especie de manto protector que proscribire, con carácter general, la desestimación de las pretensiones por razones meramente formales, de conformidad con el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Entrando ya en la fase propiamente dicha de admisión o inadmisión de este incidente de recusación, que a este Instructor le confiere el art. 225.3 LOPJ, bajo los parámetros que hemos dejado expuestos más arriba, y entendiendo que la primera causa de recusación se ha formalizado por haber participado los Magistrados recusados en la instrucción de la causa, claro es que en el inicial Auto de 29 de mayo de 2009 tales Magistrados se limitaron, previa utilización del mecanismo diseñado en el art. 410 LOPJ (remisión del testimonio de particulares), a admitir a trámite la querella interpuesta por el Sindicato de Funcionarios Manos Limpias contra el querrellado por el “presunto delito de prevaricación”, designando seguidamente a un Magistrado *para la instrucción* de la causa, el cual quedaba “*facultado para acordar lo que proceda sobre la prestación de fianza*”. De manera que esta resolución judicial en modo alguno puede ser tachada de formar parte de la instrucción, porque nada instruye, sino exclusivamente admite a trámite la querella para que se inicie posteriormente propiamente la instrucción de la causa, al punto de designar a un juez instructor para llevar a cabo esa función de investigación provisoria.

Otro tanto ha de señalarse respecto al Auto de fecha 15 de junio de 2009, en donde se resuelve el recurso de súplica que interpone el querrellado frente al anterior, abundando la Sala en sus previos argumentos para la admisión de la querella, pues lo puesto de

manifiesto ante los jueces –se razona– “no permiten considerar lo afirmado en la querella como algo inverosímil, ni por tanto hay razones para que no se admita a trámite”, ya que “en definitiva la petición de que *se inicie un procedimiento para la averiguación* de lo afirmado en la querella y para la determinación del alcance jurídico de lo sucedido no es una petición que carezca de base, ni puede rechazarse por la atipicidad o por la inverosimilitud de lo que en la querella se contiene” (F.J. 6º *in fine*). Por consiguiente, de modo alguno –se ha de repetir de nuevo– en esta resolución judicial se instruye el proceso, ni se *participa* en la instrucción, sino exclusivamente se realizan las afirmaciones jurídicas estrictamente necesarias para dar respuesta al mecanismo jurídico de la admisión o inadmisión a trámite de una querella.

La cuestión es aún más clara respecto al Auto de fecha 15 de junio de 2009, en donde el Tribunal se limita a resolver una cuestión estrictamente procesal derivada de la presentación de una nueva querella por una acción popular distinta de la ya admitida a trámite mediante el Auto citado de 26 de mayo de 2009, ahora instada por la Asociación Libertad e Identidad, y en donde la Sala de Admisión se limita a estudiar el contenido del art. 113 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, llegando a la conclusión que para evitar dilaciones indebidas y en pro de la identidad de planteamientos por ambas acusaciones populares, sendas partes deberán litigar de forma acumulada, de manera que las mismas (esto es la citada Asociación y el inicial Sindicato de Funcionarios Manos Limpias) actúasen bajo la misma representación y dirección letrada. Como es de ver, ninguna relación guarda tal decisión con la instrucción sumarial, en términos de averiguación de hechos o de adopción de posturas o adelanto de prejuicios de clase alguna, por lo que aquí, ni siquiera cabe imaginar cualquier tipo de contaminación en el dictado de este Auto. Y lo propio ha de predicarse del Auto de fecha 20 de octubre de 2009, en donde la Sala desestima el recurso presentado por una persona física, concretamente Don Pedro González-Bueno Benítez, que solicitaba se le tuviera personado en concepto de acusador particular frente al Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón Real, y ello a pesar de que se personaba con la intención de reivindicar la memoria de su padre, citado en la causa de referencia, pues “aún así el hijo del mencionado

aún con legítimo interés en proteger y defender la memoria de su padre fallecido no es un perjudicado por la acción supuestamente prevaricadora, puesto que se sitúa fuera del ámbito a que hemos hecho referencia”. En esta resolución judicial los Magistrados ahora recusados salen en defensa del juez querellado, en tanto advierten que las alegaciones de este acusador que pretende personarse en la causa, las hace “mezclando... unas consideraciones valorativas del querellado que pudieran afectar su prestigio y buen nombre”.

De igual manera, resulta impensable forma alguna de *contaminación* por haber formado criterio previo o adentrarse en tareas instructoras ajenas al control de legalidad que corresponde a la Sala de Admisión, en lo resuelto mediante Auto de fecha 8 de octubre de 2010, en tanto que no se corresponde siquiera con un recurso del ahora recusante, sino que se refiere a la desestimación de la queja sustentada en apelación por la acusación popular “Falange Española de las JONS”, sobre defectos en la redacción del escrito de acusación, por los que terminaría siendo expulsada de la causa en tal concepto. El propio recusante interesa ante tal Sala la desestimación del recurso formalizado por la contraparte, y en consecuencia, reconoce la corrección de lo resuelto por el Instructor, de manera que no puede ahora tildarse de resolución parcial lo que entonces se consideró justo. En definitiva, se tuvo *por precluido en su derecho* a “Falange Española y de las JONS” a los efectos de formular acusación y apartada de la querella, que inicialmente había sido tomada en consideración como querellante en Auto de fecha 15 de diciembre de 2009, por lo que no se observa qué suerte de criterio instructorio “contaminante” pueden haber mostrado los Magistrados de la Sala al dictar esta resolución judicial.

En el Auto de 13 de diciembre de 2010, la Sala ya se encuentra compuesta por los siete Magistrados llamados al enjuiciamiento de la causa, toda vez que la fase de instrucción ha concluido, las partes han presentado sus respectivos escritos de calificación provisional (denominados en el procedimiento abreviado escritos de acusación y de defensa), y conjuntamente han propuesto las pruebas de que pretenden valerse en el acto del juicio oral. La labor del Tribunal sentenciador, conforme a lo dispuesto en el art.

785.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es examinar tales pruebas, dictando la resolución judicial procedente (el dictado de este Auto precisamente), admitiendo las que consideren pertinentes y rechazando las demás, y previniendo –en su caso– lo necesario para la práctica de la prueba anticipada. Dictada esta resolución judicial, procede ya el señalamiento del juicio por el Secretario Judicial. Analizando tal Auto, es meridiano que la Sala de Enjuiciamiento realizó las labores de admisión y denegación del pruebas propuestas para el plenario, conforme a lo ordenado la ley, fuera de cualquier actuación de instrucción –que ya había finalizado– y sin comprometer criterio alguno respecto del “*thema decidendi*”, como es de ver con su simple lectura, ofreciendo exclusivamente las razones por las que admitía o denegaba tales propuestas probatorias de las partes para practicar en el plenario.

En consecuencia, se inadmite “a limine” el incidente de recusación con respecto a *todas las resoluciones judiciales precedentes* por carecer *manifiestamente de fundamento* y de cualquier atisbo de pérdida de la imparcialidad objetiva en el dictado de tales Autos, posibilidad que permite adoptar la ley a este Instructor, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 59 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal es la doctrina de este Tribunal en casos semejantes, como en el Auto de fecha 22 de julio de 2007 (causa especial 329/2007) en donde se lee que “si de manera patente los hechos que pudieran dar sustento a la pretendida causa de recusación carecen de toda entidad, procedería el rechazo *a limine* de la recusación”.

SEXTO.- Los Autos de fecha 23 de marzo de 2010, 26 de julio de 2010 y 28 de julio de 2010, requieren un tratamiento aparte. Por el primero se ratifica la resolución del Magistrado Instructor de “no haber lugar a su sobreseimiento, desestimando la pretensión así formulada por el querellado”; en el segundo, lo que se impugna es el Auto de conversión de las diligencias previas en procedimiento abreviado, acotándose el ámbito de la instrucción; y finalmente, mediante el tercero, la Sala da respuesta al incidente originado con las resoluciones del Magistrado Instructor por las que se produjo un requerimiento para subsanar los escritos de acusación (Auto del

Instructor de fecha 20 de abril de 2010 y la Providencia del día 21), dictándose el precitado Auto de 28 de julio de 2010, al que se une un Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. Don Joaquín Giménez García, por el que se expresa su opinión acerca de que debiera haberse estimado parcialmente el recurso del querellado, con la oportuna retroacción de actuaciones a la fase precedente.

Con respecto a estas resoluciones judiciales, y *sin poder hacer valoración alguna*, el Instructor de este incidente de recusación *no puede* inadmitir de manera preliminar una causa de recusación que ha ser valorada por la Sala llamada a resolver este incidente, que lo es la diseñada en el art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando – como aquí ocurre– uno de los cinco Magistrados recusados, concretamente el citado Excmo. Sr. Don Joaquín Giménez García admite en su escrito que concurre tal causa de recusación –la primera de las dos esgrimidas por el recusante– por pérdida de la debida imparcialidad objetiva, conforme se argumenta en su escrito obrante en este expediente. Y como quiera que tal posición requiere necesariamente la admisión a trámite de tal expediente y el reenvío a la Sala citada, por no ser competente este Instructor para aprobar tal postura que individualiza uno de los Magistrados recusados, ello significa que no es posible, en consecuencia, la eliminación completa de todo el material propuesto con la aludida inadmisión preliminar, puesto que la causa examinada es única y afecta por igual a todos los Magistrados, al no residenciarse en relaciones subjetivas con las partes, no siendo tolerable, por ende, que tenga, a la postre, resultados finales o resolutivos diversos, admitiéndose o rechazándose para unos Magistrados sí, y para otros, no. En este sentido, el Ministerio Fiscal se ha pronunciado apoyando tal causa de recusación. Obsérvese que el Magistrado citado ha concluido en su escrito que la causa está fundada, teniéndola por cierta, en tanto que considera que “los temores y recelos expresados por el recusante de que este Tribunal ha dado la apariencia de una idea preconcebida acerca de su culpabilidad son serios y fundados, tanto desde la perspectiva del *recurrente* [quiere decirse, recusante], como también y muy singularmente desde la perspectiva de un observador externo. Todo ello ha acarreado la quiebra de la imparcialidad objetiva que esta Sala debe transmitir, y todo ello se dice sin perjuicio de añadir que lo expuesto en nada afecta

a la imparcialidad subjetiva de los propios Magistrados como razonaré enseguida”.

Por consiguiente, y sin que a este Instructor le corresponda ya analizar el contenido de meritados Autos, y en función *exclusivamente* de que la decisión ha de ser conjunta respecto a todos los Magistrados, y pertenece por diseño legal a la Sala del art. 61 LOPJ, es por lo que se acuerda admitir parcialmente este incidente a trámite, únicamente en lo que respecta a tales tres resoluciones judiciales.

Con relación a ello, tampoco podemos dejar de recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, pues desde la STC 47/1982, ha venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar «por incumplimiento de los requisitos formales [...], por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente». En consecuencia, la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria, esto es, *manifiestamente infundada* (SSTC 234/1994 y 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 LOPJ), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 CE) (por todas, STC 234/1994).

SÉPTIMO.- Resta ahora por resolver la segunda causa de recusación, que ha sido articulada como “*tener interés indirecto en la causa*”, a que alude el apartado 10º del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Sobre la misma, todos los Magistrados recusados están conformes en su patente inexistencia, y también el Ministerio Fiscal y la conjunta acusación popular al informar en este expediente.

Y este mismo es el criterio de este Instructor. Además, supone el planteamiento con este motivo de recusación de una gruesa incongruencia con las consideraciones precedentes que se dejan expuestas en el escrito de recusación, pues tras tachar que los Magistrados han tomando criterio previo y prejudicial –incluso perjudicial– contra el querellado, invadiendo funciones instructoras, a continuación –en el curso de esta queja– se sostiene precisamente *lo contrario*. Así, textualmente, se lee en el escrito presentado por el recusante que: *“sólo desde este interés puede entenderse la intención de estos Magistrados –clara y reiteradamente expuesta– en no contaminarse, en no manifestar expresamente su opinión sobre el asunto (entendiendo incluso que la posibilidad de implicarse en una valoración de fondo supondría, literalmente, un «peligro»)”*. Pues, bien, si se admite la intención de “no contaminarse” ni expresar siquiera “su opinión” por parte de los Magistrados recusados, claro es que de tal actitud no puede desprenderse ningún interés, ni directo ni indirecto, en resolver el fondo del asunto de la manera que tan infundadamente teme el recusante. No existe absolutamente ningún elemento indiciario para deducir tal intencionalidad, y en consecuencia, esta causa de recusación no puede ser admitida a trámite, pues ningún principio de prueba se ha alegado ni aducido, y por consiguiente carece manifiestamente de fundamento.

III. PARTE DISPOSITIVA

DISPONGO:

Se admite de forma parcial a trámite el expediente de recusación núm. 2/2010 presentado por la representación procesal del **Ilmo. Sr. Don Baltasar Garzón Real** afectante tanto al Excmo. Sr. Presidente de la Sala como a los cuatro Excmos. Sres. Magistrados que formaron parte de la Sala de Admisión en esta causa especial, por el motivo dispuesto en el art. 210.11º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y exclusivamente en cuanto a los Autos de fechas 23 de marzo de 2010, 26 y 28 de julio de 2010, procediendo la inadmisión a trámite en todo lo demás, así como igualmente se rechaza la admisión a trámite de la causa de recusación determinada en el art. 219.10º de la

propia Ley Orgánica, confiriéndose traslado a las partes para que puedan proponer la prueba que interesen en el plazo de diez días, y acto seguido se remitirá el expediente a la Sala Especial del art. 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para su resolución.

Notifíquese a las partes.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Magistrado Instructor Don Julián Sánchez Melgar.

Fdo.: Julián Sánchez

Melgar