

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCIÓN CUARTA

Rollo nº 9502/18

Recusación en Rollo 10362/17 Sección Séptima

AUTO NÚM. 1150/18

ILMOS. SRES.:

D. JOSÉ MANUEL DE PAÚL VELASCO

D^a MARGARITA BARROS SANSINFORIANO

D. FRANCISCO GUTIÉRREZ LÓPEZ

D. CARLOS LUIS LLEDÓ GONZÁLEZ

D^a. CARMEN BARRERO RODRÍGUEZ

En la Ciudad de Sevilla, a 6 de noviembre de 2018.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Rollo 10362/17 de la Sección Séptima, el acusado D. Francisco Vallejo Serrano formuló recusación de la Magistrada D^a Mercedes Alaya Rodríguez, a la que había correspondido la ponencia, incidente que tras subsanar los defectos advertidos fue admitido a trámite, designándose instructor al Magistrado D. Francisco de Asís Molina Crespo, que dictó auto por el que admitía la prueba documental, única propuesta, y remitía el testimonio a la Oficina de Reparto para su remisión a la Sección que resultara competente para decidir el incidente, que resultó ser esta Sección Cuarta.

SEGUNDO.- Turnado el recurso a este Tribunal, se registró seguidamente el oportuno Rollo, designándose ponente al Magistrado Sr. Lledó González; tras la oportuna deliberación, la Sala acordó resolver como a continuación se expone.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *“Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional, siendo la recusación el instrumento legal establecido para preservarlo, constituyendo en sí mismo un derecho fundamental integrado en el más amplio derecho a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 CE)”*; así se pronuncia la sentencia del Tribunal Constitucional 178/2014, de 3 de noviembre, lo que dimensiona ya adecuadamente la trascendencia de la cuestión que debe ser abordada por esta Sección en la presente resolución respecto de la recusación que articula el acusado Sr. Vallejo Serrano respecto de la Magistrada Sra. Alaya Rodríguez, designada ponente para el enjuiciamiento de la causa en la Sección de esta Audiencia Provincial a la que pertenece, recusación que sustenta en la causa prevista en el artículo 219.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La parte recusante hace ya un extenso resumen de la doctrina al respecto del TEDH, del Tribunal Constitucional y de nuestro Tribunal Supremo, por lo que se antoja innecesario abundar en ella y resultará suficiente con destacar ahora algunas premisas que ayudarán a contextualizar nuestra respuesta:

1.- La imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario (TEDH Hauschildt c. Dinamarca, 24 de mayo de 1989, §47, serie A núm. 154), a un Tribunal se le presume exento de prejuicios o de parcialidad (TEDH Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica, 23 de junio de 1981, § 58, serie A núm. 43).

2.- El derecho a la imparcialidad judicial 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.

3.- Al hilo del punto anterior, es ya un tópico distinguir entre una imparcialidad subjetiva (que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, que engloba todas las dudas que deriven de las relaciones del Juez con aquellas) y una imparcialidad objetiva (referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el Juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él); en este sentido, por citar algunas, las sentencias del Tribunal Constitucional 47/2011, de 12 de abril, 60/2008, de 26 de mayo, y 26/2007, de 12 de febrero.

4.- En relación con esta segunda faceta de la imparcialidad, que es la que realmente se cuestiona en las presentes, 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, de manera 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).

5.- En palabras del TEDH (sentencia de 15 de octubre de 2009, caso Micallef contra Malta), *"la imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y... debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva 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"*.

6.- La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues afecta a la composición del órgano judicial y al derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, en la medida en que apartaría 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.

7.- Conectado con el punto anterior, 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 (vid. sentencias del Tribunal Constitucional 162/1999, 140/2004, 26/2007, 60/2008 y 47/2011); dicho de otro modo, *"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"* (Ferrantelli y Santangelo contra Italia, 7 de agosto de 1996).

8.- Respecto de la invocada causa 10ª del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el interés directo o indirecto como causa de recusación será siempre el personal y no el de índole profesional, de forma que no es admisible invocar la contaminación por el criterio jurídico del juez vertido en la actividad jurisdiccional precedente (Sala Especial del Tribunal Supremo, Auto de 25 de febrero de 2010), lo que en las presentes no podría referirse a esta causa –en la que no ha intervenido previamente la Magistrada recusada- pero tampoco podría predicarse respecto de su intervención en otras causas a las que tangencialmente se refiere el propio recusante y en relación con las resoluciones judiciales que allí dictara dicha Magistrada, pues obviamente la previa exteriorización de un criterio técnico o jurídico en el ejercicio de la jurisdicción no puede inhabilitar a un juez para continuar ejerciendo su función en tal caso ni para asumir funciones jurisdiccionales en otros distintos, pues *"los criterios de interpretación y aplicación del derecho expresados por los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional no pueden servir de presupuesto para fundamentar una recusación por falta de imparcialidad objetiva"* (auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2008).

9.- Por último, en la interpretación de las causas de recusación se ha de ser particularmente exquisitos, pues como recuerda el reciente Auto de la Sala Especial art. 61 del Tribunal Supremo de 13 de septiembre pasado, *"de lo contrario, la conformación del órgano jurisdiccional quedaría a la libre disposición de los litigantes, que tendrían un resquicio para buscar juzgadores a su medida, por no mencionar que ello podría representar una excusa para jueces o magistrados deseosos de apartarse de asuntos incómodos. Y todo ello determinaría, como es obvio, una quiebra del principio de la predeterminación legal del juez o tribunal (arts. 24 y 117 de la Constitución), que se encuentra en el núcleo mismo del Estado de derecho"*.

SEGUNDO.- Tras las anteriores consideraciones estamos en condiciones de abordar la cuestión nuclear del presente procedimiento: dilucidar si puede afirmarse externa y objetivamente comprometida la imparcialidad de la Magistrada que ha sido designada por turno como Ponente de la causa repartida a la Sección Séptima como Rollo 10362/17.

El recusante centra su argumentación en dos intervenciones públicas de la Magistrada en cuestión, una primera como entrevista concedida al periódico ABC y publicada los días 21 y 22 de mayo y la segunda a medio de su intervención en un coloquio en el Club Siglo XXI el día 4 de junio siguiente; de lo allí expresado por la Magistrada infiere ya el recusante que mostró cierta ideología, simpatía o rechazo hacia una concreta formación política a la que él pertenece, rechazo que conforme avanza su escrito va convirtiendo en verdadera "antipatía" hacia ese partido que, a su decir, se traduce en animadversión hacia sus dirigentes y que puede afectar a los encausados que representen a esa fuerza política, por mas que acaba reconociendo que ello no alcanzaría a cuestionar la imparcialidad de la Magistrada para enjuiciar a cualquier afiliado o simpatizante, lo que sin duda sería un planteamiento de todo punto desorbitado.

Y ya podemos adelantar que este tribunal comparte, en punto a la recusación, las atinadas alegaciones del Ministerio Fiscal, en la medida en que esas afirmaciones del recusante son mas inferencias subjetivas u opiniones que auténticos condicionantes objetivos y acreditados de la imparcialidad de la

Magistrada; la Magistrada expuso en esos foros ciertas opiniones relacionadas con su vivencia personal y profesional en determinados asuntos –no en el que le ha sido turnado ahora-, tamizadas las mas de las veces por expresiones como *presunto* o *en mi opinión*, y obviamente no es este tribunal el llamado a pronunciarse sobre la oportunidad y mayor o menor acierto de aquellas manifestaciones, pues entre otras cosas la opinión no es sino juicio o valoración personal que no puede ni debe analizarse con el canon de veracidad.

Sí que destaca de todas aquellas declaraciones que la Magistrada no se refirió en ningún momento al recusante nominalmente ni de forma indirecta que permitiera identificarlo como destinatario de sus referencias o sujeto de sus opiniones; tampoco se menciona el presente procedimiento o la causa matriz de la que dimana, identificada coloquialmente como “caso Invercaria”, que se ha instruido en el Juzgado nº 16 (del que no era titular la recusada), excepto una muy tangencial referencia para decir que ese y otros casos que identifica genéricamente como “*corrupción*” aconsejan la creación de juzgados especializados, a lo que obviamente no puede otorgarse la dimensión y trascendencia que pretende el promotor de la recusación, pues de una parte basta la lectura del escrito de acusación del Ministerio Fiscal para colegir que estamos ante lo que en términos de opinión pública se identifica como *corrupción* (se acusa por prevaricación y malversación a quien fue Consejero de la Junta de Andalucía y a otras personas en relación con hechos que se dicen cometidos a través entidades mercantiles de titularidad pública –y otra cosa es que tales hechos sean o no ciertos y típicos penalmente, para lo que precisamente habrá de celebrarse el juicio oral-), y de otra, tal afirmación no permite presumir el mínimo contacto previo de la Magistrada con dicha causa o un conocimiento de la misma que no fuera el publicado por los medios de comunicación, idéntica circunstancia en la que también se refirió a otros asuntos judiciales alejados de esta comunidad autónoma, que obviamente no instruyó y que también menciona por su nombre coloquial.

Por supuesto que las manifestaciones de la Magistrada respecto a las penas con que habrían de ser castigados determinados delitos no pasan de ser una reflexión personal de un operador jurídico dirigida básicamente al legislador, a la que incluso otorga cierta carta de naturaleza el artículo 4 del Código Penal, pero no

permite ni de lejos sospechar que en su ejercicio jurisdiccional no se someterá al principio de legalidad consagrado en ese mismo precepto y los anteriores. Y poco detenimiento merece también la afirmación contenida en el escrito de recusación respecto de que en las presentes actuaciones se enjuicia una actividad política y que en ello podía interferir la mayor o menor simpatía de la Magistrada hacia unas u otras opciones, pues es obvio que en ésta, como en todas las causas penales, se enjuician hechos que, de resultar acreditados, podrían colmar las exigencias típicas de determinados delitos contemplados como tales por nuestro legislador.

La parte recusante destaca también las referencias de la Magistrada a las interferencias o presiones políticas que dice haber sufrido durante aquella etapa de su carrera profesional, que ella misma concreta en las manifestaciones a su decir constantes en prensa por parte de determinados responsables políticos, así como la idea expuesta por la recusada respecto a un pacto entre los dos partidos políticos que menciona y que, también a su decir, concluyó con su apartamiento de las labores como instructora, decisión que residencia en el CGPJ aunque adjetivando a los vocales que lo conforman en función del partido político que los respaldó en su nombramiento parlamentario, conforme al sistema vigente. Ni una cosa ni la otra, que siguen residenciadas en el ámbito de la mera opinión de su autora, tienen proyección alguna sobre la presente causa ni sobre la persona del Sr. Vallejo; supone un salto en el razonamiento presumir que de aquellas intervenciones se infiere una manifiesta animadversión hacia un concreto partido y que ésta necesariamente se ha de presumir también, al menos, respecto de quienes en algún momento han ostentado responsabilidades políticas o públicas en tal organización, lo que no pasa de ser una presunción de parte, una prevención o duda si se quiere, pero de carácter nítidamente subjetivo, sin que se alcance a encontrar verdaderas razones o motivos objetivos de entidad o consistencia suficiente como para respaldarla.

De este modo, el recusante no logra acreditar prevención, prejuicio o predisposición alguna de la Magistrada para el imparcial enjuiciamiento de la presente causa, como ponente e integrante de un tribunal colegiado, pues no puede darse tal alcance a lo que no pasan de temores, sensaciones u opiniones personales del recusante que no resultan objetivamente justificadas, lo que lleva

sin mas a rechazar la recusación articulada, lo que por expreso mandato del artículo 228.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial conllevará la devolución del conocimiento de la causa a la Magistrada recusada y la imposición de las costas al recusante, sin que se aprecien circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, es por lo que este Tribunal acuerda:

PARTE DISPOSITIVA

Desestimamos la recusación formulada por la representación procesal de D. Francisco Vallejo Serrano respecto de la Magistrada de la Sección Séptima D^a Mercedes Alaya Rodríguez, a la que será devuelto el conocimiento de la causa, con expresa imposición al recusante de las costas del presente incidente.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno, y remítase testimonio de la misma a la Sección Séptima a los efectos oportunos.

Así lo acuerdan y firman los Magistrados cuyos nombres se han consignado al principio. Doy fe.

DILIGENCIA.- Seguidamente se cumple lo acordado. Doy fe.-