TRIBUNAL SUPREMO
SALA SEGUNDA
Causa Especial nº 20907/2017

A LA EXCMA. SALA

EMILIO MARTÍNEZ BENÍTEZ, Procurador de los Tribunales y obrando en nombre y representación de la Sra. **CARME FORCADELL LLUIS,** según consta acreditado en las presentes actuaciones, ante la Excma. Sala respetuosamente comparezco y, como mejor en derecho proceda, DIGO:

Que por medio del presente escrito, y al amparo de los artículos 52 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) y artículos 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), se promueve **INCIDENTE DE RECUSACION** respecto a los Magistrados Excmos. Sres. D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Luciano Varela Castro y D. Antonio del Moral García; petición que fundamento en las siguientes

A L E G A C I O N E S

P R I M E R A.- OBJETO DE LA PRESENTE RECUSACIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES DE LA MISMA.

Mediante el presente escrito esta defensa esta parte solicita la abstención de los Excmos. Magistrados de la Sala anteriormente referidos por entender que, todo sea dicho muy respetuosamente, respecto a los mismos se relacionan elementos fácticos que constituyen motivos o causas de abstención, o en su caso de recusación, previstos en los apartados 9º, 10º, 11º y/o 13º del art. 219 de la LOPJ siendo que su intervención jurisdiccional en el presente procedimiento pudiera vulnerar el derecho a un juez imparcial, en relación con el derecho a un

procedimiento con todas las garantías, procediendo así la presente petición en aras a preservar los derechos establecidos en el art. 24.2 de la C.E.; en el art. 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH); art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE) y arts. 2.3ª y 14.1ª del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP).

En primer lugar, cumple advertir que la presente petición de abstención, o en su caso la tramitación del correspondiente incidente de recusación, cumple con los requisitos formales de conformidad con los arts. 56 LECrim y 223.1 LOPJ siendo que la misma se insta "*tan luego*" o "*tan pronto*" se ha tenido conocimiento de la causa en que se funda.

La presente petición de abstención, o en su caso tramitación del incidente de recusación, se formula dentro del plazo establecido en el art. 223.1 de la LOPJ habida cuenta de que **esta parte ha tenido conocimiento, por primera vez y de manera concreta, de la composición de la Sala que se encargará del enjuiciamiento del presente procedimiento mediante el Auto de fecha 11 de julio de 2018, notificado a esta parte en fecha 19 de julio del año en curso**.

Cumple manifestar que la determinación concreta y precisa de la composición de la Sala encargada del enjuiciamiento del presente procedimiento no se puede establecer de manera a apriorística en el momento inicial de la incoación del presente procedimiento, esto es el dictado del Auto de admisión a trámite o por remisión a Acuerdos de la Sala de Gobierno, sino que la misma queda determina, incluso solamente de manera parcial, mediante el dictado de la primera resolución una vez concluida la fase sumarial.

En dicho sentido, por ejemplo, el Auto de la Excma. Sala Especial de 20 de junio de 2011 ya resolvió acerca de dicha cuestión, poniendo de relieve que: "*siempre queda la duda acerca de si serán aquéllos que allí se indican como criterio general o serán otros, <u>en tanto en cuanto que por una parte ya se dice en ellas que el tribunal que habrá de resolver sobre la admisión a trámite de la causa será el mismo que la enjuiciará "en su caso</u>", lo que deja en pie una duda referida*

a en qué casos, sobre todo teniendo en cuenta que en una investigación para el enjuiciamiento de un hecho que en principio aparezca como delictivo ***puede tener con el tiempo derivaciones múltiples que obliguen a modificar esa previsión inicial****."*

Al hilo de lo expuesto y a mayor abundamiento, en el presente supuesto ni tan siquiera existe coincidencia entre los Excmos. Magistrados que en su día conformaron la Sala que acordó a trámite la querella, mediante Auto de fecha 31 de octubre de 2017, respecto de los que en estos momentos han sido designados como miembros de la Sala que enjuiciará a mi representada siendo que, además, no puede obviarse la posibilidad de que la misma sea conformada posteriormente con otros Magistrados que amplíen su constitución.

En todo caso, **procede estimar la validez formal del presente incidente de recusación, debiendo recordarse que en consonancia con la jurisprudencia del TEDH (por ejemplo, Caso De Cubber contra Bélgica), este mismo Tribunal manifestó en su STS nº1372/2005**, de 23 de noviembre, que, en relación con el incidente de recusación, "***no es posible condicionar su eficacia a criterios formalistas****"*. La misma resolución refiere, posteriormente, que "*lo trascendente es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber* ***de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa*****".**

Por todo ello, y para el caso de que se no se produzca la necesaria abstención de los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición de conformidad con lo que en adelante se expondrá, procederá la tramitación del correspondiente incidente de recusación de acuerdo con lo expuesto en el art. 223 y 225 de la LOPJ.

S E G U N D A.- VULNERACIÓN DEL DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL (EX. ART.24.2 DE LA C.E. Y ART.6 DEL CEDH) POR CONCURRENCIA DE LAS CAUSAS DE ABSTENCIÓN PREVISTAS EN LOS APARTADOS 9º, 10º, 11º Y 13º DEL ART. 219 DE LA LOPJ RESPECTO A LOS MAGISTRADOS OBJETO DE LA PRESENTE PETICIÓN.

El art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del CEDH, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (STC 154/2001) siendo que, como recordó el propio Tribunal Constitucional, dicha garantía debe considerarse "*la primera de ellas, **sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso**, es la de que el Juez o Tribunal, situado supra partes y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad*" (STC nº69/1995 de 17 de marzo).

Así, el Tribunal Constitucional **ha reiterado en muy diversas ocasiones la importancia que tiene el derecho al juez imparcial para garantizar que la Administración de Justicia pueda concebirse como la propia de un Estado de Derecho** (STC 299/1994 de 14 de noviembre).

La repercusión que la garantía de imparcialidad de Jueces y Magistrados tiene en las posibilidades de ejercer una defensa óptima nos lleva a recordar la máxima anglosajona "*justice must not only be donde, it must also be seen to be done"* (que tan acertadamente refería la STEDH HAUSCHILDT C. DINAMARCA de 24 de mayo de 1989) y que transmite la necesidad de que, durante el proceso, no solo se garantice el ejercicio de los derechos de las partes, sino que también se ofrezca la apariencia de que así será, lo que ocurre cuando no se ofrece jamás a las partes por el órgano juzgador motivos para dudar de su imparcialidad.

Por su parte, y no menos importante, especialmente por ser de aplicación en el caso que nos ocupa, debemos destacar la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha venido a labrar una consolidada doctrina que dispone que "*la imparcialidad judicial se salvaguarda también* ***a través de las apariencias****, pues en este punto está en juego la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia y, por consiguiente, un proceso justo requiere apartar todo atisbo de parcialidad que pueda afectar a los tribunales*" (Casos Delcourt, Piersack, De Cubber, Hauchlidt, Oberschlick, Castillo Algar, y más recientemente STEDH Vera v. España, 6 de Enero de 2010).

El Excmo. Tribunal tiene declarado que "*Puede afirmarse que no es posible obtener justicia en el proceso si quien ha de impartirla no se sitúa en una posición de imparcialidad, como tercero no condicionado por ningún prejuicio, bien sea derivado de su contacto anterior con el objeto del proceso o bien de su relación con las partes. Es por eso que* ***no puede apreciarse en el Juez, respecto a la cuestión sobre la que ha de resolver y en cuanto a las personas interesadas en ella, ninguna relación que pueda enturbiar su imparcialidad****.* ***Incluso las apariencias pueden tener importancia, pues pueden afectar a la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los ciudadanos en general, y en particular a quienes son parte en el proceso*** *(STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack; STEDH de 26 de octubre de 1984, caso De Cuber, y STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt)."*

El Tribunal Constitucional, con un extenso repertorio jurisprudencial del que ya se ha hecho uso *ut supra*, se ha encargado de dar forma al derecho a un juez imparcial más allá de consideraciones genéricas, y en el desarrollo de dicha tarea ha asegurado que **el sometimiento de Jueces y Tribunales al imperio de la ley supone que su criterio no puede orientarse "*por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, es decir, por motivos ajenos a la aplicación del derecho*"** (STC 142/1997).

De todo lo expuesto se desprende que el derecho a la imparcialidad de Jueces y Magistrados no puede interpretarse restrictivamente (STEDH DELCOURT C. BÉLGICA, de 17 de junio de 1970) y ello tiene como consecuencia, necesariamente, la **aceptación de una cierta laxitud en la apreciación de parcialidad por parte de los Jueces y Magistrados, debiendo bastar una mera duda razonable sobre aquélla para estimar la recusación** (STEDH HAUSCHILDT C. DINAMARCA de 24 de mayo de 1989).

1. **CONCURRENCIA DE CAUSAS DE ABSTENCIÓN EN LOS EXCMOS. MAGISTRADOS DADA SU PARTICIPACIÓN EN LA INSTRUCCIÓN DE LA CAUSA Y LA REALIZACIÓN DE VALORACIONES PREVIAS RESPECTO A LOS HECHOS OBJETO DE ENJUICIAMIENTO.**

Sentado lo antedicho acerca de la importancia del derecho a un juez imparcial y en relación a las concretas causas de abstención, o en su caso recusación, que respetuosamente esta parte observa respecto de los magistrados referidos, debe hacerse inicialmente mención a la concurrencia de la causa establecida en el apartado 11º del art. 219 de la LOPJ en cuanto que establece como tal: "*Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.*"

Como bien sabe esta Excma. Sala, los Excmos. Magistrados a los que se dirige la presente petición de abstención, o en su caso recusación, formaron parte de la Sala de Admisión, a excepción en dicho momento del Excmo. Sr. Antonio del Moral, que en fecha 31 de octubre de 2017 dictó Auto acordando la competencia de la Sala para el conocimiento del presente procedimiento y la admisión a trámite de la Querella interpuesta en su día.

Asimismo, posteriormente los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición también dictaron diferentes resoluciones en sede de la instrucción del presente procedimiento tales como el Auto de fecha 18 de diciembre de 2017, que desestimaba el recurso de súplica interpuesto por esta parte contra el inicial Auto de admisión a trámite, así como posteriormente también la Providencia de fecha 29 de enero de 2018 y el Auto de fecha 10 de abril de 2018.

Pues bien, según se argumentará en adelante, esta parte entiende que, dicho respetuosamente, **las valoraciones realizadas en dichas resoluciones por parte de los Excmo. Magistrados, cuya función será la de enjuiciar los presente hechos, conllevan necesariamente y de manera objetiva una previa aproximación, estudio y valoración fáctica y jurídica de los mismos hechos por los que, previsiblemente, se enjuiciará a mi representada y que necesariamente ha podido afectar a su imparcialidad necesaria.**

En relación a lo antedicho, debe recordarse que tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido una amplia y constante jurisprudencia, que aunque con ciertos términos diferentes, se refieren a los pronunciamientos previos efectuados en un procedimiento como un aspecto que afecta a la imparcialidad necesarias de quién formará parte del órgano enjuiciador.

Así, procede traer a colación a la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 162/1999, de 27 de septiembre, que recordaba:

"*El método de apreciación de estas exigencias empleado por el T.E.D.H., cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 C.E.), se caracteriza por distinguir dos perspectivas --subjetiva y objetiva--, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del T.E.D.H. dictadas en los casos Piersack (§ 30) y De Cubber (§ 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, § 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan.*"

"Nuestra jurisprudencia, siguiendo un criterio de clasificación diverso del utilizado por el T.E.D.H., ha agrupado bajo el común denominador de afectar a la "imparcialidad subjetiva" a aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes, mientras las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, hemos dicho, afectan a la "imparcialidad objetiva" (SSTC 145/1988, 11/1989, 136/1992, 372/1993 y 32/1994)."

Siendo así, y en los términos jurisprudenciales establecidos por el Tribunal Constitucional, esta parte observa la concurrencia de una causa objetiva de imparcialidad en la intervención de los Excmos. Magistrados objeto del presente procedimiento por cuanto que entendemos que los concretos pronunciamientos efectuados durante la fase de instrucción del presente procedimiento implican necesariamente una exteriorización previa de la valoración fáctica y especialmente jurídica de los hechos que serán objeto, en su día, del acto plenario del juicio oral.

I.- Cumple hacer, en primer lugar, referencia al **pronunciamiento efectuado mediante el Auto de fecha 31 de octubre de 2017 en relación a la admisión a trámite de la querella** formulada por el Ministerio Fiscal por cuanto que, obviamente, **conlleva una valoración de los hechos relatados en la misma así como la previa consideración por los Excmos. Magistrados de la Sala acerca de la relevancia penal que supuestamente presentan los mismos.**

Es decir, de acuerdo con lo establecido en el art. 313 de la LECrim, la admisión o no a trámite de una querella viene determinada por la necesaria valoración de los hechos y si los mismos constituyen o no un delito, obligando al órgano instructor (en este caso, la Excma. Sala de Admisiones que se corresponde con la Sala enjuiciadora) a efectuar un juicio de tipicidad sobre los hechos que se exponen en la inicial "*notitia criminis*".

En el presente supuesto, varias son las razones por las que esta parte entiende que el inicial pronunciamiento efectuado por los Excmos. Magistrados conlleva una previa valoración fáctica y jurídica de los hechos que deberán ser enjuiciados y, ello, conlleva una necesaria afectación a la imparcialidad del órgano enjuiciador.

En primer lugar, por cuanto resulta incontrovertido que los hechos objeto del presente procedimiento se han realizado de manera pública y el desarrollo de los mismos no solamente ha sido objeto de una constante plasmación y análisis en los medios de comunicación nacionales e internacionales sino que incluso muchos de ellos han sido publicados en los diferentes Diarios Oficiales del Estado.

En este sentido, los hechos que en su día se presentaban en la Querella formulada por el Ministerio Fiscal, y que eran plenamente conocidos en su integridad tanto por los Excmos. Magistrados como por toda la población en general, han resultado prácticamente plasmados de manera coincidente en lo general en el Auto de Procesamiento dictado por el Excmo. Magistrado Instructor que define el objeto del acto del juicio oral.

En segundo lugar, los Excmos. Magistrados no solamente realizaron una valoración de los hechos objeto del presente procedimiento, sino que en dicha resolución el juicio de tipicidad que se realiza de ellos va mucho más allá de la mera corroboración de unos supuestos indicios de criminalidad, sino que se profundiza en la calificación jurídica de los mismos cristalizando así el profundo análisis jurídico que de ellos efectuaron los Excmos. Magistrados.

Al respecto, debe recordarse por ejemplo que el Auto de admisión a trámite de la querella resolvía que:

"Y será entonces cuando pueda precisarse –en el primero de los casos- si esos actos son susceptibles de integrar las exigencias del tipo previsto en el art. 472 del C.P. o, por el contrario, han de ser subsumidos en los arts. 477 y 17.1 del C.P., que castigan la conspiración para la rebelión, delito en el que, por definición, los elementos del tipo proyectado no llegan a tener realidad, al no superar los conspiradores la fase propiamente preparatoria."

Es decir, los Excmos. Magistrados no solamente efectuaron una valoración del juicio de tipicidad efectuado en la Querella del Ministerio Fiscal sino que, aceptando el mismo en términos generales, incluso se introdujeron alternativas en

dicha calificación evidenciándose así una profunda valoración jurídico penal de los hechos que posteriormente serán objeto del enjuiciamiento por ellos mismos.

A mayor abundamiento, la notoriedad y publicidad de los hechos objeto del presente procedimiento, así como la importancia de la inicial valoración acerca de la relevancia penal de los mismos, queda plenamente ejemplificada en el proceder del Tribunal Regional Superior de Schleswig-Holstein que, con un conocimiento lógicamente más reducido que el de esta Sala en el momento de la admisión a trámite de la Querella, declaró inicialmente, ya en fecha 5 de abril de 2018, que "*si las autoridades españolas acusan a la Persona reclamada de haber participado en una "rebelión", su extradición resulta inadmisible desde un principio."* .

Se insiste, **los hechos objeto del presente son públicos y, por ello, la inicial valoración de su relevancia penal conlleva necesariamente la adopción de un prejuicio y una decisión ya adoptada acerca de la naturaleza de los hechos que serán en su día objeto del juicio.**

Finalmente, si lo expuesto no fueran ya razones suficientes en aras de considerar que los pronunciamientos efectuados en el Auto de 31 de octubre de 2017 implican la adopción de una valoración determinada de los hechos y su calificación jurídica, debe recordarse que dicha resolución se expresa, acerca de la Querella que dio inicio al procedimiento, en los siguientes y literales términos:

"La resolución ***no da por supuestas todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas*** *que se deslizan en la acción penal entablada."*

La literalidad del pronunciamiento de dicha resolución es claro. Los Excmos. Magistrados habían valorado "*todas y cada una de las valoraciones fácticas y jurídicas*" y, después de su posterior valoración, no daban "por supuestas" a todas ellas sino que, imaginamos, que solamente alguna, o muchas, de ellas.

Habida cuenta del tenor literal del pronunciamiento, la mera posibilidad de considerar que los Excmos. Magistrados encargados de enjuiciar a mi representada hayan dado ya "*por supuestas*" casi todas, muchas o algunas de las "*valoraciones fácticas y jurídicas*" efectuadas por el Ministerio Fiscal

en su querella implica necesariamente una objetiva apariencia de pérdida de imparcialidad.

Y al hilo de lo expuesto, debe de hacerse necesaria referencia a otras de las afirmaciones contendidas en dicho Auto de fecha 31 de octubre dado que, por su literalidad y contundencia, ya cristaliza que, efectivamente, los Excmos. Magistrados que formaron la Sala de Admisiones daban "*por supuestas*" algunas de las "*valoraciones fácticas y jurídicas que se deslizan en la acción entablada."*

Dicho extremo resulta objetivo cuando la referida resolución se expresa en los siguientes términos:

"*Sin embargo, para reivindicar su aplicabilidad no puede identificarse el resultado del delito con los efectos del delito, por más que estos puedan implicar, por su propia naturaleza, la destrucción del Estado de Derecho."*

Se insiste, la afirmación transcrita no solamente conlleva que la Sala de Admisiones valoró los hechos, las posibles delitos imputados e incluso los efectos de estos, sino que a mayor abundamiento la mera referencia a la posibilidad de la "destrucción del Estado de Derecho" implica incluso la manifestación de una valoración realizada en los mismos términos jurídicos e ideológicos que establece la propia Querella.

Por ello, siendo los hechos públicos y conocidos por los Excmos. Magistrados, la decisión adoptada en dicho Auto de 31 de octubre de 2017 supone una valoración fáctica y jurídica previa sobre exactamente los mismos hechos que en su día serán objeto del juicio y, en consecuencia, ello implica la observancia de una obvia apariencia de parcialidad de los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo y D. Luciano Varela que debe conllevar su abstención o, en su caso, su recusación.

II.- En relación con lo expuesto acerca de los pronunciamientos que se efectúan en **el Auto de 31 de octubre de 2017**, cumple advertir que dicha resolución no solamente acuerda la admisión a trámite de la querella interpuesta, previa valoración fáctica y jurídica de lo expuesto en la misma sobre unos hechos de conocimiento público, sino que además también **conlleva un pronunciamiento acerca la falta de apreciación y la no aplicación en el presente supuesto de la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria respecto a mi representada y al resto de los entonces querellados.**

Los hechos que fueron objeto de Querella por parte del Ministerio Fiscal, y que posteriormente se relacionan en el Auto de Procesamiento, respecto de mi representada se circunscriben todos ellos en actos parlamentarios efectuados por mi representada en su condición de M. H. Presidenta del Parlament de Catalunya y miembro de la Mesa del mismo.

En consecuencia, y según ha venido expresando esta parte en todo momento en el presente procedimiento, siendo que la conducta objeto de la Querella se relacionaba con el ejercicio de las funciones parlamentarias, votos y opiniones, que en condición de diputada y miembro de la Mesa del Parlament ejercía mi representada, resultaba de plena aplicación la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria de conformidad con el art. 57 del Estatut y en relación con los derechos a la libertad de expresión (art. 20 de la CE y 10 de la CEDH) y el derecho a la participación en asunto públicos (art. 23 de la CE y 25 del PIDCP).

Como bien sabe la Sala, el tratamiento jurídico penal de la inviolabilidad ha sido diverso, considerándose o bien un **supuesto de inimputabilidad o bien una causa de exención de la responsabilidad penal**. **En cualquiera de los supuestos, debe concluirse que la inviolabilidad supone para el diputado una falta absoluta de responsabilidad penal.**

En otras palabras, y como efecto en relación con el procedimiento penal, debe advertirse que la inviolabilidad parlamentaria no garantiza solo la no responsabilidad jurídica de los parlamentarios por las opiniones y votos emitidos en el ejercicio de sus funciones, **sino que es un límite a la jurisdicción de**

carácter absoluto y que debía conllevar necesariamente la inadmisión a trámite de la Querella interpuesta por el Ministerio Fiscal contra mi representada y los restantes miembros de la Mesa del Parlament.

Por ello, si bien es cierto que el Auto de fecha 31 de octubre de 2017 no hace un pronunciamiento expreso en relación con la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria, lo cierto y manifiesto es que **la mera admisión a trámite de la Querella interpuesta implica la no apreciación y la no aplicación de dicha prerrogativa a los/as diputados/as que, desde ese momento, resultaban en condición de investigados por unos hechos que se relacionaban con sus funciones parlamentarias.**

Al respecto, debe recordarse que la Querella del Ministerio Fiscal, objeto del Auto de fecha 31 de octubre de 2017, dedicaba todo un apartado de la "Calificación Jurídica" (apartado V, pág. 111 a 114) a exponer los argumentos por los que no debía de aplicarse la prerrogativa, siendo que dicho apartado se inicia con una clara referencia ello: *"En ningún caso pueden los querellados excusarse en el privilegio de la inviolabilidad."*

El contenido de la Querella demuestra que la valoración de la aplicación de la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria resultaba un elemento esencial para la admisión a trámite o no de la Querella formulada y, en consecuencia, acredita una vez más que los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición efectuaron ya en su momento la valoración fáctica y jurídica acerca de dicho extremo, concluyendo que no procedía la apreciación y aplicación de la prerrogativa respecto de mi representada y el resto de querellados.

A mayor abundamiento, cumple recordar que la necesaria aplicación de la prerrogativa parlamentaria fue objeto de Recurso de Súplica formulado por la representación del Sr. Joan Josep Nuet, siendo que el mismo fue desestimado mediante Auto de 18 de diciembre de 2017.

En conclusión, los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición de abstención, o en su caso recusación, mediante el Auto de fecha

31 de octubre de 2017 y el Auto de fecha 18 de diciembre de 2018 efectuaron una valoración fáctica y jurídica acerca de los hechos objeto de la Querella así como la no apreciación y la no aplicación de la prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria respecto a mi representada y el resto de procesados. En consecuencia, siendo este un pronunciamiento acerca de una de las cuestiones más relevantes en relación a la defensa de mi representada en el acto del juicio oral, impide a esta representación poder observar la imparcialidad objetiva y necesaria en relación a dicha cuestión de los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo, D. Luciano Varela y D. Antonio del Moral.

III.- Finalmente, huelga decir que los Autos dictados por los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición de abstención, o en su caso recusación, **también se han pronunciado acerca de una las cuestiones con mayor relevancia del presente procedimiento, esto es, la determinación del juez ordinario predeterminado por la ley respecto a los hechos objeto del presente procedimiento, con plena afectación y vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 de mi representada, en relación con el art. 6 del CEDH.**

En dicho sentido, el Auto de fecha 31 de octubre de 2017 acordó declarar la competencia de la Excma. Sala Segunda respeto a los hechos objeto de la Querella interpuesta por el Ministerio Fiscal mediante un necesario y profundo análisis de los hechos objeto de la Querella, así como mediante una interpretación arbitraria y extensiva de lo dispuesto en el art. 57 del Estatut d'Autonomia de Catalunya.

Asimismo, dicho análisis de los hechos objeto de la querella y de la interpretación efectuada por la Sala de Admisiones fue reiterado y confirmado mediante Auto de fecha 18 de diciembre de 2017 por el que se desestimaba el Recurso de Súplica interpuesto por esta parte contra el inicial Auto de Admisión de Querella.

En vista de lo resuelto por la Sala de Admisiones, debe tenerse en cuenta que en dos ocasiones los Excmos. Magistrados han reiterado una interpretación de los hechos de la querella y, mediante una interpretación arbitraria y extensiva de lo dispuesto en el art. 57 del Estatut d'Autonomia de Catalunya, han negado a mi representada y al resto de los procesados el aforamiento natural de los mismos, esto es el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, además de forzar el mantenimiento de la competencia de dicha Excma. Sala durante toda la fase de instrucción y, en vista del previo pronunciamiento, también lo será durante la fase de juicio oral.

Pues bien, habida cuenta del pronunciamiento realizado en su día por la Sala de Admisiones, cumple destacar que el mismo no es el producto de una mera comprobación de hechos y la competencia de la Sala, sino que dicha decisión es el producto de una interpretación que contradice los criterios que hasta entonces había utilizado la Sala acerca de dicha cuestión y que, además, conlleva atraer la competencia mediante un criterio especial y extraordinario en vez de la aplicación de un criterio general y ordinario que hubiera conllevado la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya.

Asimismo, la negación del aforamiento ordinario de mi representada conlleva también la negación de un procedimiento en el que goce del derecho a la doble instancia penal, habida cuenta de que el presente se enjuicia en única instancia e impide al acusado la posibilidad de interponer recurso solicitando la revocación de la resolución dictada (art. 24 de la C.E. y art. 6 y 13 del CEDH).

Según decíamos, el criterio aplicado por la Excma. Sala de Admisiones en el Auto de fecha 31 de octubre de 2017 supone una indebida aplicación extensiva del art. 57.2 del EAC y, conlleva asimismo, la modificación del criterio jurisprudencial de la misma que en anteriores ocasiones se había predicado en anteriores supuestos asimilables al presente.

En dicho sentido, por ejemplo, el Auto de la Sala de lo Penal de este Excmo. Tribunal de fecha 12 de noviembre de 2014 (Causa Especial 20753/2014):

"Una recta lectura de ambos preceptos evidencia que se está estableciendo una regla general y preferente –fuero residenciado en el Tribunal Superior de Cataluña-; y una regla complementaria –competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo- para los supuestos acaecidos (hay que sobrentender según se deriva de una interpretación sistemática: art. 70.1) fuera del territorio de la Comunidad (ATS de 13 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 250993)). Las conductas objeto de la querella y posteriores ampliaciones se han desarrollado en el ámbito de la Comunidad Autónoma Catalana. Las repercusiones o trascendencia más allá de esa circunscripción no alteran esa realidad. El lugar de comisión de las infracciones a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia ha de entenderse en un sentido predominantemente naturalístico: donde se llevan a cabo las acciones o acaecen los resultados tipificados como delito. Que esa actividad pueda trascender a otros lugares no habilita para dar pábulo a voluntariosos esfuerzos que muten ese cristalino criterio legal competencial, establecido a nivel de legislación orgánica, que conecta con el constitucional derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE (RCL 1978, 2836))."

Asimismo, cumple destacar que el Auto de fecha 31 de octubre de 2017, así como el posterior de fecha 18 de diciembre de 2017, dictados por la Sala de Admisiones han sido objeto de un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional interpuesto por esta representación, siendo que el mismo ha sido admitido a trámite (Asunto 637/2018) apreciando así dicho órgano que *"el recurso plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el no hay doctrina de este Tribunal."* (se adjunta tal resolución como **DOC.NÚM.1**)

En conclusión, los Excmos. Magistrados objeto de la presente petición de abstención o recusación han efectuado mediante el Auto de fecha 31 de octubre de 2017 un análisis de los hechos y han realizado una interpretación –dicho respetuosamente- novedosa, arbitraria y extensiva acerca de la asunción de competencia; que ha conllevado a alterar indebidamente el aforamiento ordinario de mi representada, vulnerando así su derecho al juez ordinario predeterminado por Ley (art. 24.2 de la C.E. y art. 6 del CEDH). En consecuencia, respecto dicho extremo los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena, D. Andrés Martínez, D. Juan Ramón Berdugo, D. Luciano Varela y D. Antonio del Moral han efectuado ya una valoración fáctica y jurídica que

afecta a su imparcialidad necesaria, procediendo así a su abstención o bien a tramitar la correspondiente recusación.

2. **CONCURRENCIA DE CAUSAS DE ABSTENCIÓN EN LOS EXCMOS. MAGISTRADOS AL HABER PARTICIPADO EN EL ENJUICIAMIENTOS DE HECHOS COINCIDENTES CON LOS QUE SON OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO.**

Mediante el presente escrito también se pone de manifiesto que los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez y D. Juan Ramón Berdugo participaron en la Causa Especial 3/20249/2016 seguida contra el entonces Diputado del Congreso, y hoy letrado codefensor de uno de los procesados, el Sr. Francesc Homs i Molist, resultando el mismo condenado por un delito de desobediencia grave.

Según es un hecho notorio y conocido por esta Sala, la Causa Especial anteriormente referida tenía como objeto el enjuiciamiento de la participación del Sr. Francesc Homs en aquellos hechos relacionados con la celebración de la votación realizada en fecha 9 de noviembre de 2014 (en cualquier caso, se adjunta al presente como **DOC.NÚM.2** la referida Sentencia).

Pues bien, en vista del objeto de dicho procedimiento y del enjuiciamiento del mismo en el que participaron los Excmos. Magistrados anteriormente referidos, el Auto de Procesamiento dictado en fecha 21 de marzo de 2018 que determina los hechos objeto del presente procedimiento recoge, en apartado 6 de dicha resolución, los siguientes extremos fácticos que serán objeto de enjuiciamiento:

"6. En las mismas fechas en las que se divulgó por el presidente de la Generalidad de Cataluña el Libro Blanco para la Transición Nacional de Cataluña, concretamente el 26 de septiembre de 2014, consecuencia del acuerdo político existente, el Parlamento aprobó la Ley Catalana 10/2014, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana, y el Gobierno de la Generalidad promulgó el Decreto del Departamento de la Presidencia de la Generalidad de Cataluña 129/2014, de 27 de septiembre, de convocatoria de la consulta popular no refrendaría sobre el futuro político de Cataluña.

Tanto la Ley de consultas populares, como el Decreto de convocatoria de la consulta popular, fueron suspendidos provisionalmente dos días después de su promulgación, en virtud de providencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre, comunicándose al presidente de la Generalidad de Cataluña la providencia de suspensión.

Pese a ello, la suspensión de estas normas tampoco fue asumida por las fuerzas soberanistas y, seis semanas después, el 9 de noviembre de 2014, se llevó a término una consulta general en Cataluña, que presentaba a los habitantes dos preguntas concretas: a) "¿Quiera que Cataluña sea un Estado?" y b)"¿En caso afirmativo, quiera que Catalunya sea un Estado independiente?".

Debe destacarse también que el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 31/2015 y 32/2015, de 25 de febrero, declaró finalmente la inconstitucionalidad y nulidad de las normas inicialmente suspendidas. Concretamente: a) Del artículo 3.3 de la mencionada Ley 10/2014, esto es, de la posibilidad de que estas consultas populares convocadas por la Generalidad de Cataluña pudieran tener carácter general y sectorial y b) del Decreto 129/2014, de convocatoria de la consulta popular no referendaria sobre el futuro político de Cataluña."

Resulta evidente en vista de la concreción de los hechos objeto del presente procedimiento, que **los Excmos. Magistrados que formaron la Sala de enjuiciamiento de la Causa Especial 3/20249/2016, en el presente procedimiento y en el acto del juicio oral, volverán a valorar y enjuiciar parcialmente los mismos hechos que en su día fueron objeto de dicho procedimiento y que, a la postre, concluyeron con una Sentencia condenatoria por la comisión de un delito de desobediencia grave.**

Dicha circunstancia resulta especialmente gravosa, en términos de la necesaria imparcialidad de los Magistrados que conformen la Sala, en relación a mi representada por cuanto que la misma, como el resto de los miembros de la Mesa del Parlament, verá como el objeto de enjuiciamiento se circunscribe a su actuación ejecutada en ejercicio de sus funciones parlamentarias y si, dicha actuación puede constituir o no el delito de desobediencia por el que en su día fue condenado el Sr. Francesc Homs (todo ello, obviando lógicamente la inverosímil e injustificada acusación por el delito de rebelión).

En conclusión, la participación de los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena, D. Andrés Martínez y D. Juan Ramón Berdugo en el enjuiciamiento de la Causa Especial 3/20249/2016 cuyo objeto era parcialmente coincidente con los hechos objeto del presente procedimiento y en el que se dictó Sentencia condenatoria por alguno de los mismos delitos que ahora se imputa a alguno de los procesados, conlleva la concurrencia de una causa de abstención, o en su caso recusación, prevista en los apartados 10º, 11º y/o 13º del art. 219 de la LOPJ.

3. CIRCUNSTANCIAS CONCURRENTES QUE PUEDEN AFECTAR A LA IMPARCIALIDAD SUBJETIVA DE LOS EXCMOS. MAGISTRADOS.

Sin perjuicio de lo antedicho hasta el momento, esta parte quiere y debe poner de manifiesto mediante el presente escrito algunas circunstancias concurrentes en el presente procedimiento que pudieran afectar a la imparcialidad subjetiva de los Excmos. Magistrados a quienes se les reserva la función enjuiciadora y que, como se verá, pudieran ser circunstancias que constituyen las causas de abstención previstas en los apartados 9º, y especialmente en el 10º, del art. 219 de la LOPJ; todo sea dicho con el máximo respeto y en términos de estricta defensa técnica de mi representada.

En primer lugar, esta parte debe poner de manifiesto que la tramitación de las Causas respecto a los aforados, y especialmente cuando ello se produce en este Excmo. Tribunal Supremo, **se produce una disfunción procesal por cuanto que el desarrollo de todo el procedimiento, tanto en su fase instructora como posteriormente en el enjuiciamiento, se produce ante el mismo órgano jurisdiccional.**

Ello conlleva, necesariamente, que tanto el Excmo. Magistrado que fue designado Instructor como los Excmos. Magistrados que conforman la Sala de enjuiciamiento tengan a su vez, en todas las otras causas que se tramitan en el Tribunal Supremo, una constante y diaria colaboración entre ellos que implica su lógica relación personal y profesional propia de quienes forman Sala de manera conjunta.

A su vez, y en particular en el presente procedimiento, debe hacerse también necesaria mención al hecho que las dos personas que han ocupado el cargo de Fiscal General del Estado durante la tramitación de la instrucción procedían, precisamente, de ejercer el cargo de Magistrados en esta Excma. Sala (en particular, el fallecido D. José Manuel Maza quién ocupaba el cargo en el momento de la presentación de la Querella; así como el D. Julián Sánchez Melgar, quién ocupó el cargo posteriormente y había sido uno de los integrantes de la Sala de Admisión de la misma).

Dicha circunstancia, que deriva de la legislación procesal estatal, se pone de manifiesto al ser un factor que puede suponer una injerencia en la debida objetividad e imparcialidad que debe regir en la aproximación y análisis que deberán efectuar los Excmos. Magistrados encargados del enjuiciamiento del presente procedimiento en relación con la necesaria diferenciación entre las funciones de instrucción y enjuiciamiento.

En relación a ello, esta parte también debe hacer mención, como circunstancia que debe valorarse en aras a preservar la absoluta imparcialidad de la Sala, al hecho de que en el **presente procedimiento se haya producido una mediatización de todas las resoluciones hasta ahora dictadas, que ha podido conllevar el conocimiento y valoración previa** de muchas de ellas por parte de los Excmos. Magistrados que conformaran la Sala enjuiciadora.

Dicho extremo, que debe de ponerse en relación con la anterior circunstancia, ha supuesto, por ejemplo, que la Sala de Recursos se haya pronunciado acerca de cuestiones que eran ajenas al objeto del recurso en cuestión que se había planteado[1]; siendo que, entiende respetuosamente esta parte, que dichas circunstancias deberán ser valoradas también por los Excmos. Magistrados al respecto de la petición de abstención para el caso de que considerarán procedente la misma.

---

[1] Así por ejemplo, el Auto de fecha 17 de abril de 2018 dictado por la Sala de Recursos, en virtud de un Recurso de Apelación presentado por la representación del Sr. Sánchez cuyo objeto era la negación de un permiso solicitado conforme los arts. 47 y 48 de la LOGP, se hizo abundantes referencias a la Resolución dictada por el Tribunal de Schleswig-Holstein que, s.e.u.o de esta parte, ni había sido citada por el recurrente ni formaba parte del rollo de apelación.

Finalmente, siendo que este procedimiento presenta una indudable connotación política dada la naturaleza de los hechos objeto del mismo, esta parte debe hacer una necesaria mención a los **Informes realizados y publicados por el GRECO**, que como órgano del Consejo de Europa, ha reiterado en diferentes ocasiones la necesidad de adoptar medidas que preserven la independencia del Poder Judicial y eviten que el mismo pueda ser susceptible de verse politizado, especialmente en la designación de los altos cargos.

En conclusión, este conjunto de circunstancias deben ser valoradas, junto con el resto de causas anteriormente referidas, en aras a realizar una correcta ponderación de las mismas y preservar así el derecho fundamental de mi representada a un juez imparcial, como expresión de un procedimiento con todas las garantías y a un juicio justo (art. 24.2 de la C.E. y art. 6 del CEDH).

En su virtud,

A LA EXCMA. SALA SOLICITO: Que tengan por presentado este escrito, se admita y, en sus méritos, se sirva por parte de los Excmos. Magistrados D. Manuel Marchena Gómez, D. Andrés Martínez Arrieta, D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, D. Luciano Varela Castro y D. Antonio del Moral García a acordar la abstención del conocimiento de la causa a favor de los Magistrados sustitutos naturales. Subsidiariamente, tras los trámites legales oportunos, se tramite el correspondiente incidente de recusación y su posterior estimación.

OTROSÍ PRIMERO DIGO: Que, si bien el artículo 223 LOPJ obliga a aportar un poder especial, en atención a la circunstancia de que la Sra. Carme Forcadell i Lluis se encuentra en prisión y al corto plazo que establece el art. 223 de la LOPJ, se solicita que se le permita a esta defensa subsanar *ex post* tal exigencia meramente formal mediante la remisión de exhorto a los Juzgados de Tarragona para que se proceda a la ratificación de la presente por parte de mi mandante.

A LA EXCMA. SALA SOLICITO: Que tengan por efectuada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

OTROSÍ SEGUNDO DIGO: Que de conformidad con la necesidad de aportación de principio de prueba de la presente causa de recusación, de acuerdo con el art. 223.2 de la LOPJ, se interesa que se emita el correspondiente testimonio de los siguientes particulares del presente procedimiento:

- Auto de fecha 31 de octubre de 2017 que acordaba la admisión a trámite de la Querella interpuesta.

- Auto de 18 de diciembre de 2017 que acuerde desestimar los recursos interpuestos por esta representación y por la del Sr. Joan Josep Nuet.

- Providencia de fecha 29 de enero de 2018.

- Auto de fecha 21 de marzo de 2018 por el que se acuerda el procesamiento de, entre otros, mi representada.

- Auto de fecha 10 de abril de 2018.

- Auto de fecha 17 de abril de 2018 dictado por la Sala de Recursos.

A LA EXCMA. SALA SOLICITO: Que tenga por aportados los principios de prueba respecto al presente incidente de recusación.

OTROSÍ TERCERO DIGO: Que de conformidad con lo expuesto en este escrito, invocamos expresamente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el derecho a juez independiente e imparcial, de conformidad con el derecho a un procedimiento con todas las garantías (art. 24 de la C.E.) como expresión del derecho a un proceso equitativo y a un juicio justo así como el derecho a un recurso efectivo (art. 6 y 13 del CEDH)

A LA SALA SOLICITO: Tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos procesales en derecho y, en especial, **a tenor del art. 44 LOTC.**

Es justicia que respetuosamente pido en El Catllar, a treinta y uno de julio de dos mil dieciocho.

Carme Forcadell Lluis

Ltda. Olga Arderiu Ripoll

Proc. Emilio Martinez Benítez