

A LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

ISABEL AFONSO RODRÍGUEZ, Procuradora de los Tribunales y de **ANNA GABRIEL i SABATÉ** y **MIREIA BOYA e BUSQUETS**, según consta debidamente acreditado en el presente procedimiento, comparece ante esta Sala y como mejor en derecho proceda

DICE:

Que mediante el presente escrito **INSTA CUESTIÓN DE COMPETENCIA** de este Tribunal para el conocimiento de la presente causa interesando que decline la misma en favor de los JUZGADOS DE INSTRUCCIÓN DE BARCELONA,

Que para el caso que no fuera admitida como tal, formula en idéntico sentido **INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES** al amparo del artículo 240 LOPJ por **VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES** en base a las siguientes

CONSIDERACIONES:

PREVIA. SOBRE LA PROCEDIBILIDAD DE ESTA CUESTIÓN

1.- **El art. 21.1. LECrim.** Esta parte es perfectamente conocedora del contenido literal del artículo 21. 1 LECrim (“*El Tribunal Supremo no podrá formar ni promover competencias, y ningún Juez, Tribunal o parte podrá promoverlas contra él*”), que de hecho se invoca en el propio auto de admisión de querrela y de declaración de competencia de este Tribunal de 31 de octubre dictado en este procedimiento; sin embargo y según se desarrollará en el presente escrito resulta estrictamente necesario en términos de justicia reinterpretar constitucionalmente este artículo -que como es bien sabido tiene un redactado establecido en 1882- a la vista de las alegaciones sobre competencia de este Tribunal que, en caso de no ser debidamente atendidas, afectarían al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley y al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y el

derecho a un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley en el marco del proceso debido (art. 6.1 CEDH).

2.- Inconstitucionalidad sobrevenida. La Constitución de 1978 prevé una disposición derogatoria tercera destinada a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas anteriores que se opongan a su contenido. La cuestión de la inconstitucionalidad sobrevenida ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional des de la STC 4/1981 de 2 de febrero y no ofrece muchas dudas. Si en una norma preconstitucional, como es el artículo 21 LECrim su redactado no admite una interpretación conforme a los derechos fundamentales y principios constitucionales -como sería entender que no existe posibilidad del justiciable de discutir o impugnar la competencia del Tribunal Supremo en materia penal- este precepto debe entenderse derogado.

3.- La situación en las otras jurisdicciones. Es un hecho evidente que el legislador procesal español no ha incurrido en ninguna prohibición similar en las normas dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1978. La Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) ni en la regulación de los conflictos de competencia (art. 42 y ss.) ni en la regulación de las cuestiones de competencia (art. 51 y ss.) no prevé exclusión alguna del Tribunal Supremo en cuanto a dichas posibilidades. Tampoco ni la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (1998) ni la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000) prevén para las respectivas jurisdicciones un precepto del tenor literal del art. 21.1.

4.- El carácter público de la competencia. La publicidad de la competencia judicial se evidencia del propio contenido normativo de los preceptos que la regulan. Así, su tratamiento procesal, tanto por lo que respecta a la competencia objetiva como a la competencia funcional y territorial, de conformidad con lo que prevé el artículo 19 LECrim puede ser planteada por cualquiera de las partes en cualquier momento del proceso. Lo que realmente importa es que el examen de la competencia, derivado de su carácter público y de las consecuencias de nulidad previstas en los artículos 238.1º y 240 LOPJ, sea cual fuere el órgano que conozca de la causa, puede ser abordado de oficio o instancia de parte en cualquier estado de la causa.

5.- Relevancia constitucional del debate. Ya en la STC 101/1984 de 8 de noviembre el Tribunal Constitucional establecía que:

"La predeterminación legal del juez significa que la Ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial

cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117 CE), pero, como es obvio, no a cualquiera de ellos en cualquier caso, sino, en cada uno de éstos, a aquel órgano judicial que resulte predeterminado por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan (art. 117 CE).”

6.- El incidente de nulidad habilita las partes. La propia LOPJ en la regulación de los actos procesales que pueden acarrear la nulidad de pleno derecho (art. 238.1) establece que son nulos de pleno derecho las actuaciones realizadas por parte de un tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional y prevé que cualquiera de las partes inste al Juez o Tribunal a declarar los defectos procesales que puedan generar nulidad de actuaciones en cualquier momento del procedimiento (art. 240).

7. Agotamiento vía interna. Siendo voluntad de esta parte denunciar esta cuestión en la jurisdicción internacional de tutela de derechos humanos es necesario agotar la vía interna de invocación (p.e. art. 35.1 Convenio Europeo de Derechos Humanos), y permitir al órgano nacional el reconocimiento y subsanación de la vulneración del derecho al juez predeterminado, independiente e imparcial que se produciría en caso de no tramitar y estimar la presente petición de declinación de competencia de esta Sala.

8. El derecho a un recurso efectivo. Como contrapartida de la previsión de subsidiariedad de la tutela internacional, el convenio exige en el art. 13 CEDH (reconocido también en el 47 CDF-UE y en el art. 2.3 PIDCP) un derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional para resolver las denuncias de vulneración de un derecho contenido en los respectivos tratados, siendo clara la jurisprudencia que ha desarrollado la cuestión por ejemplo en las SSTEDH Rotaru contra Rumanía de 4 de mayo del 2000 o en las recientísimas Cipolletta contra Italia y Sharxhi y otros contra Albania ambas de 11 de enero del 2018. Dado que en el presente escrito se denuncia la vulneración de derechos fundamentales, la falta de tramitación de este incidente o otras formas no efectivas de tutela de dichos derechos constituiría una vulneración del derecho al recurso efectivo (art. 13 CEDH, 2.3 PIDCP y 47 CDF-UE).

9.- Conclusión sobre procedibilidad. Una interpretación constitucional y respetuosa con los derechos fundamentales del contenido del art. 21.1 LECrim, a la vista de las consideraciones expuestas en las líneas anteriores, debe comportar la tramitación del presente incidente y la respuesta motivada a los argumentos jurídicos

expuestos en él, por ser además una invocación vinculada a la tutela de derechos fundamentales.

PRIMERA. MODIFICACIÓN DEL CRITERIO ESTABLECIDO EN EL AUTO DE ESTA SALA SEGUNDA DE 12 DE NOVIEMBRE DEL 2014

10.- El auto dictado en 2014. En el año 2014 y a raíz de la celebración de la consulta sobre la independencia de Catalunya celebrada el 9 de noviembre a instancias del Gobierno de la Generalitat, el partido político UPyD interpuso querrela contra el presidente de la Generalitat, la presidenta del Parlamento y otros representantes políticos por los delitos de malversación, desobediencia, usurpación de atribuciones, prevaricación y delito electoral. La querrela fue presentada ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo al considerar UPyD que debía realizarse la interpretación extensiva que ahora se sustenta en el Auto de 31 de octubre del 2017. En aquella ocasión, tanto el Ministerio Fiscal como esta Sala Segunda rechazaron de forma tajante la posible competencia de esta Sala Segunda.

11.- Posición del Ministerio Fiscal en 2014. Así se puede leer en este auto de 12 de noviembre del 2014 que el Ministerio Fiscal informó en contra de la competencia del Tribunal Supremo con el siguiente argumento:

“Esta tesis ya fue sostenida por el propio TSJ de Cataluña en su [auto de 30 de abril de 2013 \(JUR 2013, 233905\)](#) (recurso 7/2013) en asunto muy similar (querrela de la asociación "Manos Limpias" contra el Presidente de la Generalitat de Cataluña y Diputados de su Parlamento), siendo dictaminada en el mismo sentido por el Ministerio Fiscal. Los querellantes, haciendo una lectura extensiva del art. 57 de la [LO del Poder Judicial \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) , que fija las competencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo frente a las personas "aforadas" ante el mismo, interpretan en su escrito de querrela, que los hechos que la motivan "trascienden con mucho el ámbito de Cataluña"(...) ya que suponen extraer el derecho de sujetos soberano, el conjunto de los ciudadanos españoles, a favor de los ciudadanos residentes en la CA de Cataluña", tesis que, independientemente de la trascendencia que pueda otorgárseles a tales actos, resulta del todo punto inadmisibile pues supone sustraer competencias al órgano jurisdiccional ordinario predeterminado por la ley, y conllevaría, caso de admitirse, una flagrante vulneración del art. 24.2 CE.”

12.- Posición del Tribunal Supremo en 2014. La Sala Segunda del Tribunal Supremo asumió la perspectiva del Ministerio Fiscal y argumentó para rechazar la competencia de esta Sala y declarar la competencia del Tribunal Superior de Justicia que:

*“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 querrela 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)).*

El órgano jurisdiccional predeterminado legalmente no es en este supuesto la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En efecto con esta premisa y desde esta perspectiva una atenta lectura de los diversos hechos relatados permite concluir de forma indudable que las conductas que motivan la querrela se han desplegado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Cataluña. Ha de precisarse a estos fines que un delito de desobediencia se ha de considerar cometido en el lugar donde se desenvuelve la actividad prohibida o impedida; o donde debiera haberse llevado a cabo la conducta omitida (si es una desobediencia pasiva), con independencia del lugar donde pudo ser emitida la orden o de la sede del órgano del que emane el mandato incumplido (por todos AATS de 27 de noviembre de 1980 y 9 de julio de 1981 (RJ 1981, 3206) , 23 de mayo de 2007 (JUR 2007, 241198) ó 24 de abril de 2014 (JUR 2014, 133296) , entre muchos otros).”

13. Cambio de criterio del Tribunal Supremo en esta causa. La contundencia de los argumentos de aquel auto es perfectamente aplicable a la presente causa especial y no se ha justificado ni argumentado a qué responde el cambio diametral de criterio de esta Sala en la asunción de la competencia para el conocimiento y resolución de este concreto expediente judicial. Inexplicablemente, la Sala ya no hace referencia a la regla general y preferente de competencia del TSJ ni al sentido naturalístico con el cual hay que interpretar las cuestiones de competencia. El criterio naturalístico -que no podría sostenerse porque todos los hechos de la querrela suceden en Barcelona y otros puntos de Catalunya- se sustituye por la teoría de la ubicuidad y el criterio general y preferente ha sido sustituido por el complementario, con la única argumentación que el carácter

plurisubjetivo del delito de rebelión justifica tan excepcional interpretación. Sin embargo, el TSJ se ha declarado sistemáticamente competente para el conocimiento del delito de rebelión.

SEGUNDA. AUTOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA DECLARÁNDOSE COMPETENTE DE CONOCER EL DELITO DE REBELIÓN

14.- Autos del TSJ declarándose competente. A lo largo de los últimos años y especialmente durante la XI legislatura del Parlament de Catalunya distintos partidos políticos y sindicatos han interpuesto querellas contra algunas de las personas investigadas en el presente procedimiento por hechos algunos de los cuales aparecen referidos también en las resoluciones dictadas en la presente causa especial por delitos de rebelión y sedición. Todas estas querellas, al ir dirigidas a personas aforadas según el Estatuto de Autonomía de Catalunya se interpusieron ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya. El propio Tribunal Superior de Justicia de Catalunya también se consideró y declaró competente en todas y cada una de estas querellas con el informe en el mismo sentido del representante del Ministerio Fiscal. Curiosamente, el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya se declaró expresamente competente para conocer de las causas que se dirán y tramitó y resolvió sobre las mismas:

- Querella 7/2014, auto 37/2014 de 24 de marzo, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por rebelión y sedición.
- Querella 18/2014, auto 19/2015 de 8 de enero, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por rebelión y sedición.
- Querella 12/2015, auto 697/2015 de 2 de noviembre, dictado por el Ilmo. Enric Anglada i Fors, causa por rebelión y sedición.
- Querella 19/2015, auto 175/2016 de 20 de junio, dictado por el Ilmo. Carlos Ramos Rubio, causa por sedición y prevaricación.
- Querella 18/2015, auto 11/2016 de 1 de febrero, dictado por el Ilmo. Francisco Valls Gumbau, causa por sedición y rebelión.
- Querella 10/2016, auto 10/2016 de 1 de febrero, dictado por la Ilma. M. Eugènia Alegret Burgués, causa por conspiración a la sedición.

- Indeterminadas 2/2017, auto 13/2017 de 20 de febrero, dictado por el Ilmo. Carlos Ramos Rubio, causa por sedición y rebelión.
- Querrela 26/2017, auto 59/2017 de 31 de julio, dictado por el Ilmo. Francisco Valls Gumbau, causa por rebelión y sedición.

15.- Causas abiertas en la actualidad en el TSJ. De hecho y más allá de estos ocho autos referidos y nunca recurridos por el Ministerio Fiscal, existen abiertas en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña todavía en la actualidad las diligencias previas 3/2017 incoadas en su momento por la querrela de la fiscalía superior de Catalunya contra la consellera Meritxell Borràs y ampliadas posteriormente al conjunto del gobierno catalán mediante una segunda querrela que recibió registro de indetermnadas 41/2017 y acabó acumulada a las diligencias originales. Esta causa, instruida por la magistrada Ilma. Sra. Mercedes Armas investiga la preparación del referéndum, y por lo tanto hechos contenidos en la presente causa especial, y sin embargo la propia magistrada mantiene su competencia y esta Sala a la que nos dirigimos tampoco la ha requerido de inhibición; extremo que demuestra, esta vez empíricamente, que los hechos objeto del presente procedimiento no son competencia de este Tribunal Supremo.

TERCERA. LA CAUSA DEL JUZGADO DE INSTRUCCIÓN NÚM. 13

16.- Las DP 118/2017. Esta Sala es perfectamente conocedora que existe ya una causa abierta en el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Barcelona en la que también se investiga la participación de los miembros del gobierno y de la sociedad civil en la preparación del referéndum del 1 de octubre. De hecho, algunos de los atestados que obran en autos, las intervenciones telefónicas que se utilizan de soporte probatorio o incluso algunos documentos (como la agenda del Sr. Jové) provienen directamente de esas diligencias de investigación que se continúan tramitando en la actualidad y cuya delimitación de objeto con el presente procedimiento no ha llegado a producirse. Nuevamente, por lo tanto, existe otro órgano jurisdiccional conociendo de los mismos hechos que se encuentran en esta causa especial, aunque en este caso es un Juzgado de Instrucción en Barcelona. De hecho, durante algún tiempo coexistieron las DP 118/2017 del juzgado 13 y las 3/2017 del TSJ, en un reparto funcional entre no aforados y aforados sobre los mismos hechos. La apertura de una nueva causa ahora en el Tribunal Supremo con aforados y no aforados resulta evidentemente incomprensible.

CUARTA. EL DERECHO FUNDAMENTAL A UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE, IMPARCIAL Y PREFIJADO POR LA LEY. DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA TEDH.

17.- El TC y el derecho a la imparcialidad judicial. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta cuestión, por ejemplo, en la Sentencia 133/2014 de 22 de julio que incluye en su redactado la doctrina que también invocamos del TEDH. Como síntesis de planteamiento y superioridad y centralidad del derecho fundamental invocado, recuerda el TC:

“Por lo que se refiere al fondo de la cuestión planteada sobre el derecho a la imparcialidad judicial, este Tribunal ha afirmado que constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho que condiciona su existencia misma, ya que sin Juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional. Por ello, 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 \(RCL 1979, 2421\)](#) (CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE), con una especial trascendencia en el ámbito penal. El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial.”

18.- El TEDH y el derecho a la imparcialidad judicial. Nos recordaba la Gran Sala del TEDH en su Sentencia Micallef contra Malta de 15 de octubre del 2009, con gran síntesis, el concepto y la doble valoración subjetiva / objetiva de la imparcialidad de un tribunal (cap. 93):

“La imparcialidad normalmente denota la ausencia de prejuicios o favoritismos y su existencia puede ser probada de diferentes formas. De acuerdo con la jurisprudencia constante del Tribunal, la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración 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 (ver, inter alia , Fey contra Austria , 24 de febrero de 1993, Series A núm. 255, ap. 27,28 y 30, y Wettstein contra Suiza , núm. 33958/96, ap. 42, TEDH 2000-XII).”

19.- El TEDH y la imparcialidad objetiva. Este es el concepto que más nos interesa analizar de la jurisprudencia europea por su afectación al caso concreto. En ese sentido y en la misma sentencia establecía el TEDH (cap. 96-97):

“En lo que se refiere a la valoración objetiva, debe determinarse si, aparte de la conducta del juez, hay hechos verificables que puedan crear dudas sobre su imparcialidad. (...). Lo que es decisivo es si ese miedo puede ser sostenido para ser objetivamente justificado (ver Wettstein, citado arriba, ap.44, y Ferrantelli y Santangelo contra Italia , 7 de agosto de 1996, Informes 1996-III, ap.58). La valoración objetiva se refiere principalmente a los vínculos jerárquicos o de otro tipo entre los jueces y otros actores en los procedimientos (ver casos del tribunal militar, por ejemplo, Miller y Otros contra el Reino Unido , núms. 45825/99, 45826/99 y 45827 /99, 26 de octubre de 2004, ver también casos concernientes al doble papel de un juez, por ejemplo, Meznaric contra Croacia , núm. 71615/01, 15 de julio de 2005, ap. 36 y Wettstein , citado arriba, ap. 47, donde el abogado que representa al oponente del demandante posteriormente juzga al demandante en un conjunto de procedimientos y los procedimientos se solapan respectivamente) en los que objetivamente se justifican esas dudas como imparcialidad del tribunal, y así falla al cumplir la norma del Convenio bajo la valoración objetiva (ver Kyprianou , citado arriba, ap.121).”

20.- El TEDH y las consecuencias. La referida sentencia, en su capítulo 98, deja claras cuáles son las consecuencias de la falta de imparcialidad objetiva aunque sea de su apariencia, que no es otra que la necesidad de retirar a aquellos jueces que pueden estar afectados por esta situación:

“La justicia no solo debe realizarse, también debe verse que se realiza” (ver De Cubber , citado arriba, ap.26). Lo que está en juego es la confianza que debe inspirar en el público un tribunal en una sociedad democrática. Así, cualquier juez sobre el que recaiga una legítima razón para temer una falta de imparcialidad debe retirarse (ver Castillo Algar contra España, 28 de octubre de 1998, Informes 1998-VIII, ap.45).”

21.- El concepto de neutralidad. Como corolario de la concreción de este derecho fundamental nos parece de especial interés el contenido del voto particular emitido por el magistrado del Tribunal Constitucional Sr. Xiol Ríos, al que se adhirieron otros tres magistrados, a la STC 133/2014: *“La imparcialidad judicial debe identificarse, cuando se refiere al desarrollo del procedimiento, con una actitud de neutralidad del juzgador hacia las partes y con la voluntad de recibir de estas de una manera acrítica la información que se le va aportando. La actitud*

exigible al Juez se ha comparado por esta razón con la propia del método científico. Por tanto, en lo que aquí interesa, lo determinante para afirmar la pérdida de la imparcialidad judicial no es que existan prejuicios en el Juez, lo que en muchos casos será inevitable, sino que se susciten dudas sobre su actitud de neutralidad, esto es, su predisposición y su capacidad para prescindir de todo prejuicio o idea preconcebida al desarrollar su labor de enjuiciamiento en el caso concreto.”

QUINTA. APARIENCIA DE IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD EN LA PRESENTE CAUSA ESPECIAL. VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 6.1 CEDH y 47.2 CDF-UE

22.- El caso Wettstein contra Suiza. En el caso Wettstein contra Suiza de 21 de diciembre del 2000, el TEDH consideró infringido el artículo 6.1 del CEDH en el caso de un ciudadano en el cual un abogado de la parte adversa forma Sala como juez a tiempo parcial en procedimientos concomitantes en los cuales el demandado es parte. Este antecedente nos lleva a la pregunta de si el hecho que la querrela que dio origen al presente procedimiento firmada e impulsada por un fiscal que era miembro en excedencia de la Sala que ha de resolver la admisión, instrucción y enjuiciamiento de la querrela es conforme a la apariencia de imparcialidad y neutralidad que exige el art. 6.1 CEDH.

23.- El fiscal firmante fue miembro de la Sala. Dicho siempre con el máximo respeto y en exclusivos términos de defensa en el presente caso se da la circunstancia **objetiva** que el fiscal firmante de la querrela que da origen al procedimiento (y que de hecho incluye una modificación de las reglas de competencia que hasta aquel entonces habían regido en supuestos similares -tal como más adelante acreditaremos-) fue durante catorce años miembro de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, el órgano judicial encargado de su instrucción y enjuiciamiento. Este hecho conlleva que los magistrados llamados a resolver el litigio han sido durante años compañeros de Sala con una de las partes. Así, el fiscal general E. Sr. D. Manuel Maza fue miembro de esta Sala entre 2002 (RD 159/2002 de 1 de febrero) y 2016 (RD 545/2016 de 26 de noviembre), habiendo coincidido en la Sala con todos los magistrados que hoy la conforman. Además, esta coincidencia en el órgano de enjuiciamiento es de especial calado con los magistrados que acordaron la admisión de la querrela y la determinación de la competencia mediante el auto de 31 de octubre del 2017. Así con el E. Sr. D. Manuel Marchena Gómez (9 años), E. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta (14 años), E. Sr. D. Julián Sánchez Melgar (14 años), E. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre (12 años) y E. Sr. D. Luciano Varela Castro (9 años).

24. Falta de apariencia de imparcialidad objetiva. La Ley Orgánica del Poder Judicial en el art. 219 regula las causas de abstención y/o de recusación de jueces y magistrados. Se trata de un inventario de casos que *ex lege* obligan al magistrado a abstenerse del conocimiento de una causa porque la concurrencia del supuesto descrito le declara objetivamente en riesgo de parcialidad. Podemos entender que haber compartido Sala con una de las partes durante 9, 12 o 14 años es un supuesto equiparable a la *amistad íntima* del artículo 219.9 LOPJ porque resulta evidente que la relación humana que se produce en esta situación puede comprometer la neutralidad del juzgador, o al menos resulta razonable pensarlo; por ello lo recomendable es precisamente para preservar la apariencia de imparcialidad objetiva, la remisión de la causa a los juzgados naturales, ordinarios y ubicados en el lugar de comisión de los hechos, los juzgados de instrucción de Barcelona.

25.- Las declaraciones de la vicepresidenta del Gobierno. De hecho y precisamente en relación a la presente causa especial, el Gobierno español ha hecho declaraciones contundentes atribuyendo al papel del ejecutivo el actual resultado de privación de libertad y exilio de los principales líderes independentistas. Concretamente el 16 de diciembre pasado, la vicepresidenta del Gobierno, D^a Soraya Sáenz de Santamaría, en una rueda de prensa en Catalunya dijo “*Quién ha hecho que hoy por hoy ERC, Junts per Catalunya y el resto de independentistas no tengan líderes porque están descabezados? Mariano Rajoy y el Partido Popular*”¹. Es lógico que declaraciones como estas, entre muchas otras, generen perplejidad en una sociedad que ya se muestra muy crítica con el funcionamiento de la cúpula judicial y su designación. (Según datos de la Comisión Europea, que sitúan España en la cola de la independencia judicial solo por delante de Bulgaria, Croacia y Eslovaquia)². Una percepción denunciada también en el GRECO e incluso por los propios jueces que conforman la judicatura española mediante los informes de la ENCJ³ o del Foro Judicial Independiente⁴.

SEXTA. EL TRIBUNAL SUPREMO NO GOZA DE DOBLE INSTANCIA

26. Ausencia de recurso contra la sentencia. En el debate sobre la determinación del tribunal competente no nos parece baladí recordar que las causas especiales enjuiciadas ante el Tribunal Supremo no gozan de segunda instancia y

¹ <http://www.elmundo.es/cataluna/2017/12/16/5a3549f922601d49358b460e.html>

² <http://www.elmundo.es/espana/2017/04/10/58ebd6ebca47415f488b460c.html>

³ https://www.encj.eu/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=34&Itemid=252&lang=en

⁴ <http://www.forojudicialindependiente.es/wp-content/uploads/2016/11/La-independencia-del-Poder-Judicial-en-Espan%CC%83a.-Queja-de-FJI-al-CCJE.pdf>

por lo tanto del derecho al recurso y a la revisión de un tribunal superior según prescribe el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías (art. 24.1 CE y 24.2 CE), en su vertiente del derecho al recurso, y el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito por el Estado español. Esta cuestión ha sido criticada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reiteradamente por ejemplo en las causas Terrón contra España, Capellades contra España y Pascual Estevill contra España. La reforma operada por la Ley 41/2015, de 05 de octubre, tendente a generalizar la segunda instancia en cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (exposición de motivos IV), pone de manifiesto la evidente necesidad de dar cumplimiento a esta exigencia internacional, pero, a la vez, no alcanza a satisfacer la doble instancia penal en los supuestos de aforamiento o de enjuiciamiento de no aforados pero sujetos a tribunales superiores por motivo de conexión.

27.- La compensación de garantías en el presente caso. Esta parte conoce el argumento consistente en que el uso del fuero privilegiado contrarresta la imposibilidad de acudir a una doble instancia superior (ATS de 09 de octubre de 2011 y STC 5/1985, de 10 de abril). Este argumento es de cuestionable validez si se consideran las dudas sobre la apariencia de imparcialidad y neutralidad ya señaladas: en estos casos, el aforo no supone precisamente una garantía para el sujeto. El argumento forzado de la compensación de garantías (doble instancia por aforo) obvia algo que no puede ser obviado: la insuficiencia de la ley para dar cumplimiento a las exigencias internacionales. Siendo además que el art. 71.3 de la Constitución Española no impone el conocimiento de las causas penales *en única instancia* por la Sala de lo Penal del TS (en este sentido, el Voto Particular del Magistrado Vives Antón a la STC 64/2001, de 17 de marzo). En definitiva, son motivos de peso la palmaria insuficiencia de la ley procesal para garantizar la segunda instancia en estos supuestos, el hecho de que el aforo no supone en este caso un plus garantista dadas las dudas de imparcialidad, la atracción de no aforados al proceso y la necesidad de que las competencias especiales por razón de la persona sean interpretadas restrictivamente (STS de 18 de julio de 1995). Por todo ello, parece evidente que si se puede adoptar una interpretación de la competencia que permita la doble instancia, debería ser esa interpretación, favorable al ejercicio de un derecho fundamental, la que fuera finalmente adoptada.

SÉPTIMA. ANTE LA DUDA, TRIBUNAL INFERIOR, ORDINARIO Y POR REPARTO EN EL PARTIDO JUDICIAL DE LOS HECHOS

28. Conclusión. Mediante el presente escrito hemos podido constatar que en la presente causa se ha producido un **cambio de criterio** por parte de esta

Tribunal sobre la distribución de competencias para instrucción y enjuiciamiento, un cambio de criterio que a nuestro entender no aparece suficientemente justificado. Además este cambio de criterio se ha producido en el marco de una querrela firmada por un antiguo miembro de la misma Sala encargada de enjuiciar el asunto y sobre un caso de especial trascendencia política como demuestran las declaraciones de la vicepresidenta del Gobierno. En este contexto no cabe ninguna duda que, si existen varias interpretaciones posibles, debe prevalecer aquella que de apariencia de más independencia e imparcialidad, que va a ser siempre la del criterio general por encima del especial, del ordinario por encima del extraordinario, y del juez natural del territorio por encima del juez superior central. Es posible y conforme a derecho que sea un juzgado de Barcelona -con la garantía previa del reparto- el que conozca de la presente causa (con la emisión de pieza separada especial para los aforados en favor del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya), y esta es la lectura que más se acomoda a derecho y sobre todo a los derechos fundamentales invocados. En caso contrario se estarían vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al proceso debido en su expresión del derecho fundamental al juez independiente e imparcial predeterminado por la ley (art. 24 CE, 6.1 CEDH, 14.1 PIDCP y 47 CDF-UE).

29.- Riesgo de derecho penal del enemigo. Nos recordaba la sentencia del caso *Guantánamo* dictada por esta Sala Segunda los contornos del rechazado por nuestro sistema derecho penal del enemigo. Decía esa Sentencia de 20 de julio del 2006 [Ponente E.Sr.D Joaquín Giménez García]: *“Por ello, las grandes líneas de esta singular construcción se encontrarían en:*

- 1. Frente al derecho penal del hecho --hecho concreto--, propio de la sociedad democrática, el derecho penal del enemigo es un derecho de autor que se centra no en lo que éste haya hecho, sino en lo que pueda hacer en su condición de terrorista.*
- 2. Hay un decaimiento generalizado o anulación de las garantías procesales propias del proceso debido.**
- 3. Las penas previstas para esa actitud --que no los actos cometidos-- pues el acento se pone en la puesta en riesgo, son de una gravedad y desproporción que desbordan la idea de ponderación, medida y límite anudados a la idea de derecho, y más concretamente de derecho penal.”*

A nuestro humilde entender, la falta de apreciación de la cuestión de la competencia que ahora analizamos puede provocar que el procedimiento presente se encuentre ya discurriendo por los senderos del detestable derecho penal del enemigo aplicado, entre otras, a nuestras dos defendidas.

Por todo ello a la Sala

SOLICITO: Que tenga a bien admitir el presente escrito y por instada CUESTIÓN DE COMPETENCIA o subsidiariamente INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES y que, previos los trámites legales correspondientes, declare la falta de competencia de este Tribunal Supremo para conocimiento de la causa en favor de los Juzgados de Instrucción de Barcelona, con remisión de las actuaciones al juzgado decano de Barcelona para su reparto y una vez incoada causa en ese partido judicial, se forme la pieza separada correspondiente para elevar al Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el conocimiento de la causa de aquellas personas investigadas que se encuentren aforadas.

Girona/Lleida para Madrid, 17 de enero del 2018

Benet Salellas Vilar

Isabel Afonso Rodríguez

Carles López Miquel

Abogados