

SECRETARÍA DE GOBIERNO

Fecha de Auto: 26/04/2010

Nº 4/2010-ART. 61 LOPJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres

Vista:

TRIBUNAL SUPREMO
AUTO
Sala Especial Art. 61 L.O.P.J.

Auto Nº


Excmos. Sres.:

Presidente del Tribunal Supremo

D. José Carlos Dívar Blanco

Magistrados

D. Ramón Trillo Torres
D. Juan Antonio Xiol Ríos
D. Angel Calderón Cerezo
D. Gonzalo Moliner Tamborero
D. Aurelio Desdentado Bonete
D. Mariano de Oro-Pulido López
D. Román García Varela
D. Carlos Granados Pérez
D. Javier Juliani Hernán
D. Alberto G. Jorge Barreiro
D. Carlos Lesmes Serrano
D. Rafael Gimeno-Bayón Cobos
D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel
D. Francisco Javier de Mendoza Fernández

 ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
14 MAY 2010	17 MAY 2010
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil diez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recusante, D^a. Carmen Negrín Fetter, presentó escrito con entrada en el Registro General de este Tribunal con fecha 10 de febrero de 2010, en el que, aludiendo a otros anteriores de fechas 27 de noviembre de 2009 y 8 de febrero del actual, solicitaba la recusación de aquellos Magistrados integrantes de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ ó *"quienes pudieran sustituirlos"* que *«...hubieren prestado juramento de fidelidad al "Caudillo" y/o a los Principios Fundamentales del "Movimiento nacional"»*. A tal fin impetraba de la Sala le fuera notificada la composición personal de *«...la Sala del artículo 61 de la LOPJ que resolverá este incidente»*.

SEGUNDO.- Notificada la composición de la Sala del artículo 61, mediante escritos que tuvieron entrada en este Tribunal en fechas 24 de febrero y 9 de abril de 2010, la Sra. Negrín formalizó la recusación del Presidente del Tribunal, así como de los respectivos Presidentes de cada una de sus Salas y de los Magistrados más antiguos de las mismas. Expresamente recusaban a D. José Carlos Dívar Blanco, D. Ramón Trillo Torres, D. Juan Antonio Xiol Ríos, D. Angel Calderón Cerezo, D. Juan Saavedra Ruiz, D. Gonzalo Moliner Tamborero, D. Aurelio Desdentado Bonete, D. Mariano de Oro Pulido López, D. Román García Varela, D. Carlos Granados Pérez y D. José Luis Calvo Cabello.

TERCERO.- Al propio tiempo, consta en tanto que incidente de recusación nº 61/07/2010, solicitud que presentaran en el Registro General de este Tribunal con fecha 25 de febrero del actual, las recusantes D. Angel Sanz Encinas y las Asociaciones *«Asociación Cultural Memoria Histórica de Ferrol»*, *«Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo)»*, *«Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Arucas»*, *«Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera (Córdoba)»*, *«Associació Cultural Memoria i Justicia d'elx i Comarca»*, *«Asociación contra el Silencio y el Olvido y por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga»*, *«Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar del 18 de julio»*, *«Comisión por la Memoria Histórica do 36 de Pontearreas»*, *«Grup per la Recerca de la Memoria Histórica de*

Castelló», «Héroes de la República y la Libertad», «Izquierda Republicana de Castilla y León», y «Salamanca Memoria y Justicia» en idénticos términos a otro anterior de 8 de febrero de 2010 por el que se adherían formal e íntegramente al incidente de recusación planteado por D^a. Carmen Negrín Fetter.

CUARTO.- Esta Sala ha deliberado sobre el presente asunto el día 23 de abril de 2010.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Procede, en primer lugar, unir a las presentes actuaciones el incidente de recusación anunciado en el antecedente fáctico cuarto de la presente resolución, toda vez que se trata de una adhesión formal al mismo consecuencia de lo prescrito por el artículo 223.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La recusante invoca en apoyo de su tesis el ordinal décimo interés directo e indirecto del artículo 219 de la LOPJ, *«en relación con los artículos 24, 25.1, 14, 9.1, 9.3, 96.1 y 10.2 de la CE y los arts. 6.1 y 13 del CEDH, los arts. 217, 218.2º, 221.1, 219.10, 223 y concordantes de la LOPJ...»*.

En su desarrollo y, tras una relación inicial de los Jueces y Magistrados que expone fueron fusilados, encarcelados o separados de sus funciones al negarse a jurar lealtad incondicional al *«Caudillo»* y a la *“Cruzada”-“Movimiento Nacional”*», niega la imparcialidad de la mayoría de los integrantes de esta Sala, al estar conformada por Magistrados que ingresaron en la carrera Judicial con anterioridad al 5 de julio de 1977 y que, por tanto, en su día y al socaire del texto del artículo 4 del Reglamento de Oposiciones a la Carrera Judicial, junto con Fiscales y Funcionarios Públicos, juraron *«fidelidad al Caudillo en comunión con los ideales que dieron la vida a la cruzada»*, precepto luego sustituido -sigue relatando- por el artículo 36 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, que recondujo el juramento a los siguientes términos: *«La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos: (...) c)*

Jurar acatamiento a los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional (...)».

La recusante hace descansar gran parte de su argumentación en la esencia y naturaleza del juramento prestado -cita en apoyo de su alegato varios preceptos del Código Canónico en relación con su naturaleza promisoria e imprescriptibilidad, salvo dispensa o apostasía-, añadiendo que, lejos de constituir una simple fórmula ritual, entraña un compromiso espiritual que le hace albergar un *«razonable temor de que, con igual o mayor razón, Magistrados que han jurado ante Dios lealtad al "Caudillo" y al "Movimiento Nacional" se nieguen hoy en España a aplicar con imparcialidad el principio de legalidad(...)*», pudiendo concurrir en ellos un interés directo o indirecto respecto de la presente causa y su objeto específico: *«(...) los delitos de lesa humanidad cometidos a través de una insurrección armada bajo la conducción del "caudillo" contra las Instituciones y autoridades del Estado democrático español*».

SEGUNDO.- Cuestionada así la imparcialidad de varios componentes de esta Sala, procede en primer término recordar que una objeción de esta naturaleza conlleva habitualmente el análisis del fondo del motivo de recusación invocado, tras la oportuna tramitación del incidente de recusación planteado. Sin embargo ello no obsta a que en casos muy excepcionales la recusación pueda rechazarse de plano por el propio órgano recusado, como ha confirmado el Tribunal Constitucional, que reconoce la constitucionalidad de este supuesto fundándose en lo establecido en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuya virtud los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidencias y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

El instrumento que el precepto citado pone en manos de los órganos judiciales es, ciertamente, un remedio extraordinario cuyo uso debe restringirse a aquellos supuestos en los que no quepa duda alguna del ejercicio abusivo o desviado por las partes de las facultades que la Constitución y las Leyes les confieren para defender en el proceso sus derechos e intereses legítimos.

Así , en aquellos casos como el contemplado en la STC 234/1994, de 20 de julio, en el que se aduce una causa de recusación ilusoria, que en modo alguno se desprende de los hechos en que intenta fundarse, siendo evidente "prima facie" que el presupuesto fáctico no podía servir de fundamento al motivo esgrimido y que se formulaba la recusación *"con el solo objeto de entorpecer el legítimo ejercicio de la función instructora"*, el Tribunal Constitucional llegó a la conclusión que lo que debería haber hecho el órgano jurisdiccional de instancia *"es haber repelido la recusación por temeraria, abusiva y contraria al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas"*. En idéntico sentido, la STC 136/1999, de 20 de julio declaró que *"la inadmisión liminar de la recusación puede sustentarse tanto en la falta de designación de una causa legal de abstención como en su invocación arbitraria"*. Asimismo, la STC 155/2002, de 22 de julio, estableció que la enemistad manifiesta, por su carácter infundado, pudo haber sido objeto de un rechazo liminar.

Por su parte, también el Tribunal Supremo ha venido aplicando esta línea interpretativa, pudiendo citarse a estos efectos, por todos, el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (recurso 325/2008) de 16 de octubre de 2009.

En consecuencia, conforme a la doctrina jurisprudencial indicada, no existe obstáculo constitucional para que el propio recusado pueda rechazar "a limine" su propia recusación, cuando sea patente que la misma responde a fines espurios y sea contraria a la buena fe, por entrañar abuso de derecho y fraude legal, con amparo en lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y en los arts. 24 y 126 de la Constitución, que proclaman el derecho al Juez natural predeterminado por la ley (sin que la parte a su libre elección pueda descartarlo con causas de recusación en fraude de Ley) y el derecho a la tutela judicial efectiva (que comprende un procedimiento sin dilaciones maliciosas).

Y ello sin perjuicio de que debemos reiterar la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, la últimamente citada, STC 155/2002, de 22 de julio) según la cual la inadmisión "a limine" de la recusación es excepcional y más aún cuando la lleva a cabo el propio Juez recusado, quien sólo podrá acordarla legítimamente cuando se den las circunstancias siguientes: que la improcedencia de la recusación pueda apreciarse "prima facie" de modo

manifiesto, claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal.

TERCERO.- La aplicación de estos parámetros interpretativos al caso enjuiciado nos llevan a la conclusión de que en él concurren los requisitos exigidos para rechazar liminarmente la recusación planteada.

La causa concretamente invocada para la recusación es inadmisibile *prima facie*, pues la exigencia de juramento o promesa a la legalidad vigente al tiempo de la incorporación de un miembro de la Carrera Judicial a su inicial destino judicial, en tanto que requisito imprescindible para alcanzar en plenitud la condición de "servidor público", constituye una imposición del legislador que no es exclusiva del régimen anterior y que, en todo caso, no condiciona en modo alguno la imparcialidad con que el juez o magistrado debe desempeñar su actuación jurisdiccional a lo largo de toda su vida profesional.

En este punto, conviene recordar -dado que la recusante lo considera núcleo de su petición-, el juramento antaño prestado por varios miembros de la Sala Especial del Artículo 61 de la LOPJ, así como los términos y condiciones en que tuvo lugar el mismo.

El juramento al que nos referimos, atendido el momento de adquisición de la condición de "servidor público" del más antiguo de los integrantes de la Sala Especial, fue introducido por primera vez por una Ley de 1961. La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, en la misma línea, estableció el juramento de acatamiento como un requisito previo a la toma de posesión e ineludible para adquirir la condición de funcionario. Y, al tiempo, tipificó como falta muy grave la conducta contraria al mismo, que podía llegar a ser sancionada con la separación del servicio.

_____ Tal sujeción perduró hasta poco después de las primeras elecciones democráticas de junio de 1977. En el mes siguiente a éstas, se promulgó un Decreto que se limitaba a cambiar la fórmula de juramento, además de permitir también la posibilidad de prometer, pero al no haberse aprobado todavía la Constitución, el tenor del juramento o promesa quedó circunscrito a la «*lealtad al Rey, respeto a los derechos de la persona, y estricta observancia de la ley*».

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, el Real Decreto 707/1979, de 5 de abril, reguló esta cuestión con carácter general, al disponer: *«En el acto de toma de posesión de cargos o funciones públicas en la Administración, quien haya de dar posesión formulará al signado la siguiente pregunta: ¿Juráis o prometéis por vuestra conciencia y honor cumplir fielmente las obligaciones del cargo (...) con lealtad al Rey, y guardar y hacer guardar la Constitución, como norma fundamental del Estado?. Esta pregunta será contestada por quien haya de tomar posesión con una simple afirmativa».*

Finalmente y, predicado tan solo para los miembros de la Carrera Judicial, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, estatúa en su artículo 318 la fórmula de juramento o promesa mantenida hasta la fecha: *“1. Los miembros de la Carrera Judicial prestarán, antes de posesionarse del primer destino, el siguiente juramento o promesa:« Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo momento la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos». 2. El mismo juramento o promesa se prestará antes de posesionarse del primer destino que implique ascenso de categoría en la Carrera”.*

Por otra parte y en orden a su naturaleza, cabe deducir de lo expuesto que el juramento o promesa es, además de un imperativo legal (STC 119/1990, de 21 de junio), un requisito formal que, en su aspecto interno o personal, constituye –como señala la STC 122/1983, de 16 de diciembre- un compromiso de aceptar las reglas del juego político y orden público existente, así como de no intentar su transformación por medios ilegales.

En este sentido, no debe olvidarse la virtualidad de la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución que, en tanto Ley superior y posterior, entrañaría la inconstitucionalidad sobrevenida y consiguiente pérdida de vigencia de las leyes preconstitucionales opuestas a la Carta Magna y tampoco que ésta vino a establecer en su artículo 117 la sumisión exclusiva al imperio de la ley de los jueces y magistrados. Si a ello añadimos que la Disposición Transitoria Trigésimo Segunda de la LOPJ de 1985 ordenó la renovación, ya en el marco de la Constitución Española de 1978, del juramento prestado con anterioridad por quienes entonces ya formaban parte de la Carrera judicial, la conclusión no puede ser otra que la de afirmar que la sujeción de éstos al vigente orden constitucional resulta indiscutible, sin que tal

vinculación pueda ser puesta en entredicho por la fórmula del juramento prestado en el momento de incorporarse a sus respectivos destinos judiciales en la etapa preconstitucional, siendo de notar, a mayor abundamiento, que la transición, en términos puramente legislativos, se produjo de forma pacífica, "de la Ley a la Ley", por el camino de la Ley para la Reforma Política, de modo que incluso quienes se hubieran sentido comprometidos con aquel primer juramento se verían también obligados en virtud del mismo a aceptar todo el proceso constituyente posteriormente desarrollado y al que nuevamente prestaron juramento explícito.

Por otra parte, la tramitación ordinaria de la recusación planteada, que afecta a la mayoría de los componentes de la Sala del artículo 61 LOPJ, basada en una causa en la que se aprecia una manifiesta carencia de fundamento, conllevaría un claro perjuicio para el proceso principal, esto es, del proceso penal del que derivan las recusaciones planteadas.

Para alcanzar esta conclusión basta con constatar el mero dato cronológico de la respectiva incorporación a la Carrera Judicial de quienes ostentan actualmente la categoría de Magistrados del Tribunal Supremo. De él se infiere que para que pudiera formar parte de la Sala del artículo 61 LOPJ algún Magistrado no afectado por la misma causa de recusación esgrimida — de la que sólo quedarían excluidos, según el razonamiento de la recusante, los que hubieran ingresado en la Carrera Judicial con posterioridad al 5 de julio de 1977—, habría que afrontar la tramitación y resolución, en forma sucesiva, de una interminable serie de incidentes de recusación que alcanzarían a numerosos Magistrados de todas las Salas del Tribunal (baste señalar a este respecto, a título de ejemplo, que los diez Magistrados más antiguos de la Sala Tercera estarían afectados por la causa de recusación planteada).

Obvio es, por tanto, que esta previsible dinámica de recusaciones carentes de fundamento situaría a la Sala del artículo 61 LOPJ en un escenario temporalmente indefinido, pero necesariamente de larga duración, para poder resolver finalmente sobre las recusaciones planteadas en el seno del proceso penal del que estos incidentes traen causa.

Por todo lo cual,

LA SALA ACUERDA: Rechazar a *limine* la solicitud de recusación formulada por D^a. Carmen Negrín Fetter y D. Angel Sanz Encinas y las Asociaciones «Asociación Cultural Memoria Histórica de Ferrol», «Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo)», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Arucas», «Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera (Córdoba)», «Associació Cultural Memoria i Justicia d'elx i Comarca», «Asociación contra el Silencio y el Olvido y por la Recuperación de la Memoria Histórica de Málaga», «Asociación de Familiares de Fusilados y Desaparecidos de Navarra a raíz del Golpe Militar del 18 de julio», «Comisión por la Memoria Histórica do 36 de Ponteareas», «Grup per la Recerca de la Memoria Histórica de Castelló», «Héroes de la República y la Libertad», «Izquierda Republicana de Castilla y León», y «Salamanca Memoria y Justicia».

Así por este nuestro auto, lo acordamos, mandamos y firmamos