

Incidente de recusación N° A61/18/2009  
Tribunal Supremo. Sala Especial. Art. 61 L.O.P.J.  
Secretario: Ilmo. Sr. D. Julián Pedro González Velasco  
Ponente  
R° de queja: 5/20150/2009  
Audiencia Nacional, Sala Penal (Pleno)  
Expte. 34/2008 sobre competencia

## A LA SALA ESPECIAL DEL ARTICULO 61 L. O. P. J. DEL TRIBUNAL SUPREMO

**Da. MARÍA JOSÉ MILLAN VALERO**, Procuradora de los Tribunales y de Don Ángel Sanz Encinas, de la Asociación Memoria Histórica do 36 do Pontearreas, Asociación Cultural Memoria Histórica de Ferrol, de Nuestra Memoria (Sierra de Gredos y Toledo), Asociación para la Recuperación de Memoria Histórica de Arucas, Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica de Aguilar de la Frontera (Córdoba), Associació Cultural Memòria i Justícia 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 el 18 de Julio, Grup per la Recerca de la Memoria Històrica de Castelló, Héroes de la República y la Libertad, Izquierda Republicana de Castilla y León, Salamanca Memoria y Justicia, según consta en los autos, ante la Sala comparezco y como mejor proceda en derecho, **DIGO**:

Que en fecha 16 de junio de 2010 se me ha notificado la Providencia del anterior día 11 que acuerda inadmitir a trámite el recurso de súplica interpuesto, al amparo del art. 236 de la LECriminal, frente al auto dictado el día 23 de abril de 2010, que inadmite a trámite *a limine* el incidente de recusación. El fundamento de la Providencia es que

*“contra tal auto no cabe recurso alguno, de conformidad con lo establecido en el artículo 228.3 de la LOPJ”.*

Que con el debido respeto, y ante la obligación legal de agotar todos los recursos previstos en la ley previos al recurso de amparo en el momento procesal oportuno, en conformidad con el artículo 241.1 de la LOPJ formulo incidente de nulidad de la Providencia de 11 de junio de 2010 en base a los siguientes

### **FUNDAMENTOS**

1. La respetuosa recusación del Excmo. Sr. Presidente, D. Juan Saavedra, y del Magistrado Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta, de la Sala Penal del Tribunal Supremo, ha sido inadmitida *a limine* en el Auto de 23 de abril de 2010.
  
2. Es jurisprudencia de la denominada Sala del artículo 61 de la LOPJ y del Tribunal Constitucional que la disposición del art. 228.3 de la LOPJ no se aplica cuando el incidente de recusación ha sido inadmitido *a limine*.

3. Así, el Tribunal Constitucional (Auto núm. 192/2007 (Pleno), de 21 marzo -RTC 2007\192, FJ 3, que cita los Autos en igual sentido 64/1984, de 2 de febrero -RTC 1984, 64, y 136/2002, de 22 de julio -RTC 2002, 136), considera:

*“3. (...) También la práctica del Tribunal ha negado el carácter recurrible a esta clase de Autos (así, en las indicaciones sobre el régimen de impugnación de los AATC 83/2005, de 25 de febrero [ JUR 2005, 102257] ; 380/2005, de 25 de octubre [ RTC 2005, 380 AUTO] ; y 289/2006, de 24 de julio [ JUR 2006, 247376] ). Y distintos al presente son los casos que dieron lugar a los AATC 64/1984, de 2 de febrero ( RTC 1984, 64 AUTO) , y 136/2002, de 22 de julio ( RTC 2002, 136 AUTO) , en los que resolvimos sendos recursos de súplica contra resoluciones que habían acordado no admitir a trámite las solicitudes de recusación formuladas. La diferencia con el caso aquí planteado es clara ya que el Auto de 5 de febrero de 2007 ( RTC 2007, 26 AUTO) que ahora se recurre en súplica ha puesto fin al incidente recusatorio una vez tramitado el mismo y habiéndose resuelto sobre el fondo de las causas de recusación planteadas. Este diferente tratamiento se corresponde también con las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de enjuiciamiento civil, que no establecen el carácter irrecurrible de cualesquiera resoluciones recaídas en un incidente de recusación sino sólo de la que lo decide, debiéndose entender por tal la que examina el fondo de la pretensión recusatoria. En efecto, **la resolución que inadmite de plano una recusación aparece contemplada en los arts. 223 LOPJ y 107 LECiv, que no la consideran irrecurrible, mientras que en el art. 228 LOPJ lo que se regula es la estimación o desestimación de la recusación una vez tramitado el incidente, siendo precisamente en los arts. 228.3 LOPJ y 113 LECiv —y no en otros— en los que se establece que «contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno».***

4. Esta Sala del artículo 61 de la LOPJ tiene afirmado en el Auto núm. 8/1999 de 28 febrero (RJ 2001\5275, FD 1º):

*“La interposición del recurso de súplica a que se ha hecho mérito suscita una cuestión preliminar, si la providencia de 19 de julio de 1999 que acordó el archivo de este incidente es o no impugnabile, cuestión que no puede soslayarse porque no haya sido tratada por el Ministerio Fiscal —tampoco por el recusante—, ya que el sistema de recursos es materia de orden público procesal y cuando surgen dudas acerca de si una resolución judicial es o no recurrible esta cuestión debe examinarse de oficio.*

*El problema se plantea porque la LOPJ ( RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375) , que regula unitariamente la materia relativa a la abstención y recusación de jueces y magistrados, dice —artículo 228— que «contra la decisión de la recusación no se dará recurso alguno (...)». Podría, pues, pensarse que la resolución impugnada es firme «ministerio legis» y como consecuencia que el recurso de súplica es inadmisibile. Sin embargo, **una interpretación sistemática del artículo 228 de la LOPJ, en el contexto del artículo 227 de la misma Ley, permite sostener que la «decisión» a que se refiere el primero de estos preceptos es aquella que se pronuncia estimando o desestimando la***

*recusación, cualitativamente diferente de la que aquí es objeto de impugnación, que no es una decisión de fondo sino una resolución que acuerda «a limine» el archivo del incidente de recusación por haberse entendido que ha tenido lugar una desaparición sobrevenida de su objeto, en cuya adopción el recurrente no ha tenido ocasión, sino precisamente a través del recurso de súplica, de exponer su posición al respecto.*

*En definitiva, la Sala llega a la conclusión de que la resolución impugnada es susceptible de recurso de súplica, ya que el precepto aplicable en este caso no es el artículo 228 de la LOPJ sino el artículo 236 de la LECrim, que abre el recurso de súplica contra los autos –en general– de los Tribunales de lo criminal, pues estamos ante una providencia motivada, equiparable a estos efectos a un auto, recaída en un incidente que dimana de un recurso de casación del que conoce la Sala de lo Penal de este Tribunal, solución, por lo demás, acorde con una interpretación favorable a la efectividad de la tutela judicial reconocida en el artículo 24.1 de la CE ( RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) “.*

5. Esta doctrina jurisprudencial ha sido expresamente invocada en nuestro recurso de súplica de 22 de mayo de 2010 (FD I). Sin embargo, no ha sido aplicada por la Providencia recurrida, con la consiguiente vulneración del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 13 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En su virtud,

**A LA SALA SUPLICO:** Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tener por formulado respetuoso incidente de nulidad de la Providencia de 11 de junio de 2010; por instado que tras su sustanciación conforme al artículo 241.1 de la LOPJ acuerde anular y dejar enteramente sin efecto dicha Providencia y, en el momento procesal oportuno, en su lugar admitir a trámite el recurso de súplica interpuesto el 22 de mayo de 2010 frente al Auto de 23 abril de 2010, y tenga a bien acordarlo.

Madrid, 18 de junio de 2010.

Ldo. Fernando Magán Pineño  
Colegiado 317  
Colegio de Abogados Talavera