



Apelación Sentencia Procedimiento Abreviado 747/2016

Origen: Juzgado de lo Penal nº 6 de Madrid

Procedimiento Abreviado 165/2014

**A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID
SECCIÓN Nº 16**

DOÑA ANGELA CRISTINA SANTOS ERROZ (1259), procuradora de los Tribunales y de **EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE EL CENTRO DE ESTUDIOS JURÍDICOS TOMÁS MORO**, REPRESENTADO POR MEDIO DE SU PRESIDENTE, **SR. DON JAVIER M^a PÉREZ-ROLDÁN Y SUANZES-CARPEGNA**, Y BAJO LA DIRECCIÓN LETRADA DEL MISMO COMO LETRADO DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, CON NÚM. 66.950 Y DOMICILIO PROFESIONAL EN LA CALLE VELÁZQUEZ 119, 28006 DE MADRID COMO SEA MÁS PROCEDENTE EN DERECHO ANTE LA SALA COMPAREZCO Y DIGO:

Que por el presente escrito **RECUSAMOS** al **Ilustrísimo Magistrado Sr. D. FRANCISCO DAVID CUBERO FLORES**, integrante de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid y designado **Magistrado Ponente en Apelación de Sentencia del Procedimiento Abreviado 747/2016**, en el procedimiento de Recurso de Apelación de la Apelante Doña Rita Maestre Fernández con representación letrada de don Gonzalo Martínez- Fresneda Ortiz de Solorzano, por concurrir la causa de recusación y, por ello de abstención, prevista en el ordinal 10.º del art. 219 LOPJ, al tener relación y/o intereses con la parte apelante tal y como se pasa a exponer.

Lo que justificamos en los siguientes



HECHOS

Primero.- Datos fácticos para establecer los motivos de recusación.

(I).- El Ilustrísimo Magistrado Sr. D. FRANCISCO DAVID CUBERO FLORES es integrante de la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Madrid y fue designado Magistrado Ponente en Apelación de Sentencia del Procedimiento Abreviado 747/2016 conforme al turno establecido según se notificó a las partes mediante Diligencia de Ordenación de fecha dieciocho de mayo de dos mil dieciséis.

(II). Según conoció esta parte el pasado día 15 de junio de 2016, el Ilustrísimo Magistrado es actual secretario de la Fundación Abracadabra de Magos Solidarios con número de registro nacional 754 constituida en fecha 16/05/2005 y con domicilio en calle Francisco de Rojas 2, 28010 de Madrid, según figura en <https://www.fundacionabracadabra.org/es/fundacion/equipo/patronato> (Se aporta como documento nº 1 pantallazo de la web de la citada asociación en la que figura su cargo)

(III). Dicha asociación celebró entre el día 9 y 13 de noviembre del pasado año 2015 la VIII Semana de la Magia Solidaria, siendo posible dicha celebración según figura en su página web por la **cesión por parte del Ayuntamiento de Madrid de la nave Ternerías (Matadero de Madrid)**, según se informa en la web de la citada asociación (<https://www.fundacionabracadabra.org/es/blog/95-preparando-la-8-semana-de-la-magia-solidaria>) (Se aporta como Documento nº 2 pantallazo de dicha web)

(IV). Que igualmente figuran como patrocinadores de dicha semana de Magia la Fundación Mapfre, El Corte Inglés, Iberia Express, Gate Gourmet, Coca Cola, Ticketea, Lilly, Ferrero, Kairrel, AV Medios, **Ayuntamiento de Madrid**, Martina D'Ercole, Más Imprime, según se publica en la dirección



<https://www.fundacionabracadabra.org/es/blog/97-celebracion-de-la-8-semana-de-la-magia-solidaria> (Se adjunta como documento nº 3 pantallazo de dicha información)

(V). Que don Francisco David Cubero Flores es igualmente profesor asociado del Área de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III, siendo catedrático de su departamento el Dr. D. Victor Moreno Catena, por lo que el precitado catedrático es su superior jerárquico en la citada Universidad (Se aporta como documento nº4 la composición de dicho departamento)

(VII). Que su superior jerárquico en la Universidad Carlos III D. **Victor Moreno Catena** es Presidente de la Asociación Unión Española de Abogados Penalistas para la Defensa de los Derechos - UEP, asociación registrada en el Registro de Asociaciones con número 603941 y constituida en fecha 24/10/2013. Que igualmente pertenece a la Junta Directiva de dicha asociación como vocal **don Gonzalo Martínez- Fresneda**. (Se aporta como documento nº 5 y 6 documentación acreditativa de dichos extremos)

(VIII). Que los citados D. Victor Moreno Catena y don Gonzalo Martínez- Fresneda además de pertenecer a la Junta Directiva de la referida asociación comparten quehacer profesional en la defensa de varios de los imputados por el escándalo de los ERES de Andalucía. Así don Víctor Moreno Catena defiende a los imputados y exconsejeros Mar Moreno y de Martinez Aguayo y don Gonzalo Martínez- Fresneda defiende al exconsejero Gaspar Zarrias (Se aporta como documento nº 7 documentación acreditativa de dichos extremos)

Segundo.- Relación/vinculación/dependencia del magistrado recusado con las partes procesales.

De los elementos fácticos mencionados anteriormente es posible deducir que pudiera existir una relación/dependencia del



Magistrado que pudiera afectar a la imparcialidad del mismo en la resolución de la litis y que pasamos a analizar.

(I) Posible existencia de interés directo o indirecto en la causa.

Como es público y notorio la condenada Señorita Rita Maestre Fernández es concejala y portavoz en el Ayuntamiento de Madrid además de Coordinadora de la Junta de Gobierno y Relaciones con el Pleno; dichos cargos hacen que la referida Rita Maestre Fernández acapare gran parte del poder en el Consistorio de Madrid.

Tal y como queda antedicho el Magistrado recusado detenta el cargo de Secretario en la Fundación Abracadabra de Magos Solidarios, Fundación que legítimamente ha disfrutado de beneficios y patronazgo económico del actual Ayuntamiento de Madrid presidido por la señora Manuela Carmena y cuya portavoz es la imputada Señorita Rita Maestre. Que esta parte conozca la referida Fundación ha sido beneficiada con la cesión gratuita por parte del Ayuntamiento de Madrid de la nave Terneras sita en una de las principales Salas Culturales de la capital madrileña (en el Matadero de Madrid).

No sabe esta parte si el mecenazgo del Ayuntamiento de Madrid se ha prodigado más con la referida asociación en el tiempo en que la condena es su portavoz, no obstante entendemos que ayuda concedida por el Ayuntamiento a la Asociación de la que es Secretario el Magistrado ahora recusado pudiera determinar la existencia de dudas racionales sobre su imparcialidad, en tanto en cuanto por su cargo de Secretario de la Asociación debe velar por los contratos y convenios que se firmen, convenios entre los cuales se encuentra no sólo el suscrito entre la asociación y el Ayuntamiento el pasado mes de noviembre, sino posibles futuros acuerdos y/o convenios de colaboración, mecenazgo o patrocinios, circunstancia esta que pudiera poner al Magistrado ponente en una tesitura que afectara a su imparcialidad.



(II) Posible existencia de conflicto de interés con la representación letrada de la parte recurrente.

Tal y como consta en las actuaciones el abogado defensor de la condena es el letrado don Gonzalo Martínez- Fresneda, letrado que forma parte de la Junta Directiva de la conocida Asociación Unión Española de Abogados Penalistas para la Defensa de los Derechos - UEP, de la que es presidente el también ilustre abogado don Victor Moreno Catena.

Pues bien este don Victor Moreno Catena es catedrático del Área de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III, siendo el jefe de departamento donde es profesor asociado el Magistrado ahora recusado; es decir que el Magistrado recusado mantiene un vínculo de dependencia laboral y jerárquica con un amigo íntimo del abogado de la parte recurrente. Efectivamente, el estrecho vínculo entre el ahora abogado defensor don Gonzalo Martínez- Fresneda y el jefe del departamento en donde es profesor asociado el Magistrado ahora recusado queda determinado no sólo por la pertenencia de ambos a la Junta Directiva de una conocida asociación de abogados penalista, sino además porque ambos abogados comparten quehaceres profesionales en la defensa de varios exconsejeros de la Junta de Andalucía imputados en el caso de corrupción política conocido como el caso de los Eres, Así don Víctor Moreno Catena defiende a los imputados y exconsejeros Mar Moreno y de Martinez Aguayo y don Gonzalo Martínez- Fresneda defiende al exconsejero Gaspar Zarrias.

De esta forma es posible sospechar que pudiera verse afectada la imparcialidad del Magistrado ahora recusado por cuanto una parte de sus ingresos mensuales dependen de sus ingresos como profesor universitario, teniendo en consideración que el catedrático del que depende guarda una intensa relación personal y profesional con el abogado de la señorita Rita Maestre Fernández.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

SUSTANTIVOS

1.- Contenido del derecho a un tribunal imparcial. Derecho de las partes y confianza en la justicia.

La idea de imparcialidad es consustancial a la de justicia, hasta el punto de que se convirtió en la nota que ha caracterizado de modo constante la posición institucional del juez en la cultura jurídica occidental, como un tercero ajeno a los intereses de las partes en conflicto, obligado a resolver conforme al derecho vigente, desapasionado, sereno y con la distancia necesaria, objetiva y subjetiva, para generar confianza en los contendientes y en la sociedad. **La imparcialidad judicial es una garantía esencial de la función jurisdiccional, condiciona su existencia, de ahí que se convenga que sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional (Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2000, en adelante STc).** La imparcialidad, junto con la independencia, es situación indispensable para la legitimidad de la actuación del juez, pues se trata de la confianza que en una sociedad democrática los tribunales deben inspirar a los justiciables y a la ciudadanía (sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos, STEdh caso Piersack contra Bélgica, 1.10.1982, parágrafo 30).

La garantía del juez imparcial se ha recogido en los grandes textos legislativos internacionales, podemos citar el **artículo 14 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos**, el **artículo 6 del Convenio Europeo de derechos humanos**, el **47 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea**, el **artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos** y el **artículo 7 de la Carta Africana sobre derechos humanos y de los pueblos**.

Imparcial es el juez que resuelve conforme a derecho, **está libre de influencias ajenas y no tiene otros motivos para decidir que no**



sean los que le proporcionan la Constitución y la ley. Se dice del juez que es ajeno a cualquier relación, preferencia o sesgo que pueda afectar, o parecer afectar, a su capacidad para pronunciarse con total independencia (como señala el informe nº 1 (2001) del Consejo Consultivo de jueces europeos del Consejo de Europa). El principio de imparcialidad se recoge en nuestro ordenamiento jurídico como una manifestación del derecho al proceso con todas las garantías, garantía institucional a la que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos **han otorgado un contenido dual porque protege el derecho de toda persona a ser juzgado con base en la legalidad y, además, la credibilidad de las resoluciones dictadas por jueces y tribunales.**

Como garantía esencial del proceso el derecho al juez imparcial exige que **la pretensión se resuelva por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio**, que se someta exclusivamente al ordenamiento jurídico como criterio de decisión. Lo que genera una obligación para el juez de apartarse o abstenerse de conocer en el caso de que concurren **circunstancias que puedan hacer pensar a las partes y a la sociedad que es parcial.** La posición de tercero del juez, su ajenidad respecto al objeto del litigio y a las partes demanda que “no puede asumir procesalmente funciones de parte (...) y **no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra**” (STc 140/2004, Fj 4). Como se ha dicho, nada hay más disfuncional para la legitimidad de los jueces y tribunales, que constituyen la esencia y la posibilidad de realización del Estado de derecho, la garantía jurisdiccional, que sus resoluciones se interpreten o puedan interpretarse como motivadas por razones extrañas a las del derecho. En ese contexto surge la necesidad de proteger la apariencia de imparcialidad del juez.

Naciones Unidas ha establecido que la imparcialidad, esencial para el desempeño de las funciones jurisdiccionales, se refiere a la decisión en sí misma y al proceso mediante el que se adopta (Principios sobre la conducta judicial, ECOSOC 2006/23). **Si la**



independencia es condición previa para la imparcialidad, esta debe existir como cuestión de hecho y como percepción razonable, porque una percepción razonable de parcialidad destruye la confianza en el sistema judicial (Regla 52, Comentario a los Principios de Bangalore sobre conducta judicial, Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el delito, 2013).

Los mencionados Principios de Bangalore constituyen un instrumento internacional relevante para determinar el alcance del valor de la imparcialidad y la conducta debida del juez. En su preámbulo se considera que la confianza pública en el sistema judicial, en la autoridad moral y la integridad del poder judicial es de extrema importancia en una sociedad democrática moderna. Con ese fin establece la obligación de los jueces de respetar y honrar las funciones jurisdiccionales como una encomienda pública, debiendo colaborar a mantener e incrementar la confianza en el sistema. El juez, en consecuencia, debe tener siempre y en todo momento presente, la necesidad de tender con sus actos a alimentar la confianza de la ciudadanía en la independencia e imparcialidad de los tribunales.

La abstención y la recusación -que se integra en ese contexto entre los deberes del juez, cuyo horizonte es fomentar la legitimidad de la justicia- son medios procesales instituidos al servicio del derecho de las partes a ser enjuiciados por un juez que sea imparcial y que lo parezca y al servicio de la confianza de la sociedad en la imparcialidad de los tribunales.

2.- Imparcialidad objetiva.

Lo que se denuncia en el caso es **la relación del magistrado con alguna de las partes del proceso, más exactamente la posible relación del Magistrado como secretario de una asociación que ha recibido patrocinio del Ayuntamiento del que es portavoz la recurrente, y en el que según algunas opiniones políticas cualificadas la recurrente es la verdadera mujer fuerte incluso con**



más poder de decisión que la propia Alcaldesa, sin que en el Ayuntamiento de Madrid se tome ninguna decisión sin el visto bueno de la hoy recurrente.

Igualmente se denuncia la falta de imparcialidad dado que el Magistrado recusado tiene dependencia laboral de un amigo íntimo y colaborador profesional del letrado de la parte recurrente.

De esas conexiones se elabora una sospecha de apariencia de parcialidad que indicaría un interés directo o indirecto en el proceso, causa legal de recusación. Conviene destacar que no se le reprocha al profesional sus ideas, su meritorio compromiso social mediante la asociación de la que es secretario, ni su quehacer universitario o sus afinidades políticas, amparadas por diferentes derechos constitucionales, sino la apariencia de parcialidad en virtud de las mencionadas relaciones.

El Tribunal Europeo de derechos humanos ha interpretado el artículo 6 del Convenio –que protege el derecho al juez imparcial– **en clave de que el juez no sólo debe ser imparcial, también tiene que parecer que es imparcial**, lo que el Tribunal reitera en sus sentencia citando el adagio inglés “justice must not only be done: it must also be seen to be done” (STEdh caso Delcourt contra Bélgica, 17.1.1970, parágrafo 31, “No sólo debe impartirse justicia; también ha de verse cómo se imparte”, se lee en el apartado 3.2 de los Principios de Bangalore sobre conducta judicial, ya citado, que recoge la famosa sentencia del juez Hewart, de 1924). Imparcialidad es ausencia de prejuicio y las apariencias en este ámbito son tan importantes como la realidad, porque de ellas dependen la percepción y la opinión de la sociedad sobre el tribunal del caso. Se cuestiona la confianza que, en una sociedad democrática, los tribunales penales deben inspirar en el acusado y en la ciudadanía. Para garantizar el derecho al juez independiente e imparcial, y excluir toda sombra de parcialidad, el Tribunal Europeo ha elaborado la teoría de las apariencias, aceptada como estándar de enjuiciamiento en los instrumentos internacionales



sobre el estatuto del juez, con la pretensión de reforzar la confianza de los ciudadanos en sus tribunales y propiciar la imagen sobre la ausencia de prejuicio del juez del caso. La imparcialidad, ha sostenido de manera reiterada el Tribunal Europeo de derechos humanos, tiene una dimensión subjetiva, que atiende a la convicción personal del juez ante un proceso concreto –que se presume, salvo prueba en contrario vista la dificultad para aprehenderla-, y una dimensión objetiva que se preocupa por su posición institucional, al margen de su conducta personal, y evalúa si ofrece garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima y razonable (STEdh caso Piersack contra Bélgica, citada, parágrafo 30, y De Cubber contra Bélgica, 26.10.1984, p. 24). En definitiva, **para analizar el respeto de este derecho procesal se debe utilizar un criterio subjetivo y otro objetivo**, con la finalidad de despejar que respecto a la cuestión que tiene que resolver y las personas directamente interesadas en el proceso, no se aprecia en el juez relación alguna que pueda enturbiar su apariencia de imparcialidad.

Nuestro Tribunal Constitucional y la jurisprudencia han recibido esa distinción sobre la dual dimensión de la imparcialidad, según los estándares de protección del Convenio Europeo. Aunque entre nosotros las categorías de imparcialidad subjetiva y objetiva sigan remitiendo a la relación del juez con las partes y con el objeto del proceso, lo cierto es que **se ha incorporado la doctrina de la relevancia de las apariencias como técnica de análisis acerca de la plausibilidad de la sospecha de parcialidad, percepción que ha de verse acreditada con datos objetivos que avalen su razonabilidad, donde resultan decisivas las consideraciones de carácter orgánico y funcional**. En este test objetivo hay que tener el punto de vista del acusado, pero no es decisivo, lo relevante es que **la sospecha se sustente en elementos fácticos acreditados. Sospecha de parcialidad que puede nacer de cualquier tipo de relaciones jurídicas o de hecho** (STc 137/1994, Fj. 2). De esa manera se configura una garantía institucional de imparcialidad real y aparente a favor de las partes en el proceso, que alcanza una dimensión general respecto al conjunto de la sociedad democrática propia del Estado de derecho, en la medida que la imagen de la justicia es uno de los pilares de la democracia (Auto del Tribunal



Constitucional, ATc, 387/2007, Fj 7, y ATc 26/2007, Fj. 8; la causa legal alegada, en la primera resolución, por dos magistrados del propio tribunal para justificar su abstención era la de tener interés directo o indirecto en el litigio, ante la previsión de que pudiera suscitarse una “apariencia de pérdida de imparcialidad”, que viene a avalar la interpretación constitucional de esa causa legal de recusación como continente de la mera apariencia).

Ante la dificultad de probar las convicciones personales del juez, salvo que las hubiera hecho públicas de alguna manera, el examen objetivo sobre las apariencias de parcialidad, y su percepción por las partes y la sociedad, **tiene la virtud de que no cuestiona la profesionalidad del recusado, ni su capacidad para la independencia y la imparcialidad, sino su posición institucional en el proceso como tercero ajeno e indiferente**, condición para promover la necesaria confianza de las partes y de la sociedad en el funcionamiento de los tribunales conforme a criterios de estricta legalidad. **El objeto de análisis no debe ser si el juez ha perdido la imparcialidad -de ahí que el Tribunal Constitucional la denomine garantía de imparcialidad aparente-, sino la apariencia, que se mueve en el campo de lo probable, que emerge de las circunstancias concretas y de su percepción social**, para determinar si se puede excluir toda duda sobre su parcialidad en el caso, si el juez está en condiciones de presentarse y ofrecer una imagen adecuada para generar la confianza de las partes y de la sociedad respecto a su posición como tercero.

Como la garantía protege la confianza en el sistema judicial, el legislador, según ha dicho el Tribunal Constitucional, ha optado por un modelo de juez cubierto de la apariencia de imparcialidad, no sólo en la realidad de su desconexión con las partes y el objeto del proceso, también en su imagen, para que se elimine cualquier sospecha razonable sobre la existencia de elementos objetivos que puedan justificar la apariencia de parcialidad (ATc 26/2007, Fj. 8).

3.- Causa legal de recusación.



La causa de recusación alegada es la **pérdida de apariencia de imparcialidad que sitúa esta parte en el artículo 219.10** de la Ley orgánica del poder judicial, que considera el interés directo o indirecto en la causa. No hay problema para subsumir en dicha causa legal la percepción de parcialidad, porque la imparcialidad es, en primer lugar, un derecho de las partes, con especial trascendencia en el proceso penal como ha señalado el Tribunal Europeo, **con un contenido esencial que no puede verse limitado o constreñido por la existencia de causas tasadas en la ley**. Por otro lado, el respeto debido al artículo 6 del Convenio Europeo –que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico con prioridad sobre la ley, como señala el artículo 96.1 de la Constitución–, según la interpretación que de su alcance y contenido hace el Tribunal Europeo, **nos obliga a aceptar que no ha de intervenir en el proceso un juez del que no pueda excluirse razonablemente cualquier duda sobre su imparcialidad**. No se trata de aceptar la recusabilidad de un juez sin causa, sino de la interpretación de las causas señaladas por el legislador desde la perspectiva de la mayor efectividad del derecho, una interpretación conforme a la Constitución. Ha advertido el Tribunal que el lugar preferente que el derecho al juez imparcial ocupa en una sociedad democrática **no permite una interpretación restrictiva del mismo, algo que no sería compatible con el objeto y finalidad del Convenio** (TEDh casos Delcourt contra Bélgica y Piersack contra Bélgica, ya citados).

El Tribunal Constitucional así lo ha entendido, llegando a considerar comprendida en la causa legal de abstención y recusación por interés directo o indirecto en el proceso la de apariencia de pérdida de imparcialidad (ATc 387/2007, citada, Fj. 7). “En cualquier caso, desde la óptica constitucional, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto, es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que hagan posible afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio



el previsto en la Ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico” (STc 140/2004, citada, Fj 4). Otra muestra: **aunque la amistad íntima o la enemistad manifiesta del juez con los letrados de las partes no está prevista como causa legal de recusación, “en los supuestos en los que existan circunstancias que puedan hacer surgir el legítimo temor de que la amistad íntima o enemistad manifiesta del Juez con otros sujetos que intervienen en el proceso pueda conllevar que el criterio de juicio no sea la imparcial aplicación del ordenamiento jurídico – circunstancias que deberán ser examinadas en cada caso concreto– podrá considerarse que el Juez no reúne las condiciones de idoneidad subjetiva y que, por tanto, el derecho de la parte al juez imparcial le impide conocer del asunto”** (ATc 178/2005, un magistrado se había abstenido por enemistad manifiesta con el letrado del demandante, el tribunal entendió justificada su separación del caso). También consideró subsumible en esta causa de recusación, circunstancia no prevista expresamente en la ley, la manifestación pública de reprobación sobre las declaraciones de un acusado que realizó el juez, porque comprometió su posición institucional como tercero; ahí sostuvo: “La global descalificación del acusado, expresada pocos días antes de su enjuiciamiento, no situó al Tribunal en las mejores condiciones para garantizar que su veredicto final gozara de la confianza del público y, mucho menos, de la del acusado. La queja del recurrente se funda en una sospecha objetivamente justificada. Por ello, en protección de tal confianza y del derecho del acusado a gozar de un juicio justo, ha de ser anulada la condena dictada a fin de que un Tribunal imparcial se pronuncie sobre el fundamento de la pretensión de condena que motivó originariamente el proceso contra el recurrente” (STc 162/1999, Fj. 9). **La jurisprudencia ordinaria ha admitido como causa de recusación por interés directo o indirecto la ausencia de apariencia de imparcialidad (por ejemplo la reciente STs Sala 3ª 10.7.2015, Roj STS 3316/2015).**

4.- Criterios para analizar la apariencia de imparcialidad objetiva.



El objeto de nuestro enjuiciamiento en el contexto de la causa legal de recusación alegada (interés directo o indirecto), reiteramos ahora, es si los datos de hecho acerca de las relaciones del magistrado D. Francisco David Cubero Flores con las partes del proceso debidamente acreditados mediante la prueba documental, sustentan una apariencia objetiva de parcialidad o si se puede descartar toda duda al respecto.

El Tribunal Europeo ha utilizado el criterio del observador objetivo para evaluar la plausibilidad de la apariencia de imparcialidad de un tribunal y su percepción social (STEdh caso Kyprianou contra Chipre, de 15.12.2005, párrafo 70, y Decisión de inadmisión caso Clarke contra Reino Unido, de 25.8.2005; en realidad es una técnica de la que se sirve en otros supuestos, como ponen de manifiesto las sentencias Labita contra Italia o Murray contra Reino Unido). **Se trata de adoptar el punto de vista de un espectador objetivo para ponderar si la sospecha es razonable y legítima.** Esta figura ha sido acogida en los textos de Naciones Unidas sobre la conducta judicial: la percepción de imparcialidad se mide desde el punto de vista de un observador razonable, porque lo decisivo es saber si puede estimarse que la duda se justifica objetivamente a los ojos de un observador que representa a la sociedad (Comentario a los Principios de Bangalore, citado, apartados 52 y 54). Observador objetivo y razonable, desapasionado y con la distancia suficiente, que configura un arquetipo conocido que se presenta como una réplica del propio modelo de juez imparcial, incluso del investigador indiferente que reclamara Beccaria. En la técnica del enjuiciamiento es frecuente el uso de figuras afines como el baremo del hombre medio ideal.

No se puede obviar la importancia fundamental que la apariencia de imparcialidad del tribunal adquiere en el asunto que nos ocupa. Efectivamente, si bien esta parte presentó en su día querrela criminal contra la ahora recurrente únicamente **en defensa del Derecho Natural, de los Derechos Civiles y de los Derechos Humanos** en cumplimiento de los objetivos asociativos de la



Asociación Civil Centro Jurídico Tomás Moro, lo cierto y verdad es que durante la sustanciación del procedimiento la ahora recurrente **ha adquirido una notoriedad política imposible de negar**. Tanto es así que la Señorita Rita Maestre en los meses inmediatamente anteriores a la vista oral tuvo la intención de politizar su encausamiento, intención que esta parte nunca buscó, dado que la asociación Centro Jurídico Tomás Moro **defiende intereses mucho más importantes que los políticos al defender los Derechos Naturales y los Derechos Civiles de todos los ciudadanos**.

Igualmente es cierto e indubitado que la ahora recurrente desde las formaciones políticas que representa (Podemos y Ahora Madrid) se **ha caracterizado por atacar sistemáticamente la supuesta y total corrupción de todos los poderes del Estado**, alegando supuestamente una situación personal y política que la alejaba de cualquier **prebenda del poder; sin embargo la situación procesal de la condenada Rita Maestre parece adolecer de las sospechas que ella misma alentaba cuando eran otros los imputados o enjuiciados**. Así es necesario recordar que la situación procesal de la acusada ha sido **deliberadamente buscada por cuanto cambió de abogado pocos meses antes de la celebración de la vista oral**, recurriendo lícitamente a los servicios profesionales del letrado que ahora de forma directa o indirecta guarda cierta relación con el Magistrado Ponente.

De igual forma **ha sido voluntariamente asumida la creación de una situación fáctica que puede hacer dudar a la ciudadanía de la imparcialidad del Magistrado toda vez que por todos es conocido que una gran parte de la ciudadanía madrileña pidió la dimisión política de la recurrente dado que se la condenó por violar un Derecho Humano básico como es la libertad de religión y creencia**. Es precisamente su continuidad en el desempeño político de la portavocía del Ayuntamiento de Madrid, y la posible influencia en la concesión de pasadas o futuras ayudas económicas a la asociación a la que pertenece el Magistrado ponente, la que pone en peligro la apariencia de imparcialidad que ha de guardar cualquier resolución judicial en nuestro ordenamiento.



Es decir el incidente **se plantea en la fase de recurso de un proceso penal por delitos de corrupción moral y atentado a las libertades ciudadanas** dirigido contra una persona de relevancia política, y además **la resolución del recurso se producirá en un momento políticamente significativo** por cuanto el día fijado para la deliberación, votación y fallo es el día posterior a unas nuevas Elecciones Generales donde la formación política de la recurrente se juega poder acaparar gran parte del poder de las Instituciones Democráticas.

De igual forma es necesario recordar que el debate de fondo por desgracia ha cobrado gran importancia, dado que la ahora recurrente **fue condenada por ofender los sentimientos religiosos de la mayoría de la gente y de la ciudadanía, y vivimos unos tiempos en que tristemente se están incrementando los ataques a los templos, los fieles y la jerarquía religiosa de la religión mayoritariamente profesada por el pueblo español.**

Por todos estos motivos ese Tribunal ha de reconocer y aplicar con el rigor debido la **doctrina sobre la apariencia de imparcialidad**, con la finalidad de preservar y afirmar la confianza de las partes y de la sociedad en los jueces y tribunales frente a la sospecha de contaminación político-partidista en un proceso penal sensible, para despejar cualquier duda sobre la imparcialidad del juez llamado a formar sala.

Es necesario volver a recordar que no es necesario valorar la capacidad del juez recusado para la imparcialidad y para decidir conforme a la Constitución y la ley, pues sólo es objeto de enjuiciamiento si se puede excluir toda duda sobre su apariencia de imparcialidad y de desinterés en el caso atendiendo a las relaciones que ha mantenido con alguna de las partes.

5.- Algunas otras consideraciones.



A.- Las instituciones procesales de la abstención y la recusación no tienen naturaleza jurídica ni contenido sancionador y ni siquiera implican una minusvaloración o crítica de la actuación o posición del Juez afectado.

Existe reiterada jurisprudencia internacional acerca de ese extremo, a partir de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de octubre de 1982 y de 26 de octubre de 1984. En consecuencia, **no les es de aplicación el principio de tipicidad característico del derecho sancionador y penal, y no queda excluida la figura de la analogía** respecto de los supuestos legales, ni en su aplicación judicial ni en su interpretación constitucional.

Por lo anterior, la concurrencia de las causas de abstención y recusación no ha de ser, como llegó a afirmar cierta jurisprudencia, objeto de interpretación “restrictiva”, sino ajustada a su naturaleza y fundamento. Sobre éste, concurren dos principios contradictorios: el derecho del justiciable al juez natural y la correlativa obligación del Juez de ejercer la jurisdicción, lo que abonaría la tesis restrictiva; el principio de imparcialidad e independencia judicial, que postularía en sentido opuesto, favorable a la analogía.

Esta última tesis tiene refrendo constitucional (art. 24.2 C.E.), respaldo en normas de derecho internacional vinculantes para el Estado Español (art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, art. 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos de 19 de diciembre de 1966...) y apoyo en abundante jurisprudencia constitucional. (SSTC 37/1982, 44/1985, 137/1994, 60/1995 y posteriores).

El sentido de ésta última jurisprudencia, que dice recoger la del Tribunal Europeo, podemos resumirla en el siguiente fundamento jurídico, repetido en las sentencias citadas:



(...) La imparcialidad del Juez excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para erigirse en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego nada menos que el prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (Sentencias del TEDH de 1 de octubre de 1982 y de 26 de octubre de 1984). Debido, pues, a la circunstancia de que en el ámbito de la imparcialidad objetiva "incluso las apariencias pueden revestir importancia" (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984), ha de reclamarse el adagio anglosajón según el cual "no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace" (Sentencia del TEDH de 17 de enero de 1970), lo que ha de determinar que "todo Juez del que puede dudarse de su imparcialidad deba abstenerse de conocer del asunto o pueda ser recusado (Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 1984 y 24 de mayo de 1989).

Sobre la pretendida tipicidad legal de las causas de recusación y su posible interpretación analógica, el Tribunal Constitucional tiene establecido que la institución de la recusación es:

"el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión" (SSTC 137/1994 y 64/1997 , entre otras).

El órgano superior jerárquico al juzgado ante el que planteamos este escrito y en particular, las Secciones 22 y 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, viene siendo receptivo a los planteamientos anteriores, especialmente en la jurisprudencia reciente:

Así, sobre la aplicación de la analogía a las causas legales de abstención, la Sentencia de la Audiencia de Madrid (Sección 24) de 17 noviembre 2009 (ponente Correas), afirma:



(...)” Esta doctrina sobre el carácter legal y tasado de las causas de abstención y recusación, declarada en la Sentencia de esta Sala 1.186/1998 EDJ 1998/27965 y en otras muchas como las 1393/2000 , 2046/2000 y 274/2001, es compatible, naturalmente, con la necesidad de que las disposiciones legales que concretan y regulan dichas causas sean interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios establecidos, para la mejor garantía del derecho al juez imparcial, por la jurisprudencia de este Tribunal y del Constitucional, y muy especialmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con cuyos criterios se puede llegar a identificar concretos supuestos, no expresamente previsto en la ley pero sí relacionados con los previstos por una razón de analogía, en que los jueces se deban abstener y quepa su legítima recusación. (...)”

En las dos secciones citadas de la Audiencia es además sistemática la reseña de la jurisprudencia citada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos favorable a la analogía de las casas tipificadas, concretada, según enumeración repetida literalmente en múltiples sentencias con distintos ponentes de las dos secciones, en las siguientes resoluciones:

“ 1-10-82 EDJ 1982/8234, caso Piersack, 26-10-84 EDJ 1984/6862, caso De Cubre, 24-5-89 EDJ 1989/12011, caso Hauschildt, y 28-10-98 EDJ 1998/19897 , caso Algar.”

B.- La recusación tiene el carácter de medida cautelar en evitación de perjuicios derivados de su inaplicación.

La presunción de imparcialidad debe ceder ante los riesgos derivados de la sospecha fundada de su falta. Produce menor conmoción para la Justicia el apartamiento cautelar del juez preventivamente recusable que el ejercicio de las jurisdicción por quien posteriormente es apartado. El sustituto del recusado ostenta plenamente su condición de juez natural sin quebranto de bien jurídico alguno, ni censura, por ese sólo hecho, del recusado.



Sobre las consecuencias de la desestimación de la recusación posteriormente declarada pertinente, la doctrina constitucional se resume en el siguiente fundamento jurídico:

STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4: desde la perspectiva del derecho al Juez imparcial, «la concurrencia de una causa de recusación no concede, pues, a la parte que cuestiona la imparcialidad de un Tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al Juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la Sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada ésta. Esta última posibilidad sólo puede tener acogida, no como ejercicio del derecho a recusar sino, por el contrario, precisamente como remedio posterior de su previa vulneración a consecuencia de haberse impedido a la parte el ejercicio temporáneo del mismo. Tal reparación deberá llevarse a cabo normalmente por los órganos de la jurisdicción ordinaria, que son también garantes del derecho fundamental en juego (art. 53.2 CE) y, subsidiariamente, por este Tribunal, por medio del recurso de amparo

C.- Relevancia constitucional del derecho a recusar:

Frente a la presunción de imparcialidad, el derecho a recusar ante la menor sospecha de falta de imparcialidad tiene relevancia constitucional por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva. A efectos de un eventual recurso de amparo, dejamos constancia del siguiente resumen de la doctrina Constitucional:

“Las causas de abstención y recusación, en la medida en que están dirigidas a tutelar la imparcialidad del juzgador, integran este derecho fundamental proclamado por el art. 24.2 CE , SSTC 306/2005, de 12 de diciembre; y 116/2006, de 24 de abril,).



“Desde la STC 145/1988, de 12 de julio, hemos incardinado el derecho fundamental al juez imparcial en el art. 24.2 CE, “ (Entre otras STC, 116/2008 13/10/2008)

Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”, (STC 151/2000, de 12 de junio).

“La privación de la posibilidad de ejercer la recusación "implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente" (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, 282/1993, de 27 de septiembre, 64/1997, de 7 de abril; y 229/2003, 18 de diciembre).”

6.- Conclusión.

Los datos de hecho aquí manifestados permiten afirmar que la apariencia de imparcialidad del magistrado recusado D. Francisco David Cubero Flores para resolver sobre el recurso de apelación de doña Rita Maestre Fernández representada por el letrado don Gonzalo Martínez- Fresneda Ortiz de Solorzano no supera el estándar objetivo, lo que razonablemente sustenta la percepción de sospecha manifestada por esta parte, por lo que debe admitirse la presente recusación, apartarlo definitivamente al referido Magistrado del conocimiento del recurso (artículo 228.2 Ley orgánica del Poder judicial).

PROCESALES

I.- COMPETENCIA.

Corresponde la competencia para la instrucción a un Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid designado por turno de antigüedad, (art. 224.3º LOPJ).



Expresamente se solicita la identificación de los componentes del tribunal que decida la recusación.

II.- LEGITIMACIÓN.

Corresponde al recusante en su condición de parte (art. 218 LOPJ).

Se solicita el traslado a las demás partes por tres días para que manifiesten si se adhieren o se oponen a la recusación planteada.

III.- REQUISITOS TEMPORALES.

Presentamos este escrito, solicitando la recusación *tan pronto como hemos tenido conocimiento de la causa en que se funda*" 223 LOPJ).

IV.- REQUISITOS FORMALES.

El presente escrito pretende contener todos los requisitos legales, y especialmente la *"expresión de la concreta causa legal y los motivos de abstención-reacusación"*, exigida por el 223,2 L.O.P.J., y la aportación de un *"principio de prueba"* sobre los mismos.

V.- PROCEDIMIENTO.

Se solicita que el Tribunal sustancie la recusación por los trámites de los arts. 217 y ss L.O.P.J.

Por ello,

A LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SUPlico, que, teniendo por presentado este escrito, se digne admitirlo, y en su



virtud, ordene la incoación del incidente de recusación del **Magistrado Ilmo. Sr. D. Francisco David Cubero Flores, integrante de la Sección nº16 de la Audiencia Provincial de Madrid.**

Es de justicia que pido en Madrid a 18 de junio de 2016