

---

## [2020-18 i 35-RE](#)

### **Causa 2020-18 i 35-RE**

(*Fernández Genés c/ Principat d'Andorra*)

**Números de registre: 111-2020 i 220-2020. Recursos d'empara**

**Sentència del 12 d'octubre del 2020**

---

**BOPA núm. 125, del 21 d'octubre del 2020**

En nom del Poble Andorrà;

El Tribunal Constitucional;

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 21 de febrer del 2020, per la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, i, contra l'aute del 12 de febrer del mateix any, dictat pel Tribunal Superior de Justícia (Presidència), per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a la defensa i a un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada i que anul·li les resolucions impugnades "*ordenant que es nomeni un nou Magistrat per resoldre l'admissió a tràmit de la querella*";

Atès l'escrit presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 20 d'abril del 2020, per la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés, mitjançant el qual interposa un recurs d'empara contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, i, contra l'aute del 12 de març del mateix any, dictat per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a un procés degut, a la defensa i a un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts a l'article 10 de la Constitució, i, atès que demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada i que anul·li les resolucions impugnades "*ordenant que es nomeni un nou Magistrat instructor, que s'acordi l'admissió a tràmit de la querella presentada per aquesta part en data 23 "de febrer" (sic) del 2020, i que en conseqüència es practiquin diligències per l'esclariment dels fets denunciats*"; en un altressí demana que vulgui, en exercici de les seves funcions, promoure aquelles accions escaients en compliment de la llei per si cal dilucidar responsabilitats amb independència de la reserva d'accions que pugui efectuar aquesta part en aquest sentit;

Vista la Constitució, especialment els articles 10, 41.2, 98 c) i 102;

Vista la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, especialment el títol IV, capítols primer i sisè;

---

Vist l'aute del Tribunal Constitucional del 13 de juliol del 2020, que va acumular els recursos d'empara 2020-18-RE i 2020-35-RE i va admetre a tràmit la causa acumulada, amb efectes suspensius;

Vist l'escrit d'al·legacions presentat i registrat al Tribunal Constitucional, el 4 d'agost del 2020, pel Ministeri Fiscal;

Vistes les conclusions formulades dintre de termini per la part recurrent i pel Ministeri Fiscal;

Escollat l'informe del magistrat ponent, Sr. Jean-Yves Caullet;

## **1. Antecedents processals davant les jurisdiccions ordinàries**

1.1. El 23 de gener del 2020, el Sr. Sergi Fernández Genés va interposar una querella contra persona desconeguda per la presumpta comissió d'uns delictes de tortura, coaccions, amenaces condicionals i de prevaricació d'autoritat o funcionaris en l'obtenció de determinades proves en el marc de la declaració d'un tercer en el procediment en què està imputat.

1.2. A petició de la magistrada ponent del Tribunal de Corts, Sra. Canòlic Mingorance Cairat, i, d'acord amb les disposicions de l'article 39 del Codi de procediment penal, el querellant va subsanar la manca de signatura de la seva representació processal en la querella i va identificar els querellats en la identitat del fiscal general, Sr. Alfons Alberca Sanvicens, i, del cap de la Unitat d'Investigació Criminal del Servei de Policia, Sr. Jaume Antich Vallmitjana.

1.3. El 3 de febrer del 2020, la magistrada ponent esmentada del Tribunal de Corts va dictar un aute mitjançant el qual rebutjava la querella esmentada.

1.4. La representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés va presentar un escrit de recusació contra la magistrada ponent del Tribunal de Corts, Sra. Canòlic Mingorance Cairat, al·legant que tenia un interès directe en l'objecte del plet (article 7 del Codi de procediment penal).

Alhora, formulava recurs d'apel·lació contra l'aute que rebutjava la querella davant la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

1.5. El 12 de febrer del 2020, el Tribunal Superior de Justícia (Presidència) va dictar un aute que inadmetia a tràmit aquesta recusació.

1.6. El 21 de febrer del 2020, la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés va interposar un recurs d'empara contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, i, contra l'aute del 12 de febrer del mateix any, dictat pel Tribunal Superior de Justícia (Presidència), per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a la defensa i a un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

1.7. El 12 de març del 2020, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, mitjançant aute, acordava desestimar el recurs d'apel·lació presentat contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat per la magistrada del Tribunal de Corts, el qual confirmava íntegrament.

---

1.8. El 20 d'abril del 2020, la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés interposava un segon recurs d'empara contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, i, contra l'aute del 12 de març del mateix any, dictat per la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia, per una presumpta vulneració dels drets a la jurisdicció, a un procés degut, a la defensa i a un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

## 2. Argumentació jurídica

### 2.1. Argumentació del recurrent

- En el recurs 2020-18-RE, el recurrent considera que la desestimació de la recusació de la magistrada ponent del Tribunal de Corts que va rebutjar la seva querella vulnera el seu dret a un tribunal imparcial predeterminat per la llei.

- Per donar suport al seu recurs d'empara desenvolupa els arguments adduïts en el seu incident de recusació.

- Segons el seu parer, al·lega que el fet que la demanda de recusació es presentés una vegada que la decisió de rebuig de la querella ja hagués estat pronunciada per la magistrada recusada, decisió que altrament ja ha apel·lat, no implica la seva extemporaneïtat, ja que no va tenir coneixement que la magistrada en qüestió seria ponent fins que no se li va notificar aquesta decisió.

- Per fonamentar la seva postura cita una sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans en relació amb una causa de terrorisme jutjada per la Justícia espanyola, així com diverses resolucions dictades en apel·lació pel Tribunal Superior de Justícia.

- Finalment, invoca la infracció dels articles 14 i 15 de la Llei qualificada de la Justícia que imposen que la designació del magistrat ponent sigui notificada a les parts.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada i que anul·li les resolucions impugnades "*ordenant que es nomeni un nou Magistrat per resoldre l'admissió a tràmit de la querella*".

- En el recurs 2020-35-RE, el recurrent reitera substancialment les al·legacions presentades en el primer recurs sobre la vulneració del dret a un tribunal imparcial predeterminat per la llei.

- Afegint, no obstant això, en primer lloc, que en les providències anteriors del 24 i del 28 de gener del 2020, la magistrada s'havia limitat a constatar defectes de forma que no permetien evidenciar la seva aproximació objectiva d'imparcialitat.

- Considera que la magistrada recusada s'hagués hagut d'abstenir directament a causa de la seva contaminació per haver instruït la causa afectada per la querella objecte de discussió, opinant que aquesta està fent una fugida endavant per justificar l'èxit de la instrucció que havia dirigit i que actualment es troba en fase de judici oral.

- En segon lloc, la Sala Penal retreu a aquesta part no haver sol·licitat en el seu recurs d'apel·lació la nul·litat de l'aute que arxivava la querella, per la qual cosa no va atribuir una conseqüència lògica a

---

una estimació eventual del seu recurs.

- Aquesta part recorda que en el marc d'un procediment penal no és aplicable el principi dispositiu i/o de justícia rogada. No obstant això, reproduïx textualment el suplico del seu recurs d'apel·lació on s'indica que demana la revocació de l'aute que inadmet a tràmit la seva querella.

- Recorda també que l'examen de la vulneració del dret a un jutge imparcial i la del dret a un jutge natural són qüestions d'ordre públic, la salvaguarda dels quals correspon als òrgans judicials, independentment dels efectes pretesos per les parts i, d'acord amb els articles 39.1 de la Constitució i 18 bis de la Llei transitòria de procediments judicials, els tribunals han d'apreciar les vulneracions dels drets fonamentals i declarar d'ofici les conseqüències que se'n derivin.

- En tercer, lloc, considera que no és cert que la magistrada no conegués les possibles irregularitats en les declaracions del Sr. Rafael Pallardó i, per tant, de la il·legalitat de la prova.

- Recorda que la querella no s'interposa contra la magistrada recusada, sinó contra aquells que van crear una font de prova espúria i il·legal tenint en compte el moment de la comissió dels fets i no el moment en què el declarant els va denunciar.

- En quart lloc, considera que la possibilitat que s'anul·lin parts de la instrucció de la causa derivades de l'estimació de la seva querella permet afirmar que aquest fet és suficient per considerar que la magistrada recusada té un interès professional en no admetre la querella, ja que es posaria en entredit la seva tasca d'instrucció. Tot i reconèixer que el cas no és exactament idèntic, cita la sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans del 22 de juliol del 2008, recaiguda en la causa Gómez de Liaño Botella c/ Espanya, la qual entre d'altres manifesta que el fet d'haver intervingut en decisions preses en fase d'instrucció comporta que el magistrat perdi la seva imparcialitat a l'hora de formar part de l'òrgan de judici en aquell mateix procediment.

- Sobre la vulneració dels drets a la jurisdicció, a la defensa i a l'accés a la justícia considera que l'aute dictat per la Sala Penal rebutja la seva legitimació per querellar-se per prevaricació, ja que no és persona ofesa ni perjudicada; també desestima que la seva denúncia pugui tenir la condició d'acció popular.

- Pel que fa a l'exercici de l'acció popular, recorda que aquesta té rang constitucional (article 86.4 de la Constitució); i discrepa de la interpretació rigorista de la legislació aplicable efectuada per la Sala Penal, que du a considerar que en cas d'una suposada prevaricació per part d'un fiscal, només la Fiscalia i una suposada víctima (que és poc probable que existeixi) poden iniciar el procediment.

- Al·lega que la prevaricació és un delictes contra l'administració de justícia, que és un bé jurídic col·lectiu, per tant un delictes contra els interessos generals, i que una interpretació mínimament sensible amb els drets fonamentals hauria de permetre que els termes "*perjudicat*" o "*ofès*" haurien d'incloure qualsevol ciutadà quan es tracta de delictes contra béns jurídics supraindividuals.

- Addueix que ha estat perjudicat perquè ha patit directament i personalment les conseqüències materials de la comissió del delictes que denuncia, ja que com a resultat de les declaracions del Sr. Rafael Pallardó es va veure processat en la causa penal de referència i se li sol·licita una pena de 7 anys de presó ferma, el pagament de 70.000.000,00 € i 10 anys d'inhabilitació professional com a empleat de banca.

- Pel que fa a la vulneració del dret a un procés públic amb totes les garanties i del dret d'accés a la

---

jurisdicció, al·lega que, d'acord amb la jurisprudència constant dels tribunals penals i amb l'article 39 del Codi de procediment penal, el rebuig d'una querella només es pot dictar si els fets no són constitutius de delicte.

- La Sala Penal ratifica la decisió del Tribunal de Corts de rebuig de querella considerant que en aquesta querella no es disposa de cap element que avaluï racionalment la versemblança de l'aparença delictiva dels fets imputats, ja que no s'aporta cap suport probatori que pugui ser considerat accessible i racional.

- De manera substancial, considera que la valoració de la rellevància penal dels fets ha d'efectuar-se en funció de la manera en què han estat al·legats i no en funció dels que resultin acreditats. L'existència d'un mínim dubte raonable de la il·licitud penal dels fets al·legats ha de provocar l'admissió a tràmit de la querella, perquè no es pot descartar *ab initio* la seva existència.

- Afegeix que l'al·legació d'un delicte de tortura exigeix un cànon reforçat de motivació, com així ho estableixen els acords internacionals referents als Drets Humans i la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans.

- Sobre el fons de la querella addueix que els fets relatats són constitutius dels delictes denunciats i que, per tant, aquesta hagués hagut de ser admesa a tràmit, perquè s'acomplien rigorosament els pressupòsits establerts a l'article 39 del Codi de procediment penal, sense necessitat de l'aportació d'una prova completa dels fets relatats.

- No obstant això, considera que va aportar proves indiciàries suficients per acreditar els delictes denunciats.

- Per acabar, demana al Tribunal Constitucional que atorgui l'empara sol·licitada i que anul·li les resolucions impugnades "ordenant que es nomeni un nou Magistrat per resoldre l'admissió a tràmit de la querella" i que, per consegüent, s'acordi l'admissió a tràmit de la querella i es practiquin les diligències per l'esclariment dels fets denunciats.

També demana que per tal com el Ministeri Fiscal està obligat a promoure l'acció de la Justícia amb la finalitat de vetllar per la defensa i per l'aplicació de l'ordenament jurídic, així com per promoure la independència judicial, motiu pel qual en consideració del contingut d'un aute de l'Audiència Provincial de Girona dictat per la mateixa magistrada ponent de la Sala Penal que contradiu l'aute actualment impugnat, demana que en exercici de les seves funcions, el Tribunal Constitucional promogui les accions escaients per dilucidar la seva responsabilitat.

## **2.2. Argumentació del Tribunal Superior de Justícia (Presidència)**

- En l'aute del 12 de febrer del 2020, el Tribunal Superior de Justícia va decidir inadmetre a tràmit la recusació formulada per la part recurrent.

- Per tal de fonamentar aquesta decisió exposa que aquesta demanda és clarament extemporània, ja que va intervenir un cop dictada la resolució del Tribunal de Corts, quan l'article 7 del Codi de procediment penal precisa que mentre se substanciï la recusació, el magistrat recusat s'ha d'abstenir d'entendre de la causa, i això suposa que la recusació és sempre prèvia a la decisió del procés.

- També destaca que el recurrent ha presentat un recurs d'apel·lació contra la decisió de rebuig de la

---

querella per part del Tribunal de Corts, en el marc del qual podrà fer totes les al·legacions que consideri necessàries sobre la forma en què s'ha constituït el Tribunal que va dictar la resolució impugnada.

### **2.3. Argumentació de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia**

- En el seu aute del 12 de març del 2020, que resol en apel·lació la desestimació de la querella, en primer lloc, la Sala Penal es pronuncia en relació amb la suposada manca d'imparcialitat de la magistrada del Tribunal de Corts derivada del seu interès directe en l'assumpte i en un coneixement previ de les actuacions, el qual hauria condicionat i mediatitzat la seva decisió.
- La Sala Penal considera que el recurrent no vincula cap conseqüència a una eventual estimació de la seva impugnació, ja que no demana la nul·litat de la resolució recorreguda per tal que la causa passi al coneixement d'un altre magistrat, per tant, la impugnació no té eficàcia.
- Altrament, destaca que la part recurrent tenia coneixement de la designació de la magistrada en qüestió per conèixer de la causa i va presentar la seva recusació després que aquesta rebutgés la querella.
- Sobre el coneixement anterior de la causa per part de la magistrada del Tribunal de Corts, la part recurrent mateixa exposa que la convocatòria del Sr. Rafael Pallardó davant el Servei de Policia es va dur a terme mitjançant el seu advocat, el qual va articular el moment, la forma i el contingut d'aquesta declaració.
- Afegeix que les irregularitats al·legades per la part recurrent en l'obtenció de la declaració del Sr. Rafael Pallardó en què implicava directament els responsables de la BPA, van ser denunciades per aquesta persona quan ja s'havia acabat la instrucció de la causa, per tant, la magistrada no podia saber res de la suposada absència de voluntarietat respecte d'aquesta declaració.
- Conclou sobre aquest punt que el pretès interès de la magistrada del Tribunal de Corts en no admetre la querella, pel fet que no hauria investigat la possible validesa de les proves tingudes en compte per acordar la incoació del sumari, és una mera suposició.
- En segon lloc, la Sala Penal examina la manca de legitimació del recurrent per presentar la querella, fa una anàlisi de la legislació aplicable, i estableix que el recurrent no és la persona ofesa pels delictes objecte de la querella, tanmateix, sí que li reconeix la condició de perjudicat respecte dels delictes de tortures, coaccions i amenaces condicionals, però no pel delicte de prevaricació.
- La possibilitat que els fets puguin tenir aleshores consideració de denúncia no pot ser acceptada, atès que el fiscal general és aforat i un procediment contra ell només pot iniciar-se mitjançant querella del Ministeri Fiscal, de l'ofès o del perjudicat.
- La Sala Penal també descarta l'exercici de l'acció popular atès que no hi ha cap procediment obert (article 15 del Codi penal).
- En tercer lloc, corol·lari del punt anterior, la Sala Penal entra a examinar la querella en relació amb els delictes de tortures, coaccions i amenaces condicionals, atès que el recurrent seria perjudicat, i conclou que, en aquest cas, no es justifica l'obertura d'un procés penal per a la recerca d'uns fets que, ja des del primer moment, no es presenten com a versemblants, en tant que manquen de

---

qualsevol suport probatori que pugui ser considerat accessible i racional, afegint que la presumpta víctima dels fets delictius no ha exercit l'acció penal per a la seva persecució.

- Per aquests motius, la Sala Penal declara que la querella va ser correctament rebutjada.

## 2.4. Argumentació del Ministeri Fiscal

- Abans de res, el Ministeri Fiscal posa en coneixement del Tribunal que el recurrent va presentar un incident de nul·litat d'actuacions contra l'aute del 12 de març del 2020, dictat per la Sala Penal, després d'haver presentat el seu segon recurs d'empara, motiu pel qual aquest recurs hagués hagut de ser inadmès a tràmit (adjunta còpia de l'aute del 20 de juliol del 2020 de la Sala Penal mitjançant el qual es desestima l'incident de nul·litat esmentat).

- Destaca igualment que la part recurrent ha duplicat o triplicat procediments, impugnant davant el Tribunal Constitucional resolucions que, en paral·lel i de forma simultània, també impugnava davant la jurisdicció ordinària (sense informar el Tribunal Constitucional) en un evident abús de dret i mala fe processal i en clara vulneració de les disposicions de l'article 86 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

- De manera subsidiària, pel que fa a la recusació de la magistrada del Tribunal de Corts, el Ministeri Fiscal posa en relleu que una de les primeres actuacions de la causa va ser la notificació a la part querellant de la providència del 23 de gener del 2020 en què es designava la Sra. Canòlic Mingorance Cairat com a magistrada ponent. Seguidament aquesta magistrada va dictar diverses providències en què requeria a la part querellant d'esmenar uns defectes de forma.

- La recusació va ser presentada després que la magistrada hagués acordat rebutjar la querella, de forma evidentment extemporània i temerària, contradient, a més, els seus propis actes, i sabent des de l'inici que la magistrada en qüestió havia instruït la causa BPA.

- Segons el parer del Ministeri Fiscal, el recurrent pretén instrumentalitzar aquest procediment per utilitzar-lo en el marc d'un altre, i, aquest no és l'objecte d'un procediment penal.

- Cita la jurisprudència del Tribunal Europeu dels Drets Humans (cas Zahirovic c/ Croàcia, del 25 d'abril del 2013) en què es destaca que la denúncia d'una recusació s'ha de fer a la primera oportunitat, línia jurisprudencial avalada tant pel Tribunal Superior de Justícia com pel Tribunal Constitucional mateix.

- Malgrat que considera que totes les raons exposades són suficients per desestimar les pretensions del recurrent, afegeix que no existeix cap causa concreta de recusació, i que només realitza una al·legació genèrica i de principi, destacant que les pretensions i el fons de l'assumpte, en el cas que ara ens ocupa, és absolutament diferent de qualsevol altre conegut per la magistrada en qüestió (veg. la sentència del 16 d'octubre del 2017, recaiguda en la causa 2017-23-RE, o la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia en relació amb el coneixement previ del *thema decidendi*).

- Abans d'entrar a contestar les al·legacions del recurrent sobre la seva legitimació activa, demana al Tribunal Constitucional que comuniqui al Col·legi d'Advocats la manca d'ètica, de respecte de les regles de cortesia i de consideració degudes als tribunals, per les imputacions gratuïtes efectuades contra la Sala Penal (pàgina 13 del recurs d'empara 2020-35-RE).

---

- Pel que fa al fons de la legitimació activa, el Ministeri Fiscal recorda que correspon al legislador configurar les normes que la delimiten, ja sigui definint l'abast dels conceptes "*de perjudicat*" o "*d'ofès*", ja sigui el de l'acció popular, ja sigui el de la denúncia. Així mateix, correspon a la jurisdicció ordinària interpretar i aplicar aquestes normes.

- Després d'exposar les configuracions legals d'aplicació a la causa en resposta concreta a les al·legacions del recurrent, conclou substancialment que en aquest cas les resolucions impugnades estan motivades i es fonamenten en un raonament jurídic que no és ni il·lògic ni absurd.

- Pel que fa al deure d'instrucció al·legat per la part recurrent, el Ministeri Fiscal destaca que la jurisdicció ordinària va rebutjar la querella per manca de la més mínima fonamentació objectiva, precisant que la persona mateixa que suposadament hauria patit les tortures, les coaccions i les amenaces manifesta que no ha corroborat els fets dels quals ha tingut coneixement pels mitjans de comunicació i demana tenir accés a la querella per demanar les responsabilitats que s'escaiguin als autors de la querella.

- Afegeix que les accions judicials del recurrent són profundament contradictòries, ja que pretén iniciar un procés en defensa d'aquesta persona, quan a Espanya s'hauria querellat contra ell per haver realitzat voluntàriament unes declaracions que a Andorra considera que ha fet sota tortures i coaccions.

- En definitiva, conclou que la querella que ara ens ocupa respon a finalitats espúries, com és la paralització de la causa BPA i la generació artificiosa d'una causa d'abstenció del fiscal general, així com el condicionament de la tasca investigadora que ha de desenvolupar el grup del Servei de Policia.

- Per tots aquests motius, demana al Tribunal Constitucional que desestimi aquest recurs d'empara per no haver esgotat la via prèvia, per manca de contingut constitucional i per no haver-se vulnerat cap dels drets fonamentals al·legats. Així mateix demana que declari la temeritat de la querella interposada pel recurrent.

### **3. Fonaments jurídics del Tribunal Constitucional**

3.1. El Tribunal Constitucional no és un tribunal de tercera instància, ni un tribunal de cassació.

3.2. De manera prèvia, convé destacar dues circumstàncies particulars respecte dels dos recursos d'empara presentats per la representació processal del recurrent.

Pel que fa al primer recurs d'empara -causa 2020-18-RE- aquest es va presentar contra l'auto del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, quan l'11 de febrer del 2020, s'havia interposat un recurs d'apel·lació davant la Sala Penal del Tribunal Superior de Justícia.

Ara bé, l'article 86 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional estableix que "*El recurs d'empara (...) s'interposa contra les sentències que desestimen en fase de recurs les demandes presentades en el marc del procediment urgent i preferent, els autos que desestimen o no admeten en fase de recurs els incidents de nul·litat (...) o les resolucions judicials fermes dictades pel Tribunal Superior de Justícia encara que no s'hi hagi interposat un incident de nul·litat.*"



---

Atès que el recurrent va interposar un recurs d'apel·lació contra el rebuig del Tribunal de Corts de la seva querella, no podia ignorar, per tant, que la resolució que recaigués en apel·lació una vegada examinades totes les seves alegacions i arguments seria susceptible de ser l'objecte, en cas de ser desestimària, d'un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. Posant en relleu, a més, que en cas de ser estimatòria, l'objecte del primer recurs d'empara decauria.

Altrament, també es pot remarcar que en aquest primer recurs d'empara s'impugna igualment l'aute del 12 de febrer del 2020 del Tribunal Superior de Justícia (Presidència) que desestimaria "*l'incident de nul·litat d'actuacions*" quan la decisió en qüestió declara la inadmissibilitat a tràmit d'un incident de recusació presentat pel recurrent. Aquest fet constitueix en el millor dels casos una errada lamentable, en el pitjor la voluntat de confondre aquest Tribunal.

3.3. El segon recurs d'empara -causa 2020-35-RE- enregistrat el 20 d'abril del 2020, es presenta contra l'aute del 12 de març del 2020 que resol el recurs d'apel·lació i que confirma el rebuig de la querella decidit el 3 de febrer del 2020 pel Tribunal de Corts, igualment impugnat en el primer recurs d'empara.

Ara bé, el 22 d'abril del 2020, la part recurrent va formular un incident de nul·litat d'actuacions contra l'aute esmentat que resolvia l'apel·lació, fet que crea de manera evident un problema processal, atès el redactat de l'article 86 esmentat de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

Efectivament, la disposició que predica que "*El recurs d'empara (...) s'interposa contra (...) les resolucions judicials fermes dictades pel Tribunal Superior de Justícia encara que no s'hi hagi interposat un incident de nul·litat*" significa clarament que la manca d'interposició d'un incident de nul·litat no pot oposar-se al caràcter definitiu d'una decisió. *A contrario*, també és clar que si s'ha plantejat un incident de nul·litat, el recurs d'empara només es podrà examinar una vegada s'hagi resolt aquest.

Com que el segon recurs d'empara va ser enregistrat el 20 d'abril del 2020, el recurrent que va decidir interposar un incident de nul·litat no podia desconèixer que aquesta decisió implicava la inadmissió a tràmit d'aquest recurs (veg. l'aute d'aquest Tribunal del 8 d'abril del 2019, recaigut en la causa 2019-19-RE).

Si la seva intenció era la de formular un incident de nul·litat, calia que aquest incident fos resolt abans de presentar un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional.

Per tant, una vegada més és legítim qüestionar-se sobre les causes de la tramitació dels procediments seguits per la representació processal del recurrent, ja que és evident que materialitza la fragilitat dels seus propis recursos.

3.4. Malgrat els elements desenvolupats en els punts anteriors, atès que el Tribunal va decidir acumular els dos recursos i atesa la desestimació de l'incident de nul·litat esmentat mitjançant un aute del 20 de juliol del 2020, dictat per la Sala Penal, les decisions sobre les quals el Tribunal Constitucional s'ha de pronunciar són actualment definitives i cal procedir al seu examen sense necessitat de posposar-les.

3.5. La qüestió central que aquest Tribunal ha de resoldre és aquella relativa a la recusació de la magistrada del Tribunal de Corts pel fet d'haver adoptat una decisió de rebuig de la seva querella, decisió que hauria dut al recurrent a considerar que s'havia vulnerat el seu dret a un procés equitable.

---

3.6. Cal examinar, doncs, en primer lloc, l'extemporaneïtat de la demanda de recusació:

1. En el marc estricte del procediment penal en qüestió, ha quedat absolutament clar que la representació processal del recurrent tenia coneixement de la identitat de la magistrada encarregada de la causa des de les primeres providències que concernien la forma de la seva querella amb constitució d'acusació particular. L'al·legació del recurrent d'acord amb la qual només havia tingut coneixement de la identitat de la magistrada ponent i del problema que se'n derivava, una vegada pronunciada la decisió de rebuig de la querella, no és procedent.

2. Així doncs, el moment en què el recurrent va demanar la recusació de la magistrada ponent resulta d'una opció i no d'una obligació vinculada al desconeixement anterior de l'assumpte.

Una vegada aquest punt establert, el fet determinant no rau en saber si la demanda de recusació és o no és "*tardana*", cosa que seria subjectiva, sinó de saber si s'ha de desestimar la recusació de la magistrada perquè el recurrent, que tenia coneixement d'una dificultat eventual, va optar per plantejar la recusació de la magistrada esmentada després del pronunciament de la seva decisió.

La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia és clara respecte d'aquesta qüestió i reprèn l'article 7.3 del Codi de procediment penal "*la recusació ha d'ésser proposada tan aviat com es tingui coneixement de l'existència de la causa en què es fonamenta i, en cas contrari, no és admesa a tràmit.*"

Així mateix, tant el Tribunal Constitucional com el Tribunal Europeu dels Drets Humans també s'han pronunciat en el mateix sentit (veg. la sentència del 9 de setembre del 2019, recaiguda en la causa 2019-23-RE; i, la sentència del 25 d'abril del 2013, recaiguda en el cas *Zahirovic c/ Croàcia*).

Així doncs, la desestimació de la recusació està motivada sobre la base d'aquest simple punt de vista.

3.7. No obstant això, en segon lloc, aquest Tribunal Constitucional ha d'examinar, més enllà d'aquest punt de vista formal, si la designació de la magistrada en causa és susceptible d'haver perjudicat la imparcialitat dels seus pronunciaments.

En aquest sentit, si bé com ja s'ha dit la representació processal del recurrent va esperar el pronunciament de l'aute impugnat, aquesta no aporta cap element precís, cap fet que permeti concloure que la decisió adoptada està enterbolida de parcialitat.

De fet, l'única circumstància que du al recurrent a posar en dubte la imparcialitat de la magistrada ponent encarregada de tractar la seva querella seria el fet que aquesta havia tingut coneixement de la declaració d'un testimoni en la instrucció d'una altra causa, les condicions de l'obtenció de la qual estan qüestionades en la querella actual, circumstància que no estableix cap imparcialitat.

En relació igualment amb aquest punt, la jurisprudència de la Sala Penal és clara i seguint la jurisprudència constitucional (veg. la sentència del 16 d'octubre del 2017, recaiguda en la causa 2017-23-RE; i, la sentència de l'11 de febrer del 2019, recaiguda en la causa 2018-64-RE) considera que no pot valorar-se com a objecció constitucional decisiva el fet que algun magistrat hagi conegut o conegui d'algun assumpte "*distint*" del fons en litigis promoguts pels mateixos recurrents i els batlles o magistrats s'han d'abstenir quan han tingut coneixement del veritable *thema decidendi* del procés.

---

A més, cal destacar que la decisió de rebuig de la querella que, segons el parer del recurrent seria parcial, va ser confirmada en apel·lació de manera a bastament motivada.

3.8. Per concloure aquest punt, el Tribunal Constitucional, sense fonamentar-se en arguments formals, els quals no deixen tanmateix de tenir gran importància, ha de declarar que la parcialitat pretesa de la magistrada ponent impugnada pel recurrent en el tractament de la seva querella no ha estat de cap manera establerta.

3.9. Pel que fa a les al·legacions del recurrent en relació amb el fons de les resolucions impugnades, en concret, respecte de la seva legitimació activa i de l'acció popular que reivindica, aquest Tribunal ha de limitar-se a verificar que les resolucions judicials impugnades estan motivades en Dret i no són ni irraonables, ni arbitràries, ja que no li correspon intervenir en l'àmbit processal de la jurisdicció ordinària; evidentment també ha de verificar que, encara que les decisions impugnades siguin conformes al Dret i estiguin motivades degudament, aquestes no duguin de fet a la vulneració dels drets fonamentals reconeguts per la Constitució.

De l'examen d'aquesta causa es desprèn clarament que el recurrent ha tingut accés a la jurisdicció i ha pogut gaudir de l'accés a tots els procediments que ha decidit iniciar, tant pel que fa a la presentació de la querella, com per plantejar incidents de nul·litat o de recusació, ja sigui en primera instància com en apel·lació.

La motivació continguda en aquestes decisions no mostra cap arbitrarietat, ni cap irracionalitat i des d'aquest punt de vista les al·legacions del recurrent no poden fonamentar cap vulneració dels drets reconeguts a la Constitució.

3.10. En definitiva, atès que la parcialitat adduïda per la part recurrent no ha estat acreditada, que les resolucions impugnades en ambdós recursos d'empara estan a bastament i clarament fonamentades en Dret i no poden ser titllades d'irraonables o d'arbitràries, no s'han vulnerat els drets a la jurisdicció, a un procés degut, a la defensa i a un tribunal imparcial predeterminat per la llei, reconeguts a l'article 10 de la Constitució.

La resta d'arguments del recurrent respecte de diversos elements del procediment, fora de l'àmbit de la competència d'aquest Tribunal, el qual no és ni una tercera instància, ni un tribunal de cassació, no han acreditat tampoc la vulneració de cap dret fonamental reconegut per la Constitució.

3.11. Per tots aquests motius, el Tribunal Constitucional desestima íntegrament aquest recurs d'empara acumulat i, declara, per tant, la imposició de les costes processals a la part recurrent, de conformitat amb l'article 92.4 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional.

### **Decisió:**

En atenció a tot això que s'ha exposat, el Tribunal Constitucional, per l'autoritat que li confereix la Constitució del Principat d'Andorra,

### **Ha decidit:**

---

1. Desestimar els recursos d'empara 2020-18-RE i 2020-35-RE interposats per la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés contra l'aute del 3 de febrer del 2020, dictat pel Tribunal de Corts, i, contra els autes del 12 de febrer del 2020 i del 12 de març del mateix any, dictats pel Tribunal Superior de Justícia (Presidència i Sala Penal, respectivament).

2. Imposar a la part recurrent les costes processals derivades de la desestimació dels seus recursos d'empara.

3. Publicar aquesta sentència, d'acord amb allò que disposa l'article 5 de la Llei qualificada del Tribunal Constitucional, al *Butlletí Oficial del Principat d'Andorra*.

I així, per aquesta sentència nostra, que ha de ser notificada a la representació processal del Sr. Sergi Fernández Genés, al president del Tribunal de Corts, al president del Tribunal Superior de Justícia i al Ministeri Fiscal ho pronunciem, manem i signem a Andorra la Vella, el 12 d'octubre del 2020.

Josep-D. Guàrdia Canela  
President

Jean-Yves Caullet  
Vicepresident

Joan Manel Abril Campoy      Dominique Rousseau  
Magistrat                      Magistrat