



ARANZADI  
DERECHO  
PROCESAL

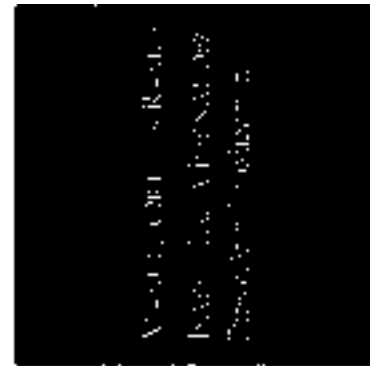
*Esta obra analiza exhaustivamente la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Constitucional, en sus cinco años de actividad, ha formado sobre el proceso penal. La exposición -que incluye, en el sumario, los fragmentos más relevantes de las sentencias- ha sido sistematizada con arreglo a las materias cuyo régimen jurídico se aplica directamente en el proceso penal.*

*La consulta del sumario general -cuyo detalle es el indicador de la magnitud de la información ofrecida y el grado de análisis de la misma- acredita a esta obra como imprescindible para una práctica del proceso penal ajustada a la Constitución, así como para conocer las posibilidades de éxito de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional en asuntos penales.*

C.M. 21251  
ISBN 84-8767-509-6



9 788497 675093



El Proceso Penal en la Doctrina del Tribunal  
Constitucional (1981-2004)

**THOMSON**

**ARANZADI**

MANUEL ORTELLS RAMOS

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ

Dirección y Coordinación

El Proceso Penal en la  
Doctrina del Tribunal  
Constitucional  
(1981-2004)

FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO

JUAN CÁMARA RUIZ

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

JOSÉ BONET NAVARRO

RAFAEL BELLIDO PENADÉS

LUIS A. CUCARELLA GALIANA

JOSÉ MARTÍN PASTOR

IRENE NADAL GÓMEZ

ROSA ARROM LOSCOS

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA

JOSEP MANEL MEDRANO MOLINA

SHEILA MUÑOZ MUÑOZ



**THOMSON**

**ARANZADI**

Primera edición, 2005

Obras realizadas en el proyecto de investigación «Reforma del proceso penal español» (BJJ2002-04554-CO2-02), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología

© Manuel Ortells Ramos e Isabel Tapia Fernández, 2005  
© Editorial Aranzadi, SA

Editorial Aranzadi, SA  
Camino de Galar, 15  
31190 Olzau Meaur (Navarra)

Imprenta: Rodena Industrials Gráficas, SL  
Carretera de Aritz, kilómetro 3,5  
31496 Elcano (Navarra)

Depósito Legal: NA 2872/2005

ISBN 84-9767-508-6

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ  
Catedrática de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

**Dirección y coordinación**

FRANCISCO LÓPEZ SIMÓ  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JUAN CÁMARA RUIZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universidade da Coruña

RODRIGO JUAN SÁNCHEZ  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSÉ BONET NAVARRO  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

RAFAEL BELLIDO PENADES  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSÉ MARTÍN PASTOR  
Profesor Titular de Derecho Procesal  
Universitat de València

IBRAHIM NADAI GÓMEZ  
Profesora Titular de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

ROSA ARROS LASCOS  
Catedrática de Escuela Universitaria  
de Derecho Procesal  
Universitat de les Illes Balears

ALICIA ARBENGOI VILAPLANA  
Profesora Contratada Doctora Interina de  
Derecho Procesal  
Universitat de València

JOSEP MANEL MEDRANO MOURA  
Becario de investigación de Derecho  
Procesal  
Universitat de València

SIBILA MUÑOZ MUÑOZ  
Becaria de investigación de Derecho  
Procesal  
Universitat de València

	Página
b) Las consecuencias sobre la competencia del TS de la pérdida de la condición de aforado durante la tramitación del proceso penal .....	119
c) El aforamiento de los Parlamentarios Europeos .....	120
5. Tratamiento procesal de la competencia objetiva .....	121
A) La nulidad de actuaciones .....	122
B) Las cuestiones de competencia .....	122
VI. LA COMPETENCIA TERRITORIAL .....	122
1. Cuestiones generales .....	123
2. El tratamiento procesal de la competencia territorial .....	124
VII. LA COMPETENCIA FUNCIONAL .....	125
VIII. EL REPARTO DE ASUNTOS .....	125

### CAPÍTULO TERCERO

#### DETERMINACIÓN DE LOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y RECUSACIÓN

I. DETERMINACIÓN DE LOS CONCRETOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL .....	128
1. Generalidades sobre el principio de juez legal y la determinación del concreto titular del órgano .....	128
2. Supuestos particulares de determinación del concreto titular del órgano jurisdiccional .....	129
A) Límites y matices al principio del juez legal y predeterminado por la ley, especialmente en cuanto a la determinación del concreto titular del órgano jurisdiccional .....	129
B) El tiempo de alegación de la infracción como condicionante de la estimación .....	133
C) La producción real de indefensión en el caso concreto como condicionante de la estimación .....	134
II. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN .....	135
1. Imparcialidad y separación de instrucción y enjuiciamiento .....	135
A) Conceptos .....	138
B) Imparcialidad objetiva .....	142
C) Separación entre instrucción y enjuiciamiento .....	144
a) Actividades no instructoras .....	144
b) Actividades instructoras .....	146
D) Separación para la resolución en la primera y en la segunda instancia .....	146
E) Separación no necesaria entre instrucción y decisión sobre medida cautelar .....	146

	Página
F) Separación no necesaria entre decisión en segunda instancia y también en segunda instancia sobre resoluciones de archivo .....	147
2. Aspectos subjetivos de la imparcialidad .....	147
3. Abstención y recusación en concreto .....	147
A) Supuestos concretos en que se estima la vulneración de la imparcialidad .....	149
a) Algunos juicios provisionales de imputación y enjuiciamiento en primera instancia .....	149
b) Abstención previa de uno de los magistrados que enjuiciaron por haber deducido testimonio de particulares que determinó el inicio del proceso penal .....	152
B) Supuestos concretos en que se desestima la vulneración de la imparcialidad .....	153
a) Intervención de magistrado en otros procesos con similitudes .....	153
b) No todas las actuaciones pueden considerarse como instructoras o contaminantes a los efectos de fundar una recusación .....	154
a') Revocación de decisión de sobreseimiento con orden de continuar las diligencias .....	154
b') Decisión de procesamiento o imputación provisional, a petición de uno de los encausados .....	154
c') Conocer resolviendo recursos sobre la situación personal del encausado .....	155
d') Intervención de uno de los magistrados en un previo proceso civil en el que se resuelven cuestiones recogidas en los hechos declarados probados por la sentencia penal .....	158
e') Declaración de «solidaridad» en junta de jueces respecto de la jueza instructora de una causa .....	159
f') Extracciones del fallo .....	159
g') Colaboración del acusado con el mismo tribunal en otras causas .....	160
h') Resolución por juez al que previamente se le anuló sentencia en el mismo asunto por defectos de forma .....	160
i') Juez decisor que conserva diligencia probatoria en el acto del juicio oral .....	162
j') Concena al acusado por el mismo juez en otra causa anterior por delito distinto y amparo indicando que el juez no actuó conforme a la Constitución .....	163
k') Falta de notificación del cambio de magistrado .....	163
l') Sustitución de un magistrado por indisposición de un magistrado .....	164
m') Formulación de querrela frente a los magistrados .....	164
n') Solicitud de antecedentes penales e informes, y actividades de impulso de procedimiento .....	164

Lej de forma expresa hay que entender que la jurisdicción penal se extiende a las cuestiones incidentales de carácter administrativo» (STC 64/1983, 21 julio, V. 3ª).

### VIII. EL REPARTO DE ASUNTOS

El TC entiende que la necesidad de acudir al reparto de asuntos y la aplicación de los criterios del reparto es una cuestión que no afecta al contenido constitucional de derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, pues, en principio, todos los órganos jurisdiccionales entre los que debe efectuarse el reparto tienen idéntica competencia, y a cualquiera de ellos podría corresponder el conocimiento de un determinado asunto. De este modo, la revisión por el TC de las citadas normas de reparto sólo podrá efectuarse en cuanto a su razonabilidad (STC 205/1994, 11 julio [RTC 1994, 205], F. 4º; ATC 113/1999, 28 abril [RTC 1999, 113 AUTO], F. 2º; STC 170/2000, 26 junio [RTC 2000, 170], F. 2º).

En efecto, «la garantía a la que se refiere el art. 24.2 de la CE supone la inexistencia de jueces *ad hoc*, es decir, no establecidos y previstos con carácter de generalidad con las pertinentes reglas de competencia, y también la imposibilidad legal de designación *ex post facto*, no con anterioridad, no "predeterminado" [...]. La circunstancia de que existan varios jueces para realizar las funciones del juez de la capital no obedecen más que a las necesidades de distribución del trabajo, lo que no impide que todos ellos tengan la misma condición legal de juez ordinario, con plenitud de jurisdicción en la órbita de su competencia territorial y objetiva. Ni siquiera se trata de atribución de competencia, puesto que todos los jueces tienen la misma, sino como la misma palabra indica "reparto" de distribuir los asuntos con el fin de que todos los jueces conozcan del mismo número de ellos. Lo que no impide que, en su caso, puedan las partes hacer uso de su derecho para asegurar la imparcialidad del juzgador (reglas sobre la recusación)» (ATC 652/1986, 23 julio [RTC 1986, 652 AUTO], F. 2º).

Y con otras palabras ha expresado el TC: «Como se sostiene en el ATC 15/1989 (fundamento jurídico 2º) "no puede equipararse la atribución de competencia a los diversos órganos judiciales, a la que afecta la predeterminación por ley formal ex art. 24.2 de la Constitución, con el reparto o distribución del trabajo entre las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, que responde a exigencias o conveniencias de orden puramente interno y organizativo". En igual medida tampoco afecta al contenido del derecho alegado el reparto de asuntos entre los distintos juzgados de Instrucción, a menos que se haya realizado de modo que suponga la designación de un juez *ad hoc*» (ATC 113/1999, 28 abril, F. 3º).

### Capítulo Tercero\*

## Determinación de los titulares del órgano jurisdiccional y recusación

### SUMARIO.-I. DETERMINACIÓN DE LOS CONCRETOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.-1.

Generalidades sobre el principio de juez legal y la determinación del concreto titular del órgano.-2. Supuestos particulares de determinación del concreto titular del órgano jurisdiccional.-A) Límites y matices al principio del juez legal y predeterminado por la ley, especialmente en cuanto a la determinación del concreto titular del órgano jurisdiccional.-B) El tiempo de alegación de la infracción como condicionante de la estimación.-C) La producción real de indefensión en el caso concreto como condicionante de la estimación.-II. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN.-I. Imparcialidad y separación de instrucción y enjuiciamiento.-A) Conceptos.-B) Imparcialidad objetiva.-C) Separación entre instrucción y enjuiciamiento.-a) Actividades no instructoras.-b) Actividades instructoras.-D) Separación para la resolución en la primera y en la segunda instancia.-E) Separación no necesaria entre instrucción y decisión sobre medida cautelar.-F) Separación no necesaria entre decisión en segunda instancia y también en segunda instancia sobre resoluciones de archivo.-2. Aspectos subjetivos de la imparcialidad.-3. Abstención y recusación en concreto.-A) Supuestos concretos en que se estima la vulneración de la imparcialidad.-a) Algunos juicios preinstructivos de imputación y enjuiciamiento en primera instancia.-b) Abstención previa de uno de los magistrados que enjuician por haber deducido testimonio de particulares que determinó el inicio del proceso penal.-B) Supuestos concretos en que se desestima la vulneración de la imparcialidad.-a) Intervención de magistrado en otros procesos con similitudes.-b) No todas las actuaciones pueden considerarse como instructoras o contaminantes a los efectos de fundar una recusación.-c) Revocación de decisión de sobreseimiento con orden de continuar las diligencias.-d) Decisión de procesamiento o imputación provisional, a petición de uno de los encausados.-e) Conocer resolviendo recursos sobre la situación personal del encausado.-f) Intervención de uno de los magistrados en un previo proceso civil en el que se resuelven cuestiones recogidas en los hechos declarados probados por la sentencia penal.-g) Declaración de «solidaridad» en junta de jueces respecto de la juría instructora de una causa.-h) Filtraciones del fallo.-g) Colaboración del acusado con el mismo tribunal en otras causas.-h) Resolución por juez al que previamente se le anula sentencia en el mismo asunto por defectos de forma.-i) Juez decisor que acuerda diligencias probatorias en el acto del juicio oral.-j) Condena al acusado por el mismo juez en otra causa anterior por delito distinto y amparo indicando que el juez no actuó conforme a la Constitución.-k) Falta de notificación (el cambio de magistrado.-l) Sustitución de un magistrado por indisposición de un magistrado.-m) Formulación de querrela frente a los magistrados.-n) Solución de antecedentes penales e informes, y actividades de impulso de procedimientos.-C) Especialidades en el ámbito del juicio de filias.-4. Aspectos procedimentales.-A) Motivación. B)

\* José Benito Navarro.

Momento procesal oportuno para formular la recusación y subsanación del amparo constitucional.—C) Presupuestos del incidente de recusación y control judicial de admisión.—D) Efecto suspensivo del amparo en relación con una recusación.—E) Consecuencias de la estimación de la vulneración del juez imparcial.

## I. DETERMINACIÓN DE LOS CONCRETOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

### 1. Generalidades sobre el principio de juez legal y la determinación del concreto titular del órgano

La CE recoge este principio en el art. 24 cuando se refiere a que «todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley»; en el art. 117.3 por el que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional... corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»; y también, como otra cara de la misma moneda, en el art. 117.6 cuando prohíbe los tribunales de excepción.

La formulación del principio, así como su misma ubicación sistemática, lo configuran como derecho fundamental, cuya infracción permitirá instar el recurso de amparo constitucional en los términos del art. 53.2 CE.

Y en cuanto influye en la organización y competencia de los órganos jurisdiccionales, viene a condicionar la determinación de los concretos titulares del órgano jurisdiccional. Entre otras cosas, junto a la predeterminación mediante criterios objetivos del reparto ante la alternativa de órganos jurisdiccionales con jurisdicción y competencia para un determinado asunto en la misma localidad (varias salas o secciones de un tribunal o audiencia, así como la de varios juzgados), implica la predeterminación del juez o magistrado mediante procedimientos establecidos para designar la persona o personas concretas dotadas de jurisdicción que han de constituir el órgano jurisdiccional; y hasta incluso la distribución de ponencias mediante criterios establecidos.

La determinación de los concretos titulares del órgano jurisdiccional es el último estadio en el que el principio del juez legal ejerce su influencia. Exige el establecimiento de sistemas que no permitan que el titular individual del órgano o los miembros del colegio juzgador puedan ser llamados a integrarlos para el enjuiciamiento de un caso concreto o un determinado grupo de los mismos. Como señala la STC 307/1993, «el contenido del indicado derecho, según la jurisprudencia de este Tribunal (STC 47/1983), exige que la Ley haya creado previamente el órgano judicial, que la norma le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad a la producción del hecho objeto de enjuiciamiento, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional es-

tando, asimismo, determinada legalmente su titularidad o composición con la debida garantía de independencias e imparcialidad. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de jueces *ad hoc*, y la procedencia de tales criterios garantiza también que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las Leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos (STC 101/1984 [RTC 1984, 101])» (STC 307/1993, 25 octubre [RTC 1993, 307], F. 3º).

En fin, el Tribunal Constitucional en este punto enlaza el problema más que con la garantía de la independencia judicial con el derecho a un juez «imparcial» y a un proceso con todas las garantías. Recuerda la STC 162/2000 que «como ha señalado este Tribunal en otras ocasiones (SSTC 238/1998, de 15 de diciembre, F. 5º, y ATC 419/1990, de 28 de noviembre [RTC 1990, 419 AUTO], F. 2º), «esta garantía respecto de las personas físicas que encarnan el Tribunal llamado a juzgar la causa o litigio no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación. Su finalidad es más modesta, y más importante: asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces que forman la Sala de justicia, evitando que se mantenga el Tribunal, pero se alteren arbitrariamente sus componentes» (STC 162/2000, 12 junio [RTC 2000, 162], F. 2º).

Y desde el punto de vista de la imparcialidad, se pone en común con otras cuestiones relacionadas como la asunción por el mismo juez de funciones instructoras y sentenciadoras sobre el mismo asunto, que la STC 136/1992, establece que no tiene fundamento si la alega la acusación particular y son meramente retóricas, sin concretar de forma verosímil la parcialidad del juez en relación con las partes o el objeto (STC 136/1992, 13 octubre [RTC 1992, 136], F. 4º). Siendo además que una posible apertura de juicio no supone función juzgadora y ni siquiera inculpatoria (ATC 136/1992, 25 mayo [RTC 1992, 136 AUTO], F. 2º).

### 2. Supuestos particulares de determinación del concreto titular del órgano jurisdiccional

#### A) LÍMITES Y MARGES AL PRINCIPIO DEL JUEZ LEGAL Y PREDETERMINADO POR LA LEY, ESPECIALMENTE EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL CONCRETO TITULAR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

El derecho al juez legal y predeterminado por la ley no es absoluto. De entrada, considera el Tribunal Constitucional de relevancia inferior la predeterminación del órgano jurisdiccional que de los miembros integrantes del mismo. El ATC 305/1994 resuelve que la falta de notificación a los querrelantes del nombre de los magistrados que iban a formar parte del colegio judicial, de modo que se les privaba en abstracto de la posibilidad de recusar si hubiera concurrido en su persona causa suficiente, no produce indefensión pues ésta ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación con-

crea que le produzca perjuicio (ATC 305/1994, 14 noviembre [RTC 1994, 305 AUTO], F. 4º).

«En el mismo sentido, la STC 288/1998, indica que la mera omisión de notificar a las partes los cambios en la composición de los Tribunales, y el consecuente desconocimiento por las partes acerca de la composición exacta del órgano judicial, no justifica el amparo constitucional. Es preciso que la irregularidad procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recurrir en garantía de la imparcialidad del Juez. Privación que sólo puede ser apreciada por este Tribunal si el demandante de amparo manifiesta que alguno de los Magistrados del Tribunal que juzgó su causa o alíquo incurrió en una concreta causa legal de recusación, que no resulte *prima facie* descartable, y que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial (en el mismo sentido, SSTC 282/1993 [RTC 1993, 282], fundamento jurídico 2º; 197/1994 [RTC 1994, 197], fundamento jurídico 2º, y 64/1997, fundamento jurídico 3º). (STC 238/1998, 15 diciembre [RTC 1998, 238], F. 8º).

En cualquier caso, el citado ATC 305/1994, con invocación de la STC 47/1988 (RTC 1988, 47), argumenta que «es cierto, y así lo hemos advertido ya, que no cabe exigir el mismo grado de firmeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal» (ATC 305/1994, 14 noviembre [RTC 1994, 305 AUTO], F. 4º).

La STC 238/1998 reitera que «nuestra jurisprudencia mantiene que "no cabe exigir el mismo grado de firmeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal, y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas "necesidades del servicio"-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema" (STC 47/1988, fundamento jurídico 2º)» (STC 238/1998, 15 diciembre, F. 5º).

Así y todo la STC 162/2000 advierte que «aunque no quepa exigir el mismo grado de firmeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas "necesidades del servicio"- de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar su independencia e imparcialidad, que constituye el interés directo protegido por el derecho al juez ordinario legalmente predeterminado (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre [RTC 1996, 193], F. 2º; 238/1998, de 15 de diciembre [RTC 1998, 238], F. 5º; y AATC 108/1984, de 22 de febrero [RTC 1984, 108 AUTO], F. 3º; 345/1984, de 6 de junio [RTC 1984, 345 AUTO], F. 2º; 138/1989, de 18 de marzo [RTC 1989, 138 AUTO], F. 1º; y 42/1996, de 14 de febrero [RTC 1996, 42 AUTO], F. 2º)» (STC 162/2000, 12 junio, F. 2º).

Además, el mismo derecho puede ser limitado en cuanto toda modificación en la composición del órgano no tiene que suponer infracción del mismo. La misma STC 307/1993 matiza que «de la anterior doctrina no puede desprenderse que la "predeterminación" del Juez implica que toda modificación orgánica y jur-

cional pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados, pues si la ratio del derecho es proteger la imparcialidad, cuando esas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad, existe una precaución de que el cambio normativo no persiga acentuar contra la imparcialidad y, por tanto, no resulta contraria al derecho al juez predeterminado por la Ley (ATC 381/1992)». Por ello concluye en concreto que la prolongación de funciones de Magistrado cesado en el Juzgado por traslado «no aparece sin base legal, ni como irracional o arbitraria en función de las circunstancias del caso. El recurrente, por lo demás, no pone en duda la imparcialidad del mismo. El principio de unidad de acto relacionado con la vista del recurso, que es una garantía del proceso, la necesidad de evitar dilaciones indebidas que pudieran haberse derivado de la anulación de todo lo actuado y de la celebración de una nueva vista para que otro juez dictase sentencia, representa una medida desproporcionada teniendo en cuenta que la prolongación de funciones que se impugna no implica una merma de la imparcialidad e independencia del juez sentenciador (en este sentido, ATC 119/1990), sino el más escrupuloso cumplimiento de las garantías del proceso debido» (STC 307/1993, 25 octubre [RTC 1993, 307], F. 3º).

Igualmente, para que se produzca la infracción el supuesto de hecho ha de ser real y no meramente aparente. El hecho de que un asunto sea fallado sorpresivamente por un órgano aparentemente distinto, como una «Sección Sexta Bis» de la Audiencia Provincial, a pesar del contenido del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, no supone verdadera infracción al mismo. «Como indicamos al enjuiciar un caso igual en la STC 193/1996 (fundamento jurídico 2º), no se creó "la Sección Sexta Bis de la Audiencia Provincial de Madrid sino que se mantuvo el órgano judicial existente, procediéndose a una reorganización en su composición para evitar la paralización de los asuntos de los que estaba conociendo, a los efectos de evitar el evidente y grave daño que ello produciría, en especial a los justiciables, y, en definitiva, a la sociedad"». Lo que ocurrió no fue más que la Sección fue reforzada con otros tres magistrados, adscritos a ella durante seis meses, y una vez incorporados, «los nuevos Magistrados entraron a formar parte de ella con iguales deberes y derechos que tenían los que estaban destinados en ella con anterioridad. Como declaramos en la STC 193/1996, "todos ellos integraban un mismo órgano judicial creado e investido de la correspondiente jurisdicción y competencia"» (STC 238/1998, 15 diciembre [RTC 1998, 238], F. 4º).

Y no sólo no se produce infracción desde un punto de vista de la creación orgánica de la Sección, sino incluso con la adscripción concreta de los magistrados. La misma STC 238/1998, deja sentado que «los Magistrados que dictaron la sentencia de apelación habían sido destinados a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial en virtud de una ley, previa al caso, y cuyo contenido asegura suficientemente la independencia e imparcialidad de todos los miembros de la Sección. El Consejo General del Poder Judicial ejerció la potestad habilitada por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que introdujo en la Ley Orgánica del Poder Judicial las



nuevos arts. 216 bis. Estos preceptos permiten a dicho órgano de gobierno adoptar medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales, cuando el excepcional retraso o la acumulación de asuntos en determinado juzgado o Sala no pueden ser corregidos de otra forma. Y también se encuentra regido por normas de ley la incorporación de los Magistrados designados por el Consejo General del Poder Judicial a la Audiencia Provincial de Madrid, mediante su toma de posesión (arts. 317.1 y 319 LOPJ), y la formación de Sala de justicia con la concurrencia de tres Magistrados, de acuerdo con las determinaciones y bajo la supervisión del Presidente de la Audiencia (arts. 160.10, 196 y 198 LOPJ). Estas normas, incluidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, se encontraban en vigor antes de que el recurso de apelación fuera sometido a la Audiencia Provincial [...]. A mayor abundamiento, no puede ignorarse que la facultad de nombrar Magistrados de apoyo fue establecida mediante una disposición legal del mismo rango que la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la modificó mediante preceptos que se atienen a criterios objetivos y generales. Por consiguiente, tal y como hemos declarado en la STC 307/1993 (fundamento jurídico 3º, con criterio reiterado por la STC 213/1996 [RTC 1996, 213], fundamento jurídico 4º), "existe una presunción de que el cambio normativo no persigue atenuar contra la imparcialidad y, por tanto, no resulta contrario al derecho al Juez predeterminado por la ley (ATC 381/1992 [RTC 1992, 331 AU10])". La ampliación de los miembros de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Madrid no sólo tenía cobertura legal. Además, apreciada en función de las circunstancias del caso presente, no supuso una alteración arbitraria de la composición del Tribunal, por lo que respetó el derecho del actor al Juez ordinario y predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (SSTC 47/1983, fundamentos jurídicos 3º, 4º y 5º; 97/1987, fundamento jurídico 4º; 307/1993, fundamento jurídico 3º, y 64/1997 [RTC 1997, 64], fundamento jurídico 2º), como concluimos en las SSTC 193/1998 (RTC 1996, 193) y 64/1997 (STC 238/1998, 15 diciembre, FF. 6º y 7º).

No basta, en definitiva, con una mera «sospecha» o posibilidad de que se produzca una alteración irregular, sino que han de constar al menos indicios de deliberación o mala fe. La STC 162/2000, desestima la alegación basada en que el recurso de súplica fue conocido por el pleno de la Audiencia Nacional con la ausencia de la magistrada que había dictado el voto particular favorable a las tesis del demandante de amparo. Argumenta para ello varios motivos: «En primer lugar, porque el Pleno que decidió la súplica del demandante estuvo compuesto por nueve Magistrados, no siendo el Ponente ninguno de los que intervinieron en la decisión dictada por la Sección Primera. En segundo lugar, porque la ausencia de uno de los Magistrados que componen la Sala no constituye ni siquiera una infracción de normas de legalidad ordinaria, ni presupone ausencia de imparcialidad (así se deduce de lo que disponen los arts. 255 y 257.1 LOPJ, 153 y 154.3 LRCrim). En tercer lugar, porque, con independencia de la ausencia de la Magistrada aludida, consta que el contenido del voto particular fue conocido por todos los miembros del Pleno en el momento de la deliberación y votación del recurso de súplica y, por tanto, pudo ser valorado por los mismos. Y finalmente, dato que es decisivo

a este respecto, porque no existe ni el más mínimo indicio o dato que permita sostener que dicha Magistrada fue apartada deliberadamente o con mala fe de las deliberaciones del Pleno con el objetivo de conseguir una resolución como la que finalmente se produjo» (STC 162/2000, 12 junio [RTC 2000, 162], F. 2º).

B) EL TIEMPO DE ALEGACIÓN DE LA INFRACCIÓN COMO CONDICIONANTE DE LA ESTIMACIÓN

Las infracciones del principio al juez legal y predeterminado por la ley hacen sentir sus efectos de inmediato, en todos y cada uno de los actos que lleve a cabo el juez, y por ello, entiendo el Tribunal Constitucional que debe ser denunciada cuando se produce y no al dictar resolución poniendo fin al proceso, sea cual sea ésta (STC 30/1986, 20 febrero [RTC 1986, 30], F. 3º). Otra cosa se plantearía cuando la impugnación no fuese posible más que en el momento de dictarse sentencia, por no haberse notificado con carácter previo los cambios. Incluso pudiendo acudir directamente al recurso de amparo cuando dicha sentencia fuere firme. Así ocurre en el supuesto planteado por la STC 238/1998, en cuanto «la composición de la Sala que falló el recurso de apelación no fue comunicada al recurrente sino en la misma sentencia. Sentencia que era firme, contra la que no cabía recurso alguno, y que justifica que haya acudido directamente a esta sede constitucional de amparo» (STC 238/1998, 15 diciembre [RTC 1998, 238], F. 2º).

Con tal doctrina ha venido desestimando en un buen número de ocasiones las alegaciones relativas a esta infracción. La misma STC 30/1986, a pesar de ser estimatoria por otros motivos, desestima el recurso en el punto relativo a la alegada infracción del juez legal y predeterminado puesto que debió haberse impugnado el nombramiento del juez especial, «sin que dicha impugnación se halle ligada ni subordinada a la de su actividad; de lo contrario se daría base a un grave fraude procesal, permitiendo a las partes rechazar el juez si su actuación no resultase satisfactoria para sus intereses o aceptarlo en otro caso... de no ser así, podría la impugnación hacerse depender por la parte interesada del resultado final del proceso, con evidente perjuicio para los demás intereses en juego» (STC 30/1986, 20 febrero, F. 3º).

Deniega el amparo, entre otras cosas, porque estima que la sustitución de un magistrado después de iniciado el juicio oral por indisposición del mismo, no supone un supuesto de recusación, «sino de suspensión del juicio (art. 746, núm. 1, LRCrim) y el actor debió solicitar dicha suspensión hasta el cese de la indisposición o bien pedir la anulación del juicio y el comienzo de otro con la nueva composición, si la duración de la indisposición durara demasiado y, si el Tribunal no accedía a su petición, hacer constar su protesta a los efectos del recurso de casación y ante el Tribunal Supremo denunciar la posible nulidad y la presunta violación constitucional». La inactividad procesal impide apreciar la posible violación a un proceso con todas las garantías. Además, en el caso concreto, la primera sesión a la que no asistió el magistrado sustituto no tuvo contenido procesal nascente (STC 206/1994, 11 julio [RTC 1994, 206], F. 5º).

C) LA PRODUCCIÓN REAL DE INDEFENSIÓN EN EL CASO CONCRETO COMO CONDICIONANTE DE LA ESTIMACIÓN

Las alteraciones en la composición del órgano pueden tener relevancia constitucional. Sin embargo, ha de producirse efectiva y real indefensión. Como indica con carácter de principio la *STC 127/1992* «pese a la trascendencia que desde el punto de vista de los derechos fundamentales amparados por la Constitución puede tener la aplicación de las normas procesales, es claro que no toda infracción procesal tiene relevancia constitucional». Y con base en ello considera que la sustitución del juez tras una suspensión de la vista, sin repetición de pruebas, no permite la estimación por no haberse producido indefensión. «Habiendo unido, en particular, la *STC 97/1987* (RTC 1987, 97) la trascendencia de las irregularidades procesales en la necesaria inmediación de los órganos judiciales al concepto de indefensión; como señalábamos en aquel supuesto, referido al orden civil, «hasta la lectura del acta de la vista, en la que se plasmaron de modo detallado los motivos y causas de impugnación de la Sentencia de instancia, para comprender que no se ha producido la indefensión denunciada, pues las alegaciones del demandante-apelante se incorporaron a las actuaciones y han tenido que ser examinadas por quien definitivamente ha resuelto el litigio, lo que no habría ocurrido si el acta de la vista hubiera sido breve y sucinta». Aplicando la doctrina transcrita al supuesto que estamos examinando, hay que concluir que la indudable irregularidad procesal producida con la sustitución del juez y la no repetición de las pruebas sólo tendrá trascendencia constitucional en la medida en que hubiera generado una situación real y efectiva de indefensión material. Sin embargo, nada se alega a este respecto por el recurrente, que ni siquiera pretende que se haya vulnerado su derecho a la presunción de inocencia. Nos encontramos, por tanto, ante una incorrección procesal puramente formal, carente de las consecuencias materiales que pueden llevar a la anulación de una sentencia judicial por vulneración de derechos fundamentales. Este dato es, por lo demás, evidente si se considera por una parte, la amplitud con la que ha sido redactada el acta del juicio oral que aporta los elementos suficientes para emitir un juicio razonado como, sobre todo, porque, como señala la Sentencia de apelación, la prueba de la culpabilidad es abrumadora» (*STC 127/1992*, 28 septiembre [RTC 1992, 127], F. 4º).

La *STC 372/1993*, ante la alegación de infracción de la imparcialidad objetiva por cuanto un magistrado que sentenció actuó en la ordenación y práctica de una diligencia de careo entre el recurrente y otra persona, explica que se trata de un motivo que ha de encuadrarse entre las garantías del proceso. Desestima el recurso de amparo en cuanto que dicho magistrado no realizó actividades de investigación directa de los hechos, «sino que se limitó, en virtud de una sustitución reglamentaria del titular del Juzgado Central de Instrucción, a citar a las partes para una diligencia de careo y a presidir la misma poniendo de manifiesto las contradicciones entre los careados. A continuación no tuvo más contacto con la instrucción de la causa hasta el momento del juicio. Dicha actividad, en consecuencia, no requirió una valoración inicial de los hechos, ni se tradujo en la adopción de medidas

cautivas o en el interrogatorio activo de la parte por el juez. No consistió, en suma, en actividad instructora susceptible de producir prejuicios o impresiones, en contra del recurrente, que hubiera podido comprometer su imparcialidad» (*STC 372/1993*, 13 diciembre [RTC 1993, 372], F. 2º).

También entra en la concreta relevancia de la actividad realizada por el magistrado, la *STC 59/1994*, que desestima el recurso de amparo que denunciaba que el mismo juez de distrito suplente que había dictado la sentencia condenatoria había denegado como juez de instrucción el recurso de apelación formulado frente a la misma, tanto porque no se había invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como fue conocida la vulneración como también porque, en el caso concreto, pues no intentaron recusar ni hicieron referencia en los recursos; además, la citada duplicidad de funciones no tuvo trascendencia porque, por último, la irregularidad fue plenamente reparada por la Audiencia Provincial que por último ordenó que continuara la tramitación del recurso (*STC 59/1994*, 28 febrero [RTC 1994, 59], FF. 2º y 3º).

Por supuesto, no puede estimarse una vulneración del derecho al juez ordinario y predeterminado por la ley por el hecho de no haberse abstenido el juez instructor a favor de la Audiencia Provincial cuando la misma descansa en una premisa que no llega a producirse, concretamente, que no existen indicios de criminalidad en la conducta de miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad (*STC 191/1989*, 16 noviembre [RTC 1989, 191], F. 3º).

## II. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

### 1. Imparcialidad y separación de instrucción y enjuiciamiento

#### A) CONCEPTOS

El derecho a un juez imparcial se encuentra entre las garantías del art. 24.2 CE, aunque no se cite expresamente (*STC 98/1997*, 20 mayo [RTC 1997, 98], F. 2º). La imparcialidad impide, de entrada, que «la independencia sea orientada a *fauri* por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones o incluso por prejuicios, es decir, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho en lo cual consiste la sujeción al imperio de la Ley. En definitiva, es ésta una característica exigible del juez en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y en el Convenio de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Roma, 1950), cuyos arts. 14 y 8 coinciden textualmente al respecto». Y es así hasta el punto de que «la imparcialidad del juez trasciende el límite meramente subjetivo de las partes para erigirse en una auténtica garantía previa del proceso y, por ello, puede poner en juego nada menos que la *autoritas* o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa sobre la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (Sentencias del TEDH de 1 de octubre de 1982 —caso *Piersack*— y de 26 de octubre de 1984 —asunto *De Cubber*—). Esa fe



no es sino el reflejo de la imagen institucional en el pueblo a la cual sirve y, también por ello "incluso las apariencias pueden revestir importancia" (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984 -caso De Cubber-), en virtud del adagio anglosajón según el cual "no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace" (Sentencia del TEDH de 17 de enero de 1970 -asunto Delcourt-). En definitiva, ha de quedar descalificado como Juez todo aquel de quien pueda dudarse de su imparcialidad, debiendo abstenerse y pudiendo ser recusado (Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 1984 -caso De Cubber- y 24 de mayo de 1989 -caso Hauschildt-). (STC 142/1997, 15 septiembre [RTC 1997, 142], F. 2º).

-Nadie negará a estas alturas de los tiempos que la imparcialidad sea uno de los atributos de los Jueces para procurar que esa su libertad de criterio en que estriba la independencia sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios, es decir, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho en lo cual consiste la sujeción al imperio de la Ley. En definitiva, es ésta una característica exigible del Juez en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y en el Convenio de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Roma, 1950), cuyos arts. 14 y 8 coinciden textualmente al respecto. (STC 142/1997, 15 septiembre, F. 2º). «La imparcialidad y objetividad del Tribunal aparece, entonces, no sólo como una exigencia básica del proceso debido (STC 60/1995, de 17 de marzo [RTC 1995, 60], F. 3) derivada de la exigencia constitucional de actuar únicamente sometidos al imperio de la Ley (art. 117 CE) como nota esencial característica de la función jurisdiccional desempeñada por los Jueces y Tribunales (SSTC 133/1987, de 21 de julio [RTC 1987, 133], F. 4; 150/1989, de 25 de septiembre [RTC 1989, 150], F. 5; 111/1998, de 25 de marzo [RTC 1998, 111], F. 6; 137/1997, de 21 de julio [RTC 1997, 137], F. 6; y 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162], F. 5), sino que además se erige en garantía fundamental de la Administración de Justicia propia de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE), que está dirigida a asegurar que la razón última de la decisión jurisdiccional que se adopte sea conforme al Ordenamiento jurídico y se dicte por un tercero ajeno tanto a los intereses en litigio como a sus titulares (SSTC 299/1994, de 14 de noviembre [RTC 1994, 299], F. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, F. 5 y 154/2001, de 2 de julio [RTC 2001, 154], F. 3).» (STC 38/2003, 27 febrero [RTC 2003, 38], F. 3º).

Y más recientemente, la STC 39/2004 recuerda que «Este Tribunal ha reiterado que la imparcialidad judicial, además de reconocida explícitamente en el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), está implícita en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), constituyendo una exigencia que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 98/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 98], F. 3), con una especial trascendencia en el ámbito penal (STC 52/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 52], F. 3). El reconocimiento de este derecho exige, por estar en juego la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática, que se garantice al acusado que no concurre ninguna duda razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el órgano judicial, incluidas aquellas que, desde una perspectiva objetiva, puedan producirse, entre otras consideraciones, por haber tenido el juzgador una relación o contacto previo con el tema decidido (por todas, SSTC 69/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 69], F. 14.a; 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002, 155], F. 2; y 38/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 38], F. 3; así como SSTEDH de 1 de octubre de 1982 [TEDH 1982, 6], caso *Pena v. Bélgica*, § 30; de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984, 16], caso *De Cubber v.*

*Bélgica*, § 24, y, entre las más recientes, de 25 de julio de 2002 [TEDH 2002, 31], caso *Pena v. Bélgica*, § 48; y de 17 de junio de 2003 [TEDH 2003, 27], caso *Pascador Vukob c. España*, § 21). Se ha puntualizando, no obstante, que lo determinante y decisivo es que las razones del acusado para dudar de la imparcialidad judicial estén objetivamente justificadas, lo que no se produce por el simple hecho de que el juez haya tenido una participación en el procedimiento con anterioridad al enjuiciamiento de fondo, siendo necesario valorar las circunstancias de cada caso concreto (por todas, SSTC 11/2000, de 17 de enero [RTC 2000, 11], F. 4; 52/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 52], F. 4; o 69/2001, de 17 de marzo [RTC 2001, 69], F. 14.a; y SSTEDH de 24 de mayo de 1989 [TEDH 1989, 8], caso *Hauschildt v. Dinamarca*, §§ 48-49; de 24 de febrero de 1993 [JUR 2000, 278411], caso *Fry v. Austria*, § 30; de 28 de octubre de 1998 [TEDH 1998, 51], caso *Castillo Algor v. España*, §§ 43 y 46; de 15 de noviembre de 2001 [JUR 2001, 295347], caso *Wimer v. Polonia*, §§ 39 y 43; de 25 de julio de 2002 [TEDH 2002, 31], caso *Pena v. Bélgica*, §§ 45 y 47).» (STC 39/2004, 22 marzo [RTC 2004, 39], F. 7º).

Aunque la exigencia de ser juzgado por un Juez imparcial pueda entenderse, desde un punto de vista orgánico, que constituye la principal exigencia del derecho al juez legal (STC 106/1989, 8 junio [RTC 1989, 106], F. 2º), lo bien cierto es que el propio TC se ha encargado de advertir que los supuestos en que esté en juego la imparcialidad judicial no son inculcables en puridad en el derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, sino lo que está en juego es un proceso con todas las garantías, en su vertiente de juez imparcial (STC 38/2003, 27 febrero, F. 2º).

-El derecho al llamado Juez legal comprende, entre otros extremos, la exclusión en sus distintas modalidades del Juez ad hoc, excepcional o especial, junto a la exigencia de predeterminación del órgano judicial, así como de su jurisdicción y competencia; predeterminación que debe hacerse por una norma dotada de generalidad y dictada con anterioridad al hecho motivador del proceso, y respetando la reserva de Ley en la materia (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984, 111/1984 [RTC 1984, 111], 44/1985 [RTC 1985, 44], 105/1985 [RTC 1985, 105], 23/1986 [RTC 1986, 23], 30/1986 [RTC 1986, 30], 199/1987 [RTC 1987, 199], 90/1988 [RTC 1988, 90], 153/1988 [RTC 1988, 153], 106/1989 [RTC 1989, 106], etc.). El derecho a un Juez imparcial, como señala entre otras la STC 143/1988 constituye una garantía que, aunque no se crea de forma expresa en el artículo 24.2 de la Constitución debe considerarse incluida entre ellas ya que es un elemento organizativo indispensable de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho; en este marco, la prohibición de que un mismo juez sea competente para la instrucción y fallo de las causas, busca preservar la llamada imparcialidad "objetiva", es decir, aquella que se deriva no de la relación del juez con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso, y a asegurar esa imparcialidad tienden, en general, las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes y, en particular, la establecida en el art. 54.12 de la LECrim., que establece como causa legítima de recusación haber sido instructor de la causa (*ibid.*, fundamento jurídico 5º).» (STC 138/1991, 29 junio [RTC 1991, 138], F. 1º). En el mismo sentido STC 151/1991, 8 julio [RTC 1991, 151], F. 3º.

No obstante, encontramos resoluciones contradictorias, sobre todo en los primeros momentos. Según el ATC 799/1985 «el derecho a recusar al Juez no forma parte de las garantías procesales constitucionalizadas, sino del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley que no ha sido citado como vulnerado por el

solicitante del amparo. Como indica la Sentencia de este TC núm. 47/1982, de 12 de julio (RTC 1982, 47), el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley comprende también "el de recusar cuando concurren las causas tipificadas como circunstancias de privación de idoneidad" y, en este sentido, la propia jurisprudencia constitucional (fundamento 4º de la Sentencia núm. 44/1985, de 22 de mayo [RTC 1985, 44], núm. 47/1985, de 31 de mayo [RTC 1985, 47]), y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia en el caso Piersack de 1 de octubre de 1982), han puesto de manifiesto la necesaria imparcialidad y equidistancia del juez como *ratio essendi* de la institución de la recusación, sin que en el caso examinado se advierta que falte la necesaria imparcialidad por el juzgador» (ATC 799/1985, 13 noviembre [RTC 1985, 799 AUTO], F. 3º).

«Ha de partirse del contenido de la Sentencia de este Tribunal núm. 47, de 12 de julio de 1982 (RTC 1982, 47), que engloba dentro del derecho al Juez predeterminado por la Ley, la idoneidad e imparcialidad en un concreto asunto judicial, del Juez que conoce del mismo, al lado de otras notas subjetivas similares y necesarias para poder ejercer con independencia y garantías su función, precisando también que tales garantías se concretan en las fórmulas procesales que permiten recusar a los Jueces, en quienes se estime concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y neutralidad, correspondiendo sólo a este Tribunal Constitucional decidir si se cumplen o no aquellas normas que posibilitan la recusación, sin poder enjuiciar si se cumplen o no las causas de recusación alegadas» (ATC 261/1984, 2 mayo [RTC 1984, 261 AUTO], F. 2º).

Y en garantía de la imparcialidad judicial, el art. 219 LOPJ recoge una lista de causas de abstención y recusación, con el fin de evitar que el órgano jurisdiccional pueda constituirse con parcialidad sobre el objeto procesal, derivado de su conocimiento previo (STC 38/2003, 27 febrero [RTC 2003, 38], F. 3º).

«En una ya larga serie de resoluciones ha declarado este Tribunal, en efecto, que el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.9 de la Norma fundamental) asegura, entre otras, la de la imparcialidad del juzgador, garantía ésta indisoluble, en el ámbito penal, de la preservación del principio acusatorio e inofensivo también, con carácter general, a la constitución de nuestra comunidad en Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Otro tanto exige, en definitiva, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con arreglo a cuyas determinaciones han de ser interpretadas las normas constitucionales declarativas de derechos (art. 10.2 CE). Las causas legales de abstención y de recusación se ordenan —así lo hemos afirmado también— a preservar en el proceso tal imparcialidad, subjetiva y objetiva, del juzgador (STC 145/1988, fundamento jurídico 5º)» (STC 157/1993, 6 mayo [RTC 1993, 157], F. 2º).

#### B) IMPARCIALIDAD OBJETIVA

«La imparcialidad del Juez puede por otra parte analizarse desde una doble vertiente: La relación del Juez con las partes, calificable como subjetiva y la que busca preservar la relación del juzgador con el objeto del proceso, denominada imparcialidad objetiva, única que aquí interesa, y que se dirige a asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a

la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso (STC 157/1993)» (STC 47/1998, 2 marzo [RTC 1998, 47], F. 4º).

«de acuerdo con el artículo 6.1, la imparcialidad debe apreciarse según un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un Juez concreto en una determinada ocasión, o según un criterio objetivo, tendente a asegurar que ofrezca las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto (ver entre otras, la Sentencia Total contra Turquía de 9 junio 1998 [TEDH 1998, 281]» (STEDH 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], F. 43º).

«La imparcialidad objetiva, con su objeto en una situación, es configurada como ausencia de toda "idea preconcebida" expresión que aparece por primera vez en la Sentencia del TEDH de 8 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Messegué y Jabardo*, concepto que comprende las condiciones objetivas de imparcialidad e independencia de los órganos jurisdiccionales, pueden surgir por varias causas, una la incompatibilidad de las funciones del instructor con las de juzgador en cualquiera de las instancias y otra la incompatibilidad de las funciones de Juez de instancia y de apelación. Las dos modalidades de una eventual parcialidad se recogen indiscriminadamente en las listas de las causas de abstención y de recusación que contiene la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 219) y las Leyes de enjuiciamiento de los distintos órdenes jurisdiccionales» (STC 142/1997, 15 septiembre [RTC 1997, 142], F. 2º).

«Como tiene declarado este Tribunal, el sentido de la imparcialidad objetiva no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa, por haber oído, con anterioridad, la condición de acusado o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso... La Ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor» (STC 157/1993 [RTC 1993, 157], fundamentos jurídicos 2º y 3º» (STC 138/1994, 9 mayo [RTC 1994, 138], F. 7º).

«Tratándose del aspecto subjetivo, el Tribunal recuerda que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario (Sentencia Hauschildt contra Dinamarca de 24 mayo 1989, serie A núm. 154, pg. 21, ap. 47). Ahora bien, frente a la tesis del demandante según la cual E. S. G. y R. V. P. albergaban ideas preconcebidas sobre su culpabilidad (apartado 3º *supra*), el Tribunal no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de ellos haya actuado con una opinión preconcebida. Por ello, no puede más que presumirse la imparcialidad personal de los interesados. [...] En cuanto a la apreciación objetiva, ésta consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y, especialmente, a los procesados. Por ello debe recusarse todo Juez

del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad. Para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto determinado, de una razón legítima para temer en un juez una falta de imparcialidad, la opinión del acusado debe tenerse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados (ver, *mutatis mutandis*, Sentencia Hauschildt anteriormente citada, pg. 212, ap. 48)» (STEDH 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], FN 44º y 45º).

• El Tribunal recuerda su jurisprudencia constante, según la cual, en materia de imparcialidad, se debe distinguir entre una diligencia subjetiva, que trata de determinar en qué pensaba el juez en su fuero interno en dicha ocasión, y una diligencia objetiva que trata de ver si ofrecía las garantías suficientes para eliminar cualquier duda legítima (ver, por ejemplo, Sentencias De Cubber contra Bélgica de 26 noviembre 1984 [TEDH 1984, 16], serie A núm. 86, pgs. 13-14, ap. 24; Incal contra Turquía de 9 junio 1998 [TEDH 1998, 28], Repertorio de sentencias y peticiones 1998-IV, pg. 1571, ap. 65)». En cuanto al carácter subjetivo, el Tribunal señala que la imparcialidad personal del magistrado, presunta hasta que se demuestre lo contrario, no se discute. Respecto al carácter objetivo, el Tribunal señala que el temor a una falta de imparcialidad expresado por el demandante resulta del hecho de que dos de los jueces que formaron parte del tribunal sentenciador formaban igualmente parte del tribunal que confirmó en apelación la acusación del demandante. El Tribunal admite que dicha situación pudo suscitar ciertas dudas en el demandante en cuanto a la imparcialidad de los jueces. Sin embargo, la respuesta a si estas dudas se pueden considerar objetivamente justificadas varía según las circunstancias del caso; el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones previamente al proceso no justificaría aprehensión alguna en cuanto a su imparcialidad (Sentencia Hauschildt contra Dinamarca de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 22, ap. 50)» (DTEDH 17 febrero 2004 [TEDH 2004, 17]).

«Se puede distinguir entre una diligencia subjetiva, que trata de determinar qué es lo que pensaba el juez en su fuero interno en tal circunstancia, y una diligencia objetiva que trata de ver si ofrecía garantías suficientes para eliminar al respecto cualquier duda legítima [...] No se podría, por tanto, limitarse a una apreciación puramente subjetiva. En la materia, incluso las apariencias pueden revestir cierta importancia (Sentencia Delcourt de 17 enero 1970 [TEDH 1970, 1], serie A núm. 11, pg. 17, ap. 31). Tal como señaló el Tribunal de casación de Bélgica [...] "debe recurrirse todo juez del que se puede legítimamente temer una falta de imparcialidad. En una sociedad democrática los tribunales deben inspirar confianza a los justiciables" (Sentencia Piersack contra Bélgica de 1 octubre 1982 [TEDH 1982, 6], serie A núm. 58, pg. 14, ap. 30). Por otro lado, en cuanto a la imparcialidad objetiva del juez, el Tribunal recuerda "[Que] en la materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. En una sociedad democrática los tribunales deben inspirar confianza a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los acusados. Resulta que para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto dado, de una razón legítima para dudar de un juez por falta de imparcialidad, hay que tener en cuenta el punto de vista del acusado, pero éste no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprehensiones del interesado como objetivamente justificadas" (Sentencia Fey contra Austria de 24 febrero 1993 [TEDH 1993, 6], serie A núm. 258-A, pg. 12, ap. 30)» (DTEDH 5 marzo 2002 [JUR 2002, 273335]).

«El Tribunal recuerda, que a efectos del artículo 6.1, la imparcialidad debe apreciarse según una actitud subjetiva, intentando determinar la convicción personal de

un juez concreto en una ocasión concreta, y según una actitud objetiva que lleve a garantizar que dicho juez ofrecía las garantías suficientes como para excluir cualquier duda legítima a este respecto (véase, entre otras, Sentencia Incal contra Turquía de 9 de junio de 1998 [TEDH 1998, 28], Repertorio 1998-IV, pg. 1574, ap. 65). A tratarse de la actitud subjetiva, el Tribunal constata que la imparcialidad personal del juez señor D. R. G. no fue cuestionada por el demandante. En cuanto a la apreciación objetiva, consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, ciertos hechos verificables autorizan a sospechar de la imparcialidad de este último. Con respecto a esto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Va en ello la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables y principalmente a los procesados. Deberá, por lo tanto, recusarse a todo juez del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Para pronunciarse sobre la existencia, en un asunto dado, de una razón legítima de temer en un juez un defecto de imparcialidad, hay que tener en cuenta el punto de vista del acusado, pero éste no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse como objetivamente justificados (véase, *mutatis mutandis*, Sentencia Hauschildt contra Dinamarca de 24 de mayo de 1989, serie A núm. 154, pg. 21, ap. 48)» (DTEDH, 2 marzo 2000 [TEDH 2000, 115], ap. 7).

La STEDH 25 julio 2002 añade, entre otras, Sentencias Hauschildt contra Dinamarca de 24 mayo 1989 (TEDH 1989, 8), serie A núm. 154, pg. 21, ap. 40, y Thomann contra Suiza de 10 junio 1996 (TEDH 1996, 26), Repertorio 1996-III, pg. 815, ap. 30, y la Ferrantello y Santangelo contra Italia de 7 agosto 1996 (TEDH 1996, 34), Repertorio 1996-II, pgs. 951-952, ap. 58 (STEDH 25 julio 2002 [TEDH 2002, 31], ap. 1).

«Importa recordar también el sentido constitucional que tiene, en el proceso penal, la imparcialidad objetiva, única que aquí interesa. Tal sentido no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa (SSTC 145/1988 [RTC 1988, 145], 164/1988 [RTC 1988, 164], 11/1989 [RTC 1989, 11], 106/1989 [RTC 1989, 106], 85/1990 [RTC 1990, 85], 98/1990 [RTC 1990, 98], 158/1991 [RTC 1991, 158], 151/1991 [RTC 1991, 151], 113/1992 [RTC 1992, 113] y 136/1992 [RTC 1992, 136]), por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusadores (STC 180/1991 [RTC 1991, 180]) o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso (STC 230/1992 [RTC 1992, 230]). Tales son los supuestos de imparcialidad objetiva hasta ahora considerados en la jurisprudencia constitucional, si bien nuestra legislación extiende a otras hipótesis —a otros casos de previa relación con el objeto de la causa— la garantía que consideramos (arts. 219 LOPJ y 54 LECrim). Ante cualesquiera de estos supuestos legales procede, así, la abstención del Juez y cabe, también, su recusación; remedios, uno y otro, que sirven para asegurar de este modo la exigencia de imparcialidad del Juez que se deriva del art. 24.2 CE y la confianza misma de los justiciables (ante todo de los acusados: STC 196/1992) en una justicia objetiva y libre, por lo tanto, de toda sombra de prejuicio o prevención» (STC 157/1993, 6 mayo [RTC 1993, 157], R. 2º).

C) SEPARACIÓN ENTRE INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO

«La imparcialidad objetiva, con soporte en una situación, es configurada como ausencia de toda "idea preconcebida [...] esta imparcialidad objetiva, cuyo corolario más trascendental se halla en la necesaria separación entre las funciones instructora y enjuiciadora (doctrina ya firmemente recogida por el Tribunal, e incorporada a la legislación procesal), es hija de la construcción procesal bifásica característica de la jurisdicción penal de cuño continental donde se encadenan el sumario o investigación bajo garantía o dirección judicial y el juicio oral en sentido propio» (STC 142/1997, 15 septiembre [RTC 1997, 142], F. 2º y 3º). Así, por tanto, el corolario fundamental de la imparcialidad objetiva se halla en la necesaria separación entre las funciones instructora y enjuiciadora, extensible incluso a ámbitos civiles como asuntos sobre propiedad intelectual o en ámbitos administrativos en materia sancionadora. Y «por su parte, el Tribunal de Estrasburgo, en una primera etapa (casos *De Cubber*, 26 de octubre de 1984 y, sobre todo, *Piemark*, 1 de octubre de 1982) pudo llegar a la conclusión de que el conocimiento en la fase de juicio oral por quien efectuó funciones instructoras infringe, en cualquier caso, el derecho al juez imparcial del art. 6.1 del CEDH, pero tampoco lo es menos que la anterior doctrina fue posteriormente, a partir del asunto *Hauschildt* (STEDH de 24 de mayo de 1989), matizada en el sentido de que la imparcialidad del juez no puede examinarse *in abstracto*, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a "la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables"» (STC 142/1997, 15 septiembre, F. 3º).

La finalidad de esta separación consiste exclusivamente en evitar que el juez o algún Magistrado del Tribunal encargado del juicio oral y de dictar la correspondiente sentencia prejuzgue la culpabilidad del acusado (SSTC 145 y 168/1988 [...] 55/1980 y 113/1992). Ahora bien, por ello mismo, la asunción sucesiva de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto y se hace inevitable descender al caso concreto, comprobando allí si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990). Por eso que ha de analizarse el caso concreto, pues no todo acto de instrucción compromete la imparcialidad, sino solamente aquellos que provoquen una convicción anticipada sobre la participación en el hecho, de modo que creen en el ánimo del juzgador prejuicios sobre la culpabilidad, como sería el caso de estar en contacto con el material probatorio. Y, además, será la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar (STC 136/1992, 13 octubre [RTC 1992, 136], F. 2º).

Por ello que tempranamente la STC 145/1988, estimativa parcial del amparo declaró inconstitucional el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que suprimía la posibilidad de abstención y recusación del juez instructor en los juicios que regulaba la misma (STC 145/1988, 12 julio [RTC 1988, 145], F. 5º) Sin

embargo, no se declaró la nulidad total de la Ley, de modo que permaneció, hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1988, la posibilidad de conocimiento y fallo de las causas penales menores por el juez originariamente competente para las funciones de instructor (STC 11/1989, 24 enero [RTC 1989, 11], F. 5º, STC 151/1991, 8 julio [RTC 1991, 151], F. 4º). Así, admitida la abstención y recusación del juez decisor por razón de haber sido instructor de la causa, sólo resultará vulnerado el derecho a un juez imparcial si efectivamente se produjo actividad instructora. Y partiendo en esta doctrina, habrá de estimar en el caso concreto si hubo o no realmente función instructora.

Para ello, según resume la STC 151/1991 «los parámetros y criterios que permiten afirmar la existencia o carencia de actividad instructora, en cada supuesto, se indican ya en esta resolución inicial (STC 145/1988) y se perfilan y reiteran más tarde en las otras dos Sentencias citadas (SSTC 164/1988 y 11/1989). Así, se alude en la primera a diversas actuaciones de naturaleza instructora, como el interrogatorio del detenido, la decisión sobre su situación personal con la consiguiente valoración inicial e indiciaria acerca de su culpabilidad, las resoluciones a adoptar respecto de la admisión a trámite de la querrela o denuncia, comprobación del hecho denunciado o práctica de diligencias de prueba propuestas en aquéllas cuando se consideren procedentes o, finalmente, los supuestos de práctica de prueba anticipada. Resumiendo genéricamente el concepto se señala en la segunda de las resoluciones citadas, que es la investigación directa de los hechos con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria (dirigida frente a determinada persona) la que puede considerarse integrante de una actividad instructora. Por último, en la STC 11/1989, se concretan las actuaciones determinadas que, en ese supuesto, se consideraron integrantes de verdadera actividad instructora, como las declaraciones tomadas a los protagonistas del hecho y a diversos testigos o la decisión motivada sobre libertad provisional del encausado, todo ello con anterioridad a la citación para el juicio oral» (STC 151/1991, 8 julio, F. 4º).

Por supuesto, en nada afecta que la decisión se resuelva en segunda instancia en lugar de en primera, por quien fue el instructor de la causa. En caso de producirse, procedería la nulidad de actuaciones desde el momento en que se interpuso recurso de apelación. Así, tal y como señala la STC 320/1993 «se trata de determinar al lo señalado respecto de la reunión de funciones de instrucción y fallo en la primera instancia judicial, es predicable también a aquellos supuestos en los que, como el que ahora nos ocupa, aquella acumulación de funciones se produce respecto del juez que, siendo instructor de la causa, posteriormente dicta Sentencia en resolución de recurso de apelación formulado contra la primera decisión judicial. Pues bien, no se advierte razón alguna que destruya la aplicación de la anterior doctrina a tales casos. Y ello, tanto por la naturaleza y características del recurso de apelación en el tipo de procedimiento que nos ocupa (procedimiento penal abreviado), como por la razón y finalidad a la que atiende la citada doctrina. Así, en atención a la naturaleza del recurso, esto es, a su carácter ordinario, resulta que a través del mismo puede plantear el recurrente y analizar la Sala la totalidad de



las cuestiones enjuiciadas en la instancia, efectuándose en suma, una revisión total del enjuiciamiento inicialmente realizado. De forma que ninguna limitación en orden a los motivos o las causas que sustenten la apelación, ni tampoco respecto del conocimiento de la Sala puede predicarse de tal recurso. En atención al segundo de los aspectos indicados, se ha de recordar que la razón esencial que inspira la exclusión de acumulación en un mismo órgano judicial de funciones instructoras o decisorias no es otra que la de evitar en el ánimo del Juezador prejuicios o impresiones derivados de una actividad inquisitiva o instructora que pudiera comprometer objetivamente su imparcialidad» (STC 320/1993, 8 noviembre [RTC 1993, 320], F. 4º).

Con todo, no todas las actuaciones han de considerarse como Instructoras a efectos de fundar una recusación. Así, por ejemplo

a) *Actividades no instructoras*

a') La realización de diligencias de ordenación (STC 98/1990, 24 junio [RTC 1990, 98], F. 4º).

b') Toma de declaración y calificación de hechos. No supone una actividad de investigación y esclarecimiento de los hechos, sino en la consideración técnica de carácter estrictamente jurídico como es la de calificación, cuando la actividad judicial consiste en tomar declaración, en presencia del Secretario Judicial y con asistencia letrada, a las dos personas directamente implicadas, y con apoyo en los testimonios y el atestado se acordó el sobreseimiento provisional parcial de un delito y del otro declaró su posible calificación (STC 52/2001, 26 febrero [RTC 2001, 52], F. 6º).

b) *Actividades instructoras*

a') Actividades para esclarecer hechos. «La investigación fue exhaustiva, practicándose todas las diligencias necesarias y recabándose los asesoramientos técnicos útiles, conducentes directamente a esclarecer lo sucedido y, en su caso, la persona o personas responsables criminal y civilmente, sin dejar ninguna actuación en el tintero y agotando así la instrucción. Entra dentro de lo verosímil que el instructor, en contacto permanente y continuado con ese acervo probatorio y participando personalmente en su producción, emitiera ya una opinión formada acerca del accidente y en aquel momento lo hubiera juzgado ya. Ese prejuicio, en la acepción más estricta de la palabra, le incapacitaba para ser Juez del caso en cualquiera de las instancias» (STC 142/1997, 15 septiembre [RTC 1997, 142], F. 4º).

b') Cargos e incoación de procedimiento. También rompe la apariencia de imparcialidad oír a los agentes que confeccionaron el atestado y cargo entre los acusados y los agentes, para concluir acordando incoar el correspondiente procedimiento. «Excepción hecha de la reclamación de la hoja histórico-penal de los inculcados —acto de mera ordenación del proceso— las restantes actuaciones practicadas por el titular del Juzgado de Instrucción han de considerarse verdaderos actos de

investigación encaminados a determinar la veracidad de las imputaciones recogidas en el atestado policial» (STC 151/1991, 8 julio [RTC 1991, 151], F. 5º).

c') Interrogatorio del detenido y resolución sobre la situación personal. «De los diversos actos realizados por el Juez de Instrucción, existen dos que, sin lugar a dudas, comportan una actividad esencialmente inquisitiva: El interrogatorio judicial del detenido y el Auto de prisión provisional, ambos de 20 de junio de 1985» (STC 106/1989, 8 junio [RTC 1989, 106], F. 4º).

Rompe la apariencia de imparcialidad cuando el juez «practicó diligencias propias de una investigación, tendentes, como es lógico, a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones de la denuncia, entre las cuales cabe indicar las declaraciones tomadas por dicho Juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos, dictando después Auto de libertad provisional para el Alcalde denunciado, todo ello, como previene la Ley, antes de convocar el juicio oral» (STC 11/1989, 24 enero [RTC 1989, 11], F. 3º).

d') Iniciaiva del juez que acuerda de oficio diligencias para determinar los hechos y las personas participantes. Se trata de actividad de investigación, pero no supone ninguna vulneración de la imparcialidad judicial cuando será otro juez quien resuelva. Dice la STC 87/2001 que «en la STC 92/1994, F. 2, 3 y 4, y en la 41/1998, F. 14, negamos la parcialidad del Juez instructor y afirmamos la compatibilidad con la Constitución del modelo legalmente vigente de Juez instructor, que dirige la investigación criminal y puede, en consecuencia, acordar de oficio la práctica de diligencias necesarias para determinar los hechos y las personas participantes en los mismos, ya que, teniendo en cuenta que este Tribunal ha declarado que la pérdida de la imparcialidad se produce cuando coincide en una misma persona la función sentenciadora y la actividad instructora de contenido inquisitivo, la queja estaría desnaturalizando el contenido constitucional de dicha garantía de imparcialidad judicial» (STC 87/2001, 2 abril [RTC 2001, 87], F. 2º).

e') Medidas cautelares. «Es esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial. En efecto, constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni aris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar, y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación práctica»

dos por el juez de Instrucción núm. 5 de Málaga» (STC 320/1993, 8 noviembre [RTC 1993, 320], F. 3º).

F) Decisión sobre el sobreseimiento cuando se pronuncia sobre elementos integrantes del tipo penal. Por ello que pronunciarse sobre la actitud dolosa con ocasión de un auto de sobreseimiento que es elemento integrante de la responsabilidad penal, aunque sea solamente sobre hechos indiciarios, justifica las dudas sobre imparcialidad (STC 39/2004, 22 marzo [RTC 2004, 39], F. 7º).

D) SEPARACIÓN PARA LA RESOLUCIÓN EN LA PRIMERA Y EN LA SEGUNDA INSTANCIA

La STC 142/1997 ante una instrucción que consistió en inspección ocular con levantamiento de cadáver, en la que ordenó al juez de paz que obtuviera su ratificación y recibió personalmente declaración al imputado, con informe de la Delegación de Trabajo y ampliación el atestado y en la que se admitió la personación de la viuda, instruyendo este asunto, juzgado por otro juez, y luego resuelta la apelación integrada la Sección por el instructor, entendió que «entra dentro de lo verosímil que el instructor, en contacto permanente y continuado con ese acervo probatorio y participando personalmente en su producción, tuviera ya una opinión formada acerca del accidente y en aquel momento lo hubiera juzgado ya. Ese prejuicio, en la acepción más estricta de la palabra, le incapacitaba para ser juez del caso en cualquiera de las instancias [...]. Se da pues el fenómeno que ha dado en llamarse contaminación, enervando la imparcialidad del juicio como una de las cualidades que deben adornar al juez ordinario predeterminado por la Ley y haciendo escorar al proceso correspondiente por menoscabo de una de sus garantías fundamentales (art. 24.2 CE)» (STC 142/1997, 15 septiembre [RTC 1997, 142], F. 3º).

«La necesidad de admitir la fase de instrucción y la del juicio oral a dos distintos órganos jurisdiccionales conforma hoy, frente al proceso penal inquisitivo del antiguo régimen, la primera nota que ha de concurrir en un proceso penal acusatorio, pues, debido a la circunstancia de que la actividad instructora puede comportar una labor esencialmente inquisitiva, a fin de prevenir el prejuzgamiento y evitar que el acusado sea juzgado por un órgano falto de imparcialidad, se hace necesario que aquella función sea encomendada a un órgano, al que se le ha de vedar expresamente la posibilidad de entender del juicio oral, cuyo conocimiento ha de quedar reservado a otro órgano jurisdiccional que no haya efectuado actividad inquisitiva alguna contra el imputado» (STC 106/1989, 8 junio [RTC 1989, 106], F. 2º).

E) SEPARACIÓN NO NECESARIA ENTRE INSTRUCCIÓN Y DECISIÓN SOBRE MEDIDA CAUTELAR

Sobre este punto, la jurisprudencia del TC constitucional entiende en principio que aunque la sustitución del juez instructor en la decisión relativa a la prisión provisional si bien puede ciertamente contribuir a reforzar dicha imparcialidad, no alcanza a erigirse en garantía única e imprescindible de la incoercibilidad del derecho fundamental (STC 98/1997, 20 mayo [RTC 1997, 98], F. 4º), de modo que, no son inconstitucionales los arts. 502 y 785.8 de la LECrim.

F) SEPARACIÓN NO NECESARIA ENTRE DECISIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y TAMBIÉN EN SEGUNDA INSTANCIA SOBRE RESOLUCIONES DE ARCHIVO

Del mismo modo a lo que se resuelve en el punto anterior, la jurisprudencia del TC entiende que procede la desestimación cuando, no obstante adoptarse tales decisiones, no se dan de hecho los supuestos en que quiebra la imparcialidad (el contacto permanente y continuado con el acervo probatorio o la emisión anticipada de un veredicto de culpabilidad, o de un juicio de imputación), cuando en las decisiones se opera en el plano abstracto y general de la legalidad, sin conexión con las circunstancias fácticas del caso, control de legalidad bien en aspectos sustantivos, como la calificación de «efectos estancados», bien en cuestiones básicas y elementales del propio procedimiento (STC 38/2003, 27 febrero [RTC 2003, 38], F. 4º).

2. Aspectos subjetivos de la imparcialidad

El ATC 117/1997 aclara que la posible vulneración de la imparcialidad ha de analizarse en atención a la relación entre la parte y el o los correspondientes magistrados. El mismo auto decreta la inadmisión puesto que la recusación ha de efectuarse en cuanto se conozca que el correspondiente magistrado va a formar sala, aunque todavía no se sepa que va a ser el ponente, pues la imparcialidad afecta a todos los miembros de la sala. Además la imparcialidad se predica respecto del magistrado y la parte, no respecto del abogado de la misma. «En la hipótesis, que aquí no ha sido demostrada, de que existiera aquella manifiesta enemistad, la solución acorde con las garantías del art. 24 CE no consiste en que el juez se aparte del proceso, sino en que el justiciable decida si le conviene mantener el defensor que había elegido. La imparcialidad lo es respecto de quien solicita la tutela judicial y no en relación con quienes, colaborando con la Justicia, representan y defienden a los justiciables» (ATC 117/1997, 23 abril [RTC 1997, 117 AUTO], F. único).

3. Abstención y recusación en concreto

Como se ha señalado antes, las causas de abstención y recusación se establecen en garantía de la imparcialidad judicial. A tal efecto, el art. 219 LOPJ recoge una lista de causas, con el fin de evitar que el órgano jurisdiccional pueda constituirse con parcialidad sobre el objeto procesal, derivado de su conocimiento previo (STC 38/2003, 27 febrero, F. 3º). En definitiva, las causas legales de abstención y de recusación se ordenan a preservar en el proceso tal imparcialidad, subjetiva y objetiva, del juzgador (STC 157/1993, 6 mayo [RTC 1993, 157], F. 2º).

«Nuestra jurisprudencia, de manera constante desde las primeras resoluciones de este Tribunal, viene sosteniendo que las causas de recusación y de abstención previstas por la ley se orientan a la preservación de la imparcialidad judicial, y que el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (SSTC 42/1982, de 12 de julio [RTC 1982, 42], F. 3; 146/1989, de 12 de julio [RTC 1989, 146], F. 5; 138/1991,



de 20 de junio (RTC 1991, 138), F. 2; 230/1992, de 14 de diciembre (RTC 1992, 230), F. 4; 282/1993, de 27 de septiembre (RTC 1993, 262), F. 2; 64/1997, de 7 de abril (RTC 1997, 64), F. 3; 162/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 162), F. 2; 155/2002, de 22 de julio (RTC 2002, 155), F. 2) - (STC 229/2003, 18 diciembre (RTC 2003, 229), F. 10).

«La Constitución, ciertamente, no enumera, en concreto, las causas de abstención y recusación que permitan preservar el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2; pero ello no significa que el legislador quede libre de cualquier vínculo jurídico constitucional a la hora de articular ese derecho, que comprende, como se ha dicho, la preservación de la imparcialidad judicial. La Constitución impone determinados condicionamientos al legislador que ha de ordenar esas causas de abstención y recusación, condicionamientos que deriban del contenido esencial de los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE, a la luz de los mandatos del art. 10.2 CE, y, en relación con el mismo, de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales llamados a interpretar y aplicar los tratados y convenios internacionales suscritos por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Con relación a esos mandatos, y en lo que aquí importa, basta decir que tales pronunciamientos jurisdiccionales (los dictados, en especial, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) pueden llegar a identificar supuestos de abstención y de recusación hasta hoy no contemplados en nuestra legislación. hipótesis ante la cual cabría sostener la exigencia de una acomodación del Derecho español al precepto internacional de este modo interpretado por el órgano competente para ello. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que la cuestión planteada no se fundamenta en resolución jurisdiccional alguna dictada en aplicación de los convenios o tratados a que se refiere el art. 10.2. Ha de observarse, a estos efectos, que, en el supuesto que presenta alguna similitud con el ahora planteado (Asunto Ringelsen, Sentencia de 16 de julio de 1971), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que "no puede mantenerse como regla general, resultante de la obligación de imparcialidad, que un Tribunal superior que anule una decisión administrativa o judicial, tenga la obligación de reenviar el caso a una autoridad jurisdiccional distinta, o a un órgano de esa autoridad compuesto en forma distinta" (STC 157/1993, 6 mayo (RTC 1993, 157), F. 29).

«La carga y deber de abstenerse del conocimiento de un proceso, ante la presencia de causa legal, la apreda el Magistrado en quien concurra, apartándose del conocimiento del mismo, y, de no hacerlo, la parte tiene a su disposición la recusación en vía común, que, de no ejercitar, impide toda reclamación posterior en pro de su abstención» (ATC 111/1982, 10 marzo (RTC 1982, 111 AUTO), F. 59). Así y todo, según indica el ATC 144/1991 «aunque abstención y recusación tengan, en su caso, como resultado propio el de apartar al juzgador del conocimiento del asunto, empero son la misma institución, siendo disóna la regulación que de una y otra contiene los arts. 220 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (ATC 144/1991, 7 mayo (RTC 1991, 144 AUTO), F. único).

«Como ya dijimos en nuestra STC 136/1991 (RTC 1991, 136) (fundamento jurídico 2º), si bien es cierto que, en nuestro Derecho, la recusación no constituye

un recurso en su acepción procesal estricta, no es menos cierto que es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos Jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad, teniendo precisamente por finalidad la causa prevenida a tales efectos en el art. 54.12 de la LECrim la de evitar la concentración en un mismo Juez de las funciones instructora y decisoria» (STC 384/1993, 21 diciembre (RTC 1993, 384), F. 29).

La casuística conocida por el TC resulta ciertamente numerosa y diversificada. De hecho, como recuerda la STC 39/2004, «la determinación de cuáles son las circunstancias concretas que posibilitan en cada caso considerar como objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace reindiciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo» (STC 39/2004, 22 marzo (RTC 2004, 39), F. 3º). En tal labor, en algunas ocasiones ha estimado que las actuaciones concretas producían vulneración de la imparcialidad judicial, en otras, en cambio la solución ha sido la contraria, fundamentalmente por entender que no quecaba en entredicho la imparcialidad.

A) SUPUESTOS CONCRETOS EN QUE SE ESTIMA LA VULNERACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD

a) Algunos juicios provisionales de imputación y enjuiciamiento en primera instancia

La STC 39/2004, ante un supuesto en que se enjuicia en primera instancia previa revocación de un auto de archivo durante la instrucción estima parcialmente el recurso de amparo formulado, declarando la nulidad y retro trayendo las actuaciones al momento del juicio oral para ser enjuiciado por Tribunal cuyos miembros no tengan comprometida su imparcialidad. En su F. 4º, resume las diferentes ocasiones en las que el mismo TC se ha pronunciado sobre la relevancia o incidencia de los juicios provisionales de inculpación o imputación tienen sobre la imparcialidad judicial. «Así fue declarada la inconstitucionalidad del apartado segundo del art. 81 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, entre otras razones, porque no diferenciaba el órgano que decidía el procesamiento, con base en una valoración indiciaria de culpabilidad, y el órgano que conocía y fallaba la causa, argumentándose, ya entonces, que el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en la que el órgano judicial contempla los aspectos del enjuiciamiento sobre el fondo» (STC 55/1990, de 28 de marzo (RTC 1990, 55), F. 7). Igualmente se declaró la existencia de vulneración en supuestos en los que el juzgador había acordado previamente la apertura del juicio oral, con fundamento en que esta decisión tiene como base una imputación penal que contiene una calificación o juicio anticipado / provisional sobre los hechos a sentenciar (SSTC 310/2000, de 18 de diciembre

[RTC 2000, 310], F. 4, o 170/1993, de 27 de mayo [RTC 1993, 170], F. 5). Por el contrario se ha considerado que no existe vulneración del derecho al Juez imparcial en un supuesto en que el juzgador había acordado el sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito, sino, en su caso, de simples faltas, con el argumento de que dicha resolución judicial no se fundamentó en elementos inferidos de cierta actividad de investigación o esclarecimiento de los hechos, sino en una consideración técnica de carácter eminentemente jurídico, a través de la cual se limitó a precisar cuál era el trámite procesal que aquellos hechos merecían (STC 52/2001, de 26 de febrero [RTC 2001, 52], F. 6). A la misma conclusión se llegó en un supuesto de decisión sobre la admisión a trámite de una denuncia o querrela, en tanto que es un acto jurisdiccional que no expresa ni exterioriza toma de posición anímica y está configurado legalmente como un juicio claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos en la Ley como delito han sido cometidos por un acusado (STC 162/1999, de 27 de diciembre [RTC 1999, 162], F. 6). Más en concreto, y por lo que respecta a la relevancia de las intervenciones del órgano de revisión sobre este tipo de decisiones, hemos reiterado que no cabe apreciar vulneración en los supuestos de ratificación en segunda instancia de una decisión previa de inculpación, cuando la ratificación se basa en que la imputación se halla razonablemente fundada, en tanto que ello no implica anticipar juicio alguno sobre la responsabilidad penal del acusado ni cabe apreciar en el caso la existencia de un contacto directo con el acusado ni con las pruebas (AATC 8/2002, de 28 de enero [JUR 2002, 49032], F. 4; 121/2002, de 15 de julio [JUR 2002, 216262], F. 1; 141/2002, de 23 de julio [JUR 2002, 216262], F. 1, y 276/2002, de 19 de diciembre [JUR 2003, 16719], F. 3). El TEDH llegó a la misma conclusión en la Resolución de Inadmisión de 2 de marzo de 2000, caso *Garrido Guerrero c. España*, al entender que, si bien uno de los miembros del órgano de enjuiciamiento formó también parte del órgano que confirmó en apelación el procesamiento, por lo que hizo suyos sus razonamientos, debían considerarse en el supuesto de hecho contemplado los límites del acto de inculpación, su carácter de resolución formal y provisional, que no prejuzgaba en nada la solución del litigio, ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían, ni en cuanto a la culpabilidad del inculpaado. Sin embargo la STEDH de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998, 31), caso *Castillo Algar c. España*, consideró vulnerado el derecho a la imparcialidad judicial porque en el caso enjuiciado dos miembros del órgano de enjuiciamiento habían confirmado en apelación el auto de procesamiento en términos que podían llevar a pensar que hacían suyo el punto de vista adoptado previamente por el Tribunal Supremo (el cual había revocado una previa decisión de sobreseimiento) de que existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar (§ 48). Por último, en lo que respecta a los supuestos en que, como ocurre en el presente amparo, las dudas respecto a la imparcialidad judicial se fundamentan en la revocación de una decisión de archivo por parte del órgano de revisión, cabe destacar que tal circunstancia fue motivo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarara la vulneración del derecho cuya observancia

está reclamando nuestra atención (STEDH de 23 de mayo de 1991 [TEDH 1991, 31], caso *Oberschlick c. Austria*. Ahora bien, este Tribunal ha desestimado que se produzca tal vulneración en el caso de la decisión de levantar el sobreseimiento y ordenar proseguir un procedimiento penal, al entender que tal resolución no incluye necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad (STC 11/2000, de 17 de enero [RTC 2000, 11], F. 5), y asimismo ha rechazado la existencia de vulneración del derecho al Juez imparcial en supuestos que se limitan a abordar aspectos puramente formales del desarrollo de la instrucción y al análisis de cuestiones absolutamente abstractas y generales sobre la eventual concurrencia de una cuestión previa de legalidad administrativa, sin ninguna relación con las circunstancias fácticas de la presunta infracción cometida, ni con la participación en los hechos del inculpaado (STC 88/2003, de 27 de febrero [RTC 2003, 88], F. 4) (STC 39/2004, 22 marzo [RTC 2004, 39], F. 4º).

La misma STC 39/2004, 22 marzo, F. 6º, concluye señalando que la existencia de un juicio provisional sobre la responsabilidad penal sólo podrá predicarse de aquellos casos en los que lo controvertido sean las cuestiones fácticas y no las jurídicas. «ya que todo juicio sobre la responsabilidad penal, sea provisional o definitivo, en tanto que proceso de subsunción de la conducta en la norma penal, exige una previa labor dialéctica y frecuentemente interdependiente de determinar los hechos y el ámbito de aplicación de la norma penal, lo que no excluye, sino que presupone, la valoración de cuestiones jurídicas». Por ello que el hecho de que un auto se limitara a resolver cuestiones jurídicas no presupone *prima facie* desestimar las dudas sobre imparcialidad.

En la misma línea, la STEDH 28 octubre 1998 declara producida la violación del artículo 6.1 del Convenio, con base en que dos de los miembros del Tribunal sentenciador habían formado parte de la Sala que confirmó el auto de procesamiento. «Tal situación puede suscitar en el procesado dudas sobre la imparcialidad de los jueces. Sin embargo, la respuesta a la pregunta de si se pueden considerar esas dudas como objetivamente justificadas varía según las circunstancias de la causa; el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad (Sentencia Hauschildt citada, pg. 213, ap. 50)». Por último, estima producida la violación porque en la sentencia se partía literalmente de «la existencia de indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar y la ausencia de fundamentación suficiente para revocar el auto de procesamiento y suprimir la apariencia de tipicidad sobre la que se apoyaba dicho auto» (apartado 14 *supra*), y los términos empleados, que incluía a los Jueces E. S. G. y R. V. P., podían fácilmente llevar a pensar que hacían finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo, según el cual «existían indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar» (apartado 14 *supra*). Estima, en definitiva, que la situación se asemeja a la del caso *Oberschlick*, en que un Juez que había participado en la revocación de un auto de sobreseimiento, tomó parte posteriormente en la apelación dirigida contra la condena del demandante [Sentencia

Oberschlick contra Austria (núm. 1) de 23 mayo 1991. Serie A, pgs. 13 y 15, ap. 16 y 22], de modo que estima que, en las circunstancias del caso, la imparcialidad del Tribunal sentenciador podría suscitar serias dudas y que los temores del demandante al respecto podían considerarse objetivamente justificados (STEDH 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], ops. 46 a 49).

b) *Abstención propia de uno de los magistrados que enjuicaron por haber deducido testimonio de particulares que determinó el inicio del proceso penal*

La STC 51/2002 otorga parcialmente el amparo solicitado y declara la nulidad de la sentencia y retro trayendo actuaciones al momento procesal oportuno para que se dicte otra con observancia del derecho fundamental infringido. A tal efecto, con todo, se otorga especial relevancia al hecho de que previamente el ponente de la sentencia que resolvió previamente se haya abstenido de conocer con anterioridad, puesto que «el art. 222 LOPJ establece que una vez que la Sala de Gobierno del Tribunal que corresponda enérgicamente justificada la abstención, el Juez o Magistrado "se apartará definitivamente" del conocimiento del asunto. De ahí que, de acuerdo con lo establecido en ese precepto legal, cuando la Sala de Gobierno entiende justificada la abstención, el Juez o Magistrado queda inhabilitado para el conocimiento de ese asunto "definitivamente" y por esa razón no puede formar parte de ninguna Sala que vaya a conocerlo, cualquiera que sea la instancia procesal en la que ese asunto se encuentre». Por ello que sin necesidad de analizar si hay o no vulneración de la imparcialidad objetiva, debe apreciarse su vulneración. Por supuesto, basta con que se produzca en uno de los magistrados del Tribunal para que se entienda producida la vulneración, con independencia de su influencia en la deliberación y el voto de la causa (STC 51/2002, 25 febrero [RTC 2002, 51], F. 3º).

«Como hemos recordado en nuestra reciente STC 51/2002, de 25 de febrero, F. 3.º, "una de las garantías esenciales de todo proceso lo constituye el que el Juez o Tribunal llamado a dirimir el conflicto aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad" (STC 60/1995, de 17 de marzo [RTC 1995, 60], F. 3º). Pues bien, tal garantía no se ha satisfecho en esta ocasión desde el mismo momento en que el órgano colegiado que dictó la Sentencia desestimatoria de los recursos de apelación había anticipado ya la falta de idoneidad de uno de sus Magistrados para conocer de las pretensiones deducidas por quien había sido condenado en la instancia, provocando así una apariencia de parcialidad [...] es suficiente con que uno de los Magistrados integrantes del órgano no hubiera debido formar parte del mismo. Según hemos dicho allí, por reproducción literal de la STC 230/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992, 230], F. 5.º "la garantía de imparcialidad del juzgador ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final de la votación, ya que es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio de aquel en quien concurre o pueda concurrir alguna de las causas de recusación previstas legalmente lo que se intenta salvaguardar a través de aquella garantía, todo ello con total independencia de su eventual influencia en la deliberación de la resolución de que se trate, por otro lado secreta, a tenor de lo dispuesto en el art. 233 LOPJ"» (STC 231/2002, 9 diciembre [RTC 2002, 231], F. 5º).

B) SUPUESTOS CONCRETOS EN QUE SE DESESTIMA LA VULNERACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD

En la mayoría de las ocasiones, el TC ha desestimado la demanda de amparo por entender que no se producía en el caso concreto una verdadera vulneración de la imparcialidad judicial. Los supuestos son diversificados, sobre todo en relación con los supuestos concretos en los que estima que no todas las actuaciones pueden ser consideradas como actos de instrucción.

c) *Intervención de magistrado en otros procesos con similitudes*

A pesar de que el hecho de intervenir el magistrado en procesos con similitudes de algún modo puede formar o conformar de algún modo la convicción judicial, el TC se ha encargado de aclarar que no se vulnera la imparcialidad judicial por el hecho de que un magistrado haya intervenido en otro proceso con similitudes. Concretamente, la STC 138/1994 desestima el amparo con ocasión del auto que desestima la recusación de magistrado que había integrado la sala que a su vez había resuelto en sentido confirmativo de sentencia apelada absolutoria recaída en otro procedimiento penal de usurpación frente al alcalde de la Villafranca de la Sierra a instancias de los ahora demandantes de amparo. En el actual, se promueve procedimiento penal por delitos de usurpación, coacciones y otros, siendo que ahora se había recurrido en apelación la calificación como fúctas de los hechos, confirmatoria, formando sala el mismo magistrado. Se contiene la afirmación en el auto recurrido de que «los hechos que denuncian son idénticos a aquellos en los que recayó sentencia absolutoria». Sin embargo, el TC estima que el Magistrado no se encuentra en ninguno de los supuestos del art. 219 LOPJ, puesto que «no se ha producido una relación o contacto previo con el objeto específico del proceso del que se pretende su apartamiento. Ciertamente, el objeto de este proceso puede presentar similitudes, más o menos amplias, con el de un procedimiento anterior. Pero la imparcialidad objetiva del Juzgador no se ve comprometida por la mayor o menor similitud de los hechos objeto de enjuiciamiento con los conocidos por ese mismo juzgador en el curso de un distinto proceso» (STC 138/1994, 9 mayo [RTC 1994, 138], F. 3º). Y en la misma línea, la STC 206/1994, concluye que no es causa de recusación ni afecta a la imparcialidad el conocer de un delito distinto, máxime cuando no se denunció en la instancia al ser el nombre del ponente conocido con anterioridad (STC 206/1994, 11 julio [RTC 1994, 206], F. 4º).

«Este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse en cuestiones como la planteada. Así, en la STC 206/1994, en un caso en el que un Magistrado se pronunció sobre los mismos hechos respecto de los mismos acusados, una vez en un Tribunal que juzgaba por escasa y luego en otro Tribunal distinto, juzgando sobre delito monetario, nuestra sentencia concluyó que la circunstancia denunciada no afectaba a la imparcialidad objetiva. Y en la STC 138/1994 el Magistrado había juzgado sobre unos mismos hechos en distintos procesos y este Tribunal entendió que "la imparcialidad objetiva despliega su eficacia sobre el específico objeto del proceso sin que pueda extenderse al resultado del contraste entre dicho objeto y el de cualquiera otros procesos de los que haya podido conocer el juzgador"» (STC 47/1998, 2 marzo [RTC 1998, 47], F. 4º).

b) *No todas las actuaciones pueden considerarse como instructoras o contaminantes a los efectos de fundar una recusación*

Posiblemente el mayor número de pronunciamientos por el TC en sentido desestimatorio de la alegada vulneración de la imparcialidad judicial se centren en señalar que no todas las actuaciones previas al enjuiciamiento pueden ser consideradas como instructoras o contaminantes a los efectos de fundar una recusación y, por tanto, para entender infringida la imparcialidad judicial en caso de su desestimación. Es más «el simple hecho de que un Juez haya participado en ciertos actos de investigación como Juez Instructor en la fase de juicio, no puede, por sí mismo, justificar los temores en cuanto a su imparcialidad (véase Sentencia Hauschildt anteriormente citada, pg. 22, ap. 50 y Castillo Algar anteriormente citada, ap. 46). De ello resulta que este motivo debe ser rechazado como manifiestamente sin fundamento en aplicación del artículo 35.3 del Convenio» (DTEUH, 2 marzo 2000 [DTEUH 2000, 115], ap. 1).

a) *Revocación de decisión de sobreseimiento con orden de continuar las diligencias*

A pesar de lo dicho antes en relación con el juicio provisional de imputación, el TC ha estimado en varias ocasiones que la decisión de ordenar las diligencias con revocación del sobreseimiento no supone acto de instrucción, por no haber contacto directo con el acusado ni con las pruebas, puesto que se limita meramente a revocar la decisión del Juez Instructor, acordando en el caso concreto resuelto por la STC 85/1992 la aportación de una prueba documental dirigida a acreditar la cualidad de funcionario público del querellante, con el fin de demostrar una circunstancia de decisiva relevancia en orden a la tipificación penal de los hechos objeto de la querrela y disponiendo que se continúe el procedimiento de acuerdo con las distintas hipótesis de tipo delictual. Como indica la citada STC 85/1992, «los Magistrados a que se refieren los recurrentes se han limitado a ejercer, conforme a Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación y lo han hecho al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que, en modo alguno, puede comportar efectos o riesgos de contaminación inquisitiva, que es la referencia esencial que fundamenta la doctrina de dicha STC 145/1988» (STC 85/1992, 8 punto [RTC 1992, 85], F. 2º).

En un supuesto similar, el ATC 333/1997 decreta la admisión puesto que «no cabe apreciar pérdida de imparcialidad objetiva en determinados supuestos en los Magistrados de una Audiencia Provincial, por haber resuelto en apelación incidentes de la insurrección, incluso confirmando el auto de procesamiento» (ATC 333/1997, 13 octubre [RTC 1997, 335 AUTO], F. 2º).

b) *Decisión de procesamiento o imputación provisional, a petición de uno de los encausados*

Ni siquiera la decisión de procesamiento efectuada por el tribunal que está enjuiciando un asunto, cuando éste se hace a petición de uno de los encausados no constituye actividad instructora alguna, puesto que no se realiza investigación

directa, surge por el interrogatorio en la vista, no por una actuación inquisitiva y máxime si al instructor le inquiere para que realice investigación complementaria «con libertad de criterio» (ATC 220/1989, 27 abril [RTC 1989, 220 AUTO], FF. 3º y 4º).

e) *Conocer resolviendo recursos sobre la situación personal del encausado*

Aunque en principio puedan ser consideradas como actividades instructoras, capaces, en ciertos casos, e comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador, la decisión vía recursos sobre la situación personal del encausado, como lo es decidir sobre la situación de libertad provisional, no necesariamente ha de suponer por sí misma actividad instructora, «máxime cuando no existe una investigación directa que es el núcleo esencial de toda instrucción (SSTC 145/1988 [RTC 1988, 145] y 106/1989 [RTC 1989, 106]), ni cuando —como ahora ocurre— los Magistrados se han limitado a ejercer, conforme a la Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación, al margen de toda actividad material y de instrucción (STC 86/1982 [RTC 1982, 86])» (ATC 100/1998, 22 abril [RTC 1998, 100 AUTO], F. 2º).

«La confirmación del Auto de procesamiento no contiene acto alguno de instrucción ni supone contacto material con pruebas ni un juicio anticipado de culpabilidad (por todos, ATC 8/2002, de 28 de enero, F. 4, 121/2002, de 15 de julio, F. 1 y 141/2002, de 23 de julio, F. 1)» (ATC 376/2002, 19 diciembre [JUR 2003, 16219], F. 5º).

«Sobre esa vertiente de la imparcialidad objetiva impuesta al órgano judicial sentenciador ha declarado este Tribunal, citando jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que «el simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, en sí mismo considerado, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad» (ATC 148/1999, de 14 de junio [RTC 1999, 148 AUTO], F. 4); doctrina que se ha desarrollado más tarde, entre otras, en la STC 162/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 162) (F. 5) con la afirmación de que «las exigencias de imparcialidad se proyectan sobre la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso, definiendo reglas y exclusiones que tratan de disipar cualquier duda legítima que pueda existir sobre la idoneidad del Juez. Por lo que se refiere a la actividad procesal, y más concretamente, a la desarrollada en el proceso penal, este Tribunal ha establecido ya como reglas constitucionalmente exigidas las que afirman la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1988, 226/1988, 130/1991 [RTC 1991, 130] y 56/1994 [RTC 1994, 56]), o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (SSTC 113/1987 [RTC 1987, 113], 145/1988, 164/1988 [RTC 1988, 164], 11/1989 [RTC 1989, 11], 106/1989, 98/1990 [RTC 1990, 98], 186/1990 [RTC 1990, 186] 138/1991, 151/1991, 238/1991, 113/1992, 170/1993 [RTC 1993, 170], 320/1993 [RTC 1993, 320], 372/1993, 384/1993 y 132/1997 [RTC 1997, 132])» Además de las anteriores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha individualizado otra actividad procesal que quiebra la imparcialidad al excluir del proceso debido aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio del culpabilidad (caso



Hauschildt, § 52: medida cautelar acordada en fase previa al juicio oral cuyo fundamento es prácticamente idéntico al juicio de culpabilidad, y caso Castillo Algar, § 48: enjuiciamiento por una Sala integrada por dos Magistrados que, previamente, habían confirmado el procesamiento del acusado apreciando "indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delicto militar...". En el mismo sentido, aunque la duda de inconstitucionalidad se rechazó, nos pronunciamos en la STC 60/1995 -Juez de menores que, en fase de investigación dispone medidas limitativas de derechos fundamentales, y luego enjuicia el sometido a investigación-, y a *sensu contrario*, en la STC 14/1999 (RTC 1994, 14), fundamentos jurídicos 4º y 8º. Por las mismas razones, carece de la debida imparcialidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera; así lo ha declarado ya este Tribunal en el ámbito penal -STC 283/1991-, y en el social -SSTC 137/1994 y 299/1994- (y el TEDH, en su Sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Obereschlich, aps. 48 a 52). Finalmente, pueden también surgir dudas sobre la imparcialidad del Tribunal cuando, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos debatidos (SSTC 138/1994 [RTC 1994, 138], 206/1994 [RTC 1994, 206], y 47/1998 [RTC 1998, 47], y Sentencias del TEDH, de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan), aunque la razonabilidad de las mismas exija el examen concreto de los pronunciamientos previos emitidos.

El mismo ATC 232/2002 desestima la petición de amparo porque «los Magistrados integrantes de la Sección tuvieron conciencia actual de la necesidad de no formarse un criterio sobre la culpabilidad del procesado y que en modo alguno se ha producido una exteriorización anticipada de dicho juicio de culpabilidad. Los Autos mencionados son extremadamente cuidadosos, incluso en la forma de expresión, en cuanto a la delimitación del objeto de conocimiento y a la manifestación del carácter meramente inculpativo y provisional de los juicios necesarios para confirmar las resoluciones impugnadas. Por ello, es necesario declarar que los temores del recurrente en amparo acerca de la falta de imparcialidad del órgano judicial que dictó la Sentencia condenatoria no están objetivamente justificados» (ATC 232/2002, 7 julio [JUR 2003, 193919], P. 3º).

«La tradicional doctrina de este Tribunal sobre la imparcialidad viene a señalar que no cabe apreciar pérdida de imparcialidad objetiva en los Magistrados de una Audiencia Provincial por haber resuelto en apelación incidentes surgidos durante la instrucción de la causa, pues es el ejercicio de actividades instructoras propiamente dichas y el contacto directo con las fuentes de prueba (interrogatorio de los inculcados o testigos, por ejemplo) lo que incapacita a un Juez para formar parte de la Sala que ha de dictar Sentencia sobre los mismos hechos (SSTC 145/1988 [RTC 1988, 145], 151/1991 [RTC 1991, 151], 113/1992 [RTC 1992, 113] y 136/1992 [RTC 1992, 136], entre otras). En particular, y respecto de la participación en la Sala equitativa de Magistrados que habían resuelto un recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, los AATC 70/1995 (RTC 1995, 70 AUTO) y 335/1997 (RTC 1997, 335 AUTO) declararon expresamente que no cabía apreciar pérdida de imparcialidad alguna en aquellos magistrados por cuanto no habían intervenido propiamente en la instrucción de la causa. También el ATC 100/1998 (RTC 1998, 100 AUTO) mantuvo el mismo criterio en un supuesto en que los Magistrados habían confirmado previamente, en vía de recurso de apelación, el mantenimiento de la situación de prisión

provisional del recurrente. Incluso el ATC 220/1989 (RTC 1989, 220 AUTO) rechazó la pérdida de imparcialidad en aquellos Magistrados que procesaron directamente al recurrente después de haber ordenado una información suplementaria al instructor, y ello porque la Sala no había realizado una instrucción directa sobre los hechos objeto de aquella investigación. A ello hay que agregar la doctrina derivada de la STEDH, de 28 de octubre de 1988 (TEDH 1998, 51), recaída en el caso Castillo Algar contra España, por lo que se hace preciso examinar si, a la luz de la misma, los Magistrados que resolvieron los recursos de queja comprometieron su necesaria imparcialidad objetiva para sentenciar» (ATC 68/2002, 22 abril [RTC 2002, 68 AUTO], P. 2º). Y concluye que los autos «se limitan a decidir sobre la pertinencia o no del mantenimiento de la medida cautelar de prisión provisional del actor. No puede decirse, en puridad, que se haya prejuzgado la causa o que, al tener los Magistrados contacto con parte del material de la instrucción, ya se hubieran formado un juicio sobre la responsabilidad del recurrente» (ATC 68/2002, 22 abril, P. 4º).

«La Audiencia Provincial es el órgano jurisdiccional predeterminado por la ley para resolver los recursos de apelación que se plantean contra las resoluciones definitivas de los Jueces de instrucción y de los de lo Penal -art. 82.1.2º de la LOPJ-, en relación con el 789.5 y el 796.1 de la LÉCrim-, por lo que es del todo posible que hayan intervenido en el hecho de dictar ambas resoluciones los mismos Magistrados -en este caso sólo dos, debiendo añadirse además que el Tribunal Constitucional tiene declarado con reiteración (ATC 70/1995 y SSTC 145/1988 [RTC 1988, 145], 151/1991 [RTC 1991, 151], 113/1992 [RTC 1992, 113], y 136/1992 [RTC 1992, 136]), que no cabe apreciar pérdida de imparcialidad objetiva en determinados supuestos en los Magistrados de una Audiencia Provincial, por haber resuelto en apelación incidentes de la instrucción, incluso confirmando el auto de procesamiento» (ATC 335/1997, 13 octubre [RTC 1997, 335 AUTO], P. 2º).

«Al no haber existido contacto directo con el acusado ni con las pruebas, los mencionados Jueces se limitaron a ejercer, conforme a Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación y lo hicieron al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que, en modo alguno, puede comportar efectos o riesgos de contaminación inquisitiva, como ya dijimos en las SSTC 145/1988 y 85/1992» (ATC 121/2002, 15 julio [JUR 2002, 216262]). «Como dijimos en la STC 85/1992, al no haber existido contacto directo con el acusado ni con las pruebas, los mencionados Jueces se limitaron a ejercer, conforme a Ley, la competencia que ostentan para conocer y decidir recursos de apelación y lo hicieron al margen de toda actividad material de instrucción, habiéndose limitado a adoptar medidas de estricta ordenación del proceso que, en modo alguno, comporta efectos o riesgos de contaminación inquisitiva, máxime cuando al resolver el recurso se limitaron a apreciar que la imputación se hallaba razonablemente fundada, sin anticipar juicio alguno sobre la culpabilidad del acusado» (ATC 141/2002, 23 julio [JUR 2002, 216282], P. 1º).

«El temor de una falta de imparcialidad se debía al hecho de que un magistrado que había participado en el tribunal que falló, había participado anteriormente en la Sala que confirmó en apelación el auto de procesamiento del demandante. Tal situación puede suscitar en el procesado dudas en cuanto a la imparcialidad de los jueces. Sin embargo, la respuesta a la pregunta de si se pueden considerar estas dudas como objetivamente justificadas varía según las circunstancias del caso; el simple hecho de que un juez haya ya tomado decisiones antes del proceso no puede, por lo tanto, por sí mismo, justificar los temores en cuanto a su imparcialidad (Sentencia Hauschildt anteriormente citada, pg. 2, ap. 50) [...]. el tribunal de apelación tuvo mucho cuidado en precisar los límites del acto de inculpatión, su carácter de resolución formal y

provisional, sin prejuzgar en nada la solución del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían ni en cuanto a la culpabilidad del inculcado» (D TEDH, 2 marzo 2000 [TEDH 2000, 115], F. 1). «A diferencia del asunto Castillo Algar contra España previamente citado en el que "los términos empleados por la Sala del Tribunal militar central que resolvió sobre la apelación del auto de procesamiento [...] podían dar lugar a pensar que hacía finalmente suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo [...] según el cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar", en el caso presente, el Tribunal militar territorial que confirmó el auto de procesamiento no hizo valoración alguna sobre la culpabilidad del demandante, limitándose, en una decisión extremadamente sumaria, a constatar que se reunían los requisitos formales exigidos para ser acusado. Concretamente, el Tribunal de apelación no llevó a cabo ningún otro acto de instrucción y no prejuzgó el resultado del litigio ni en cuanto a la calificación de los hechos imputados ni en cuanto a la culpabilidad del acusado. En definitiva, en opinión del Tribunal, en las circunstancias del caso, las aprensiones del demandante sobre la falta de imparcialidad no están objetivamente justificadas (cfr. *casos autosatis*, Sentencias Salome-Marie contra Francia de 16 diciembre 1992 [TEDH 1992, 76], serie A núm. 258-A, pg. 16, aps. 33-34; Saraiva de Carvalho contra Portugal de 22 abril 1994 [TEDH 1994, 19], serie A núm. 286-B, pgs. 39-40, aps. 38-40, así como el asunto Garrido Guerrero contra España [TEDH 2000, 115] [dec], núm. 45715/1998, CEDH 2000-III). Considera que esta parte de la demanda debe ser rechazada por carecer manifiestamente de fundamento en aplicación del artículo 35.3 del Convenio» (D TEDH 17 febrero 2004 [TEDH 2004, 17], op. 1).

«Los jueces del tribunal militar insistieron en el carácter provisional del auto de procesamiento, precisando que corresponde al tribunal sentenciador apreciar las pruebas presentadas y decidir la culpabilidad del acusado. Pero señala que los términos empleados por el Tribunal que resolvió sobre la apelación [...] y que apreciaba la necesidad de mantener al acusado en prisión debido a la gravedad de los hechos por los que había sido acusado y a la pena susceptible de ser impuesta, hacían pensar que existían indicios suficientes para permitir concluir que se había cometido un delito [...] la imparcialidad del tribunal sentenciador podía suscitar serias dudas en la medida en que tanto su presidente como su juez instructor habían intervenido en varios actos de instrucción entre los que hay que señalar principalmente el rechazo de la apelación contra el auto de procesamiento pronunciado contra el demandante y las decisiones de prórroga de su prisión preventiva. Señala igualmente que los temores del demandante al respecto podrían considerarse objetivamente justificados (Sentencia Castillo Algar contra España de 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], Repertorio 1998-VIII)» (STEDH 25 julio 2002 [TEDH 2002, 31], op. 1).

d) *Intervención de uno de los magistrados en un previo proceso civil en el que se resuelven cuestiones recogidas en los hechos declarados probados por la sentencia penal*

Entiende el TC que no puede admitirse en el caso concreto debatido que la intervención previa del Magistrado firmante de la sentencia impugnada en el proceso civil antecedente pueda considerarse como vulneración del derecho al juez imparcial. Y ello porque la previa intervención se produce cuatro años antes, «aparte, pues, del carácter dispositivo del proceso civil, distinto en la intervención del juez del ulterior proceso penal, ocurre también que en aquel juicio existió además conformidad entre los litigantes respecto del primero de los pedimentos:

y en el segundo, que se rechazó, reanunció la sentencia, sin realizar valoración alguna respecto del fondo de las cuestiones, a la voluntad de los socios para decidir el tipo de sociedad, la determinación de su capital o los pactos sociales que habían de regirla» (STC 47/1998, 2 marzo [RTC 1998, 47], F. 4).

e) *Declaración de «solidaridad» en junta de jueces respecto de la juez instructora de una causa*

La STC 46/1998 desestima el amparo, primero, porque en ningún momento de la dilatada instrucción se formuló su recusación, para lo cual y pese a conocerse aquella circunstancia, se aguardó a momento posterior a la apertura del juicio oral, dos años después de que las declaraciones de la Junta de Jueces tuvieron lugar, lo que la convirtió en extemporánea; y segundo, porque cualquiera sea la idea que se tenga acerca de la procedencia de que una Junta de Jueces manifieste sus sentimientos de solidaridad con otro juez, lo cierto es que el referido Acuerdo de dicha Junta se limitó a una manifestación de ese carácter y no a formular valoración alguna acerca de la conducta de quien había criticado a la Magistrada suplente ni a las actitudes o la resolución de ésta que las motivó. Lo que tornaría en todo caso sumamente dudosa la existencia de una causa de recusación o una causa de imparcialidad objetiva (STC 46/1998, 2 marzo [RTC 1998, 46], F. 8º).

f) *Filtraciones del fallo*

El TC estima que una mera filtración no pone en cuestión el desinterés objetivo en el asunto de los miembros del Tribunal, sin que conste una relación previa de éstos con las partes o con sus intereses. Y ello aunque no contribuye ciertamente a la «incolumidad del ejercicio de la función de juzgar», adelantar el sentido del fallo en principio resulta inócuo, de modo que no menoscaba la imparcialidad o la apariencia de la misma.

«Sólo en la medida en que se acredite que la opinión de alguno o de algunos de los integrantes del Tribunal haya podido verse condicionada por hechos o circunstancias externas a la propia deliberación, o que la citada "filtración" iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad, reconocida por el art. 24.2 CE, podría haberse visto afectada en su vertiente subjetiva». Todo ello pese a que «como principio general, la exigencia superior de la justicia y la naturaleza de la función judicial obligue a las autoridades judiciales llamadas a juzgar a observar la mayor discreción, con el fin de garantizar su imagen de jueces imparciales (STEDH, de 16 de septiembre de 1999 [TEDH 1999, 35], caso Buscemi), en el presente caso, el tenor de la información aparecida en los medios de comunicación (tendente a informar sobre cuál había sido el contenido de parte de las deliberaciones y del sentido del fallo antes de que el mismo fuese notificado a las partes), no implica, ni que el fallo se hubiese visto modificado a partir de tal información, ni que se haya producido un "juicio paralelo" capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora, puesto que ya había concluido el juicio oral, se había desarro-



llado toda la prueba e, incluso, había finalizado la deliberación sobre el contenido del fallo condenatorio» (STC 64/2001, 17 marzo [RTC 2001, 64], F. 14º).

g) *Colaboración del acusado con el mismo tribunal en otras causas*

No se deduce infracción de la imparcialidad judicial el hecho de que el acusado haya podido colaborar con el juzgado correspondiente en otra causas como miembro de cuerpos policiales. «Según los tribunales internos, el señor P. no parecía estar bajo las órdenes del juez instructor ni que tuviera con él relaciones de amistad o enemistad. El Tribunal afirma que pensar otra cosa, como señala el Tribunal Supremo, impediría a los juzgados centrales de instrucción, debido a su competencia, diligenciar investigaciones o instrucciones cuando miembros de la policía o de la Guardia Civil figuren como imputados. En opinión del Tribunal, dicha relación profesional en abstracto no implica por sí misma que el juez en causa haya resultado encargado de la instrucción de un asunto relativo a hechos diferentes. El demandante no trató de demostrar que esta relación de subordinación que invoca existiera en el marco de las operaciones de "entrega vigilada" objeto del presente asunto. Es igualmente importante señalar que esta parcialidad alegada por el demandante se refiere sólo al juez responsable de la instrucción, y que no enjuicia para nada a los jueces que compusieron el tribunal de fondo que concluyó con su condena» (PTEJH 5 marzo 2002 [JUR 2002, 273333], ap. 2º).

h) *Resolución por jurz al que previamente se le anula sentencia en el mismo asunto por defectos de forma*

Parte el TC de que en principio no se contempla como causa de abstención y recusación, así como del tenor del art. 796.2 LECrim, concluye la STC 157/1993 desestimando la cuestión de inconstitucionalidad del art. 219.10 LOPJ por no contemplar entre las causas de abstención y recusación la hipótesis de anulación previa de la decisión por cuestiones de forma (STC 157/1993, 6 mayo [RTC 1993, 157], F. 3º).

Argumenta para ello la misma STC 157/1993 que «cuando se ha dado lugar, sin embargo, a la nulidad de actuaciones "por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento" (art. 796.2 LECrim) el justiciable -condenado ya en la instancia- tiene derecho, estrictamente, a la reparación de los vicios advertidos, mediante la retroacción de lo actuado, y a que el juzgador aprecie y pondere la incidencia y repercusión de las nuevas actuaciones sobre la resolución de la causa. Se dará o no tal incidencia y se impondrá o no, por tanto, la rectificación de la anterior sentencia, pero el derecho del acusado queda preservado, en cualquier caso, mediante la reparación de las actuaciones viciadas y la consideración de las mismas por el juez a efectos de apreciar si su primer pronunciamiento, luego anulado, debe ser mantenido o alterado. b) Claro está que el juzgador cuya sentencia de condena fue anulada por vicios de procedimiento se formó y expuso ya una convicción sobre el fondo de la causa y en concreto, sobre la culpabilidad del acusado, pero se equivoca el juez a quo al pretender que tal convicción representó

un impedimento insalvable frente a la imparcialidad constitucionalmente exigida al juzgador, y resulta a efectos de abstención y de recusación, parangonable a la que pudo formarse el instructor de una causa o a la que queda fijada en toda sentencia dictada, sin perjuicio de su recurribilidad, al término de un procedimiento irreprochable. La convicción expuesta en la sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado. Tal es el remedio, tradicional y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/1991 [RTC 1991, 245], fundamento jurídico 6º) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado. Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación. c) Lo anterior sólo podría ser puesto en cuestión, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, si la reparación de los vicios de procedimiento por el propio juez que ya sentenció pudiera engendrar en el justiciable -y en la comunidad, en general- un recelo de parcialidad o, por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución de fondo, pues si así fuera, es claro que padecería la confianza en los Tribunales, a cuyo servicio está la garantía que aquí consideramos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso De Cubber, Sentencia de 26 de octubre de 1984). El legislador -que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación- no lo ha estimado así y, a la luz de lo expuesto, no cabe considerar contrario a la Constitución este criterio. En supuestos de retroacción por nulidad no se le exige al juzgador -vale reiterar- que altere, sin más, sus convicciones ya expuestas, sino que las reconsidere a la luz de lo nuevamente actuado y reside precisamente aquí, en el contraste entre la nueva resolución a dictar y las actuaciones reemprendidas, una medida objetiva para apreciar, y para controlar, en su caso, si el órgano judicial llevó efectivamente a cabo, como el ordenamiento le impone, aquella reconsideración. La objetividad de este criterio garantiza así el deber judicial de fallar según lo actuado y preserva, con ello, la confianza en la justicia» (STC 157/1993, 6 mayo, F. 3º).

... Y en sentido contrario, tampoco se produce la vulneración si conoce de la apelación la misma Sección que conoció el recurso previo contra la sentencia inicial absolutoria que dio lugar a un nuevo juicio en la que se repitió y finalizó con condena luego confirmada por la misma. La STC 14/2001 estima que «esta alegación... parte de una interpretación excesiva del principio de imparcialidad objetiva. En efecto, lo que realmente se alega es que, al igual que este Tribunal ha afirmado que el instructor de una causa no puede dictar su Sentencia, en el presente caso la Sala que resolvió el primer recurso de apelación no puede hacer lo mismo con el segundo. Pero es evidente que la doctrina dictada para el primer caso no es

trasladable al presente. Como se estableció en la STC 145/1988, de 12 de julio (RTC 1988, 145), F. 5, la falta de imparcialidad que justifica esta doctrina se encuentra en la naturaleza especial de los actos de instrucción que se "llevan a cabo en contacto directo con el acusado", y "al margen de un proceso público" y "del procedimiento predominantemente oral". Esto es, en que haya existido una relación directa entre el instructor y el objeto del proceso susceptible de crearle un prejuicio a favor o en contra del acusado que pueda influir en su decisión posterior (SSTC 166/1989, de 8 de junio [RTC 1989, 106], F. 4; 113/1992, de 14 de septiembre [RTC 1992, 113], F. 5; 136/1992, de 13 de octubre [RTC 1992, 136], F. 2; 157/1993, de 6 de mayo [RTC 1993, 157], F. 2; 32/1994, de 31 de enero [RTC 1994, 32], F. 2; 138/1994, de 9 de mayo [RTC 1994, 138], F. 8, y 299/1994, de 14 de noviembre [RTC 1994, 299], F. 3, entre otras). Pues bien, a la luz de dicha doctrina no cabe estimar que la actuación de la Sala sentenciadora del primer recurso de apelación pueda equipararse a la del juez instructor, pues, como en la segunda Sentencia de la Audiencia Provincial se afirma, no se llevó a cabo ni siquiera una actuación valorativa de la prueba, sino que con base en consideraciones jurídicas procesales y sustantivas se llegó a declarar la nulidad de la primera Sentencia y a acordar la celebración de un nuevo juicio oral con práctica de todas las pruebas propuestas y admitidas, ante otro Magistrado de lo Penal, para que éste resolviera con libertad de criterio» (STC 14/2001, 29 enero [RTC 2001, 14], F. 12°).

*i) Juez decisor que acuerda diligencia probatoria en el acto del juicio oral*

«No se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral -por tanto, con plena garantía de contradicción- con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aun indiciaria, de que la juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta o signifique una toma de partido por la acusación o por la defensa» (STC 188/2000, 10 julio [RTC 2000, 188], F. 3°).

«Hemos afirmado lo siguiente: "Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse por sí lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de compro-

bar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE) y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de vulneración indebida de la facultad probatoria *ex officio* prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias insitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto" (STC 188/2000, 10 julio, F. 2; en el mismo sentido STC 190/2002, 5 junio [RTC 2002, 190], F. 3)» (STC 229/2003, 18 diciembre [RTC 2003, 229], F. 14°).

*f) Condena al acusado por el mismo juez en otra causa anterior por delito distinto y amboro indicando que el juez no actuó conforme a la Constitución*

El TC decreta la inadmisión del recurso porque considera que no es causa de recusación el hecho de haber condenado con anterioridad en proceso a quien recurrió en amparo acusando al tribunal de actuar inconstitucionalmente. Argumenta para ello que «el hecho indicado de recurrir en amparo una sentencia anterior no supone denuncia o acusación por delito o falta, ni por sí solo engendra enemistad manifiesta, ni determina un interés personal en la resolución, máxime cuando dicho recurso fue inadmitido por este Tribunal en trámite previo, y no afectó a la decisión que habían tomado los Magistrados» (ATC 111/1982, 10 marzo [RTC 1982, 111 AUTO], F. 5°).

*g) Falta de notificación del cambio de magistrado*

El incumplimiento de lo previsto en el art. 203.2 LOPJ constituye una irregularidad procesal pero no vulneración de derechos fundamentales. Según expresa con claridad la STC 238/1998 denegatoria del amparo, para que se produzca tal vulneración no basta con la falta de notificación del cambio de magistrado, con la dificultad en abstracto que implica para recusar, sino que ha de alegarse una causa material de recusación. Afirma que «la mera omisión de notificar a las partes los cambios en la composición de los Tribunales, y el consecuente desconocimiento por las partes acerca de la composición exacta del órgano judicial, no justifica el amparo constitucional. Es preciso que la irregularidad procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recurrir en garantía de la imparcialidad del juez. Privación que sólo puede ser apreciada por este Tribunal si el demandante de amparo manifiesta que alguno de los Magistrados del Tribunal que juzgó su causa o litigio incurrió en una concreta causa legal de recusación, que no resulte *prima facie* descartable, y que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial (en el último sentido, SSTC 282/1993 [RTC 1993, 282], fundamento jurídico 2.º; 157/1994 [RTC 1994, 157], fundamento jurídico 2.º, y 64/1997, fundamento jurídico 3.º)» (STC 238/1998, 15 diciembre [RTC 1998, 238], F. 8°).

l') *Sustitución de un magistrado por indisposición de un magistrado*

La sustitución de un magistrado por indisposición de un magistrado tras iniciado el juicio oral no se constituye como causa de recusación, sino a lo sumo de suspensión (art. 746.4 LECrim). «El actor debió solicitar dicha suspensión hasta el cese de la indisposición o bien pedir la anulación del juicio y el comienzo de otro con la nueva composición, si la duración de la indisposición durara demasiado y, si el Tribunal no accedía a su petición, hacer constar su protesta a los efectos del recurso de casación y ante el Tribunal Supremo denunciar la posible nulidad y la presunta violación constitucional» (STC 206/1994, 11 julio [RTC 1994, 206], F. 5ª).

m') *Formulación de querrela frente a los magistrados*

Es necesario que la querrela formulada frente a los magistrados sea admitida (STC 205/1998, 26 octubre [RTC 1998, 205], F. 3ª).

n') *Solicitud de antecedentes penales e informes, y actividades de impulso de procedimiento*

«El órgano judicial —aparte de realizar algunas actividades procesales, que en modo alguno pueden considerarse propiamente como instructoras, como fueron la reclamación de antecedentes penales o la emisión de informes de conducta— se limitó a señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas, aunque el acto del juicio hubo de aplazarse a petición del Letrado de Recurrente. En el juicio se realizó efectivamente la práctica de pruebas propuestas por la parte. Todo ello permite entender que el Magistrado Juez de Instrucción núm. 4 de Murcia no llevó a cabo actividad procesal que pudiera considerarse como de instrucción, sino que, como sostiene el Ministerio Fiscal «únicamente la practicado la ordenación formal del proceso, sin que realizara diligencia alguna que suponga averiguación, calificación o juicio sobre los hechos. No se puede admitir que el empleo de expresiones formularias y rituales tenga la consideración de actividades instructoras como pretende el actor» (STC 164/1988, 26 septiembre [RTC 1988, 164], F. 2ª).

C) *ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DEL JUICIO DE FALTAS*

Desde luego que en el ámbito del juicio de faltas es de plena aplicación el derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante, el TC ha subrayado la necesidad de distinguirlo de los procesos penales por delito, por su carácter menos formalista y «por versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos» (STC 56/1994, 24 febrero [RTC 1994, 56], F. 4ª). En principio, en el juicio de faltas no existe una fase de instrucción o sumario, ni una fase intermedia, por lo que «una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas» (STC 54/1987, 13 mayo [RTC 1987, 54], F. 1ª). Por ello que «cuando se trata de examinar si se ha producido una vulneración del derecho al juez imparcial

en el ámbito del juicio de faltas, no puede olvidarse en este aspecto la especial configuración legal de este proceso, caracterizada por la informalidad y por la concentración de sus trámites, así como, en muchos casos, por la indeterminación del sujeto pasivo del proceso hasta el momento mismo del juicio oral y, en definitiva, por la menor intensidad de los actos de investigación previos al juicio que de esas notas se deriva». Por ello, como precisa esta última resolución, las referidas características del juicio de faltas determinan que «en muchos casos, los actos de investigación realizados por el Juez de Instrucción tengan por exclusiva finalidad la preparación del juicio oral, sin compromiso alguno de su imparcialidad objetiva, en la medida en que en algunos casos no están dirigidos frente a persona determinada alguna, y, con carácter general, no revisten la intensidad que caracteriza a los actos propiamente instructorios que puede el juez realizar en el proceso por delito, tales como decidir sobre la situación personal del encausado o el interrogatorio del detenido en el proceso por delito previsto en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (ATC 137/1996, 28 mayo [RTC 1996, 137 AUTO], FF. 4ª y 5ª).

«En el juicio de faltas no nos encontramos ante una instrucción sumarial, sino fundamentalmente ante un supuesto en el que el juzgador practica diligencias de esclarecimiento de los hechos y en el caso examinado resulta que el competente juez no es el inicial de instrucción que inicia las actuaciones, sino el posterior Juez de Distrito que ha de conocer de las actuaciones remitidas por el superior, tras la inhibición de éste, como consecuencia del dictamen emitido por el Ministerio Fiscal y de la resolución acordada por la Audiencia Provincial al conocer de las actuaciones. En consecuencia, el Juez de Distrito era el competente para adoptar las medidas necesarias de esclarecimiento y no concurre la causa de recusación, que es inaplicable en el supuesto de juicio de faltas» (ATC 799/1985, 13 noviembre [RTC 1985, 799 AUTO], F. 3ª).

4. *Aspectos procedimentales*

El TC se ha pronunciado reiteradamente con ocasión de aspectos procedimentales relativos a la abstención y, sobre todo, recusación.

4.1 *MOTIVACIÓN*

El deber de motivación de las resoluciones judiciales así como la carga de argumentación y fundamentación de las peticiones formuladas por la parte en relación con la recusación que formule han sido objeto de atención por el TC. Así, el ATC 414/1997, 15 diciembre [RTC 1997, 414 AUTO], F. 3ª, que inadmite el amparo estima que la desestimación de la recusación no implica per se vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre que se encuentre debidamente motivada conforme el art. 11.2 LOPJ. Y lo está cuando la recusación se formula extemporáneamente por haber sido conocida con anterioridad y se plantea hasta poco momentos antes del inicio del juicio oral, de modo que cabe entender que se produce con manifiesto abuso de derecho o fraude de ley. Máxime si ninguno de los hechos guardaban relación con la causa legal de recusación alegada. Y del mismo modo, ha de entenderse motivada cuando se desestima con base en el

mismo art. 11.2 LOP], cuando los componentes del Tribunal no estaban incurso en ninguna de las causas de recusación aducidas, habiendo obtenido una respuesta razonada y motivada sobre su pretensión puesto que no existe derecho a una resolución favorable (STC 205/1998, 26 octubre [RTC 1998, 205], F. 3º).

«Como hemos dicho desde muy temprano (STC 45/1984 [RTC 1984, 45], fundamento jurídico 3º): "cuando se acusa una violación constitucional es carga de los recurrentes no sólo la de abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse, sino la de proporcionar la fundamentación que razonablemente es de esperar", no correspondiendo a este Tribunal reconstruir de oficio las demandas (ATC 256/1991 [RTC 1991, 256 AUTO]), cuando el demandante haya desconocido la carga de argumentación que sobre él recae (STC 7/1998 [RTC 1998, 7], fundamento jurídico 3º), siendo especialmente destacable en este caso la pobreza argumental del planteamiento del demandante, al que en todo caso debemos ceñirnos [...], ni se produce indefensión por el hecho de que en el incidente se desestime la recusación y se imponga la multa legalmente prevista para el caso, cuando ello se hace mediante una resolución fundada en Derecho, tanto respecto del hecho de la inexistencia de la alegada causa de recusación, como de la concurrencia de la mala fe; ni se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías, pues no existe ninguna omitida en el incidente y en la resolución que lo decide, en relación con la regulación legal del mismo [...] el deficiente planteamiento alegatorio del demandante no indica de qué oportunidades de defensa se viera privado en el incidente de recusación, al qué trámite preciso para tal fin pudiera haberse omitido. Por el contrario, el demandante se manifestó dentro del trámite legalmente previsto sin ninguna restricción, y obtuvo una respuesta de fondo a sus argumentos, fundada en derecho, que es lo que corresponde al contenido del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, según nuestra doctrina, pues si el Letrado podía o no ser considerado como parte recusante en el incidente, y el alcance del término recusante del art. 227.1, *in fine*, de la LOP, son cuestiones de mera interpretación de la legalidad ordinaria, en las que no debemos entrar» (STC 52/1999, 12 abril [RTC 1999, 52], F. 5º).

Por su parte, el ATC 117/1997 igualmente decreta la inadmisión por entender que la causa de recusación, en el supuesto concreto la enemistad manifiesta, ha de ser acreditada. Es necesario exponer las causas y razones de la supuesta enemistad, así como venir acompañada de algún apoyo probatorio, pues de lo contrario la afirmación puede ser calificada como de temeraria (ATC 117/1997, 23 abril [RTC 1997, 117 AUTO], F. único).

**B) MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA FORMULAR LA RECUSACIÓN Y SUBSIDIARIEDAD DEL AMPARO CONSTITUCIONAL**

La jurisprudencia del TC se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el momento procesal oportuno para formular la recusación, así como si en la tramitación de la misma ha sido agotada la vía judicial previa al amparo. «Es doctrina reiterada de este Tribunal que la invocación del derecho al juez imparcial ha de efectuarse promoviendo el incidente de recusación, que 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" (STC 137/1994, 9 mayo [RTC 1994, 137], F. 2º; ATC 121/2002, 15 julio, "La exigencia de

recusación previa para poder considerar agotados los recursos utilizables en la vía judicial previa no constituye una extensión analógica *in malam partem* del art. 44.1 a) LOTC, ni cabe ver en ella la imposición de un puro formalismo en perjuicio del derecho fundamental invocado, sino que, de la misma manera que el requisito contenido en el art. 44.1 c) LOTC, responde plenamente a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo. Por otra parte, de admitirse la pretensión del recurrente en el sentido de que la falta de interposición del incidente de recusación no debe impedir la estimación del presente motivo, se favorecería un indebido uso alternativo por las partes del derecho a la recusación, al no derivarse consecuencia alguna para ellas de la consciente falta de interposición del correspondiente incidente por motivo de una expectativa razonable de obtener un fallo absoluto, sin que la falta de abstención suponga excusa o justificación alguna para no recusar» (STC 384/1993, 21 diciembre [RTC 1993, 384], F. 2º).

Reiteradamente hemos señalado que el requisito de agotamiento de los recursos utilizables responde al carácter subsidiario del recurso de amparo, pues la tutela general de los derechos y libertades corresponde a los Tribunales de Justicia «art. 41.1 LOTC», lo que hace exigible, en todo caso, que a los órganos judiciales se les haya dado la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional vulnerado (SSIC 118/1986 [RTC 1986, 118], 75/1988 [RTC 1988, 75], 156/1988 [RTC 1988, 156], o 287/1993 [RTC 1993, 287]). Por ello, no hemos considerado agotados los recursos utilizables cuando la interposición adolece de irregularidades procesales que llevan a su inadmisión, ni tampoco cuando, una vez interpuestos, la inactividad de la parte provoca su desestimación (AATC 114/1983 [RTC 1983, 114 AUTO], 411/1984 [RTC 1984, 411 AUTO], o 621/1984 [RTC 1984, 621 AUTO]), pues, como hemos recordado en la STC 11/1998, a efectos del art. 44.1 a) LOTC, la frustración procesal de un recurso por causa imputable a la parte equivale a su no utilización (en el mismo sentido, SSTC 12/1982 [RTC 1982, 12], 112/1983 [RTC 1983, 112] y 129/1992 [RTC 1992, 129], así como AATC 85/1983 [RTC 1983, 85 AUTO], y 466/1985 [RTC 1985, 466 AUTO]). Es decir, no basta con interponer el recurso útil, sino que es exigible hacer un uso efectivo del mismo, plantearlo correctamente en tiempo y forma, de manera que se hayan agotado las posibilidades de defensa que el ordenamiento ofrece para que los órganos del Poder Judicial puedan poner remedio a la vulneración de los derechos fundamentales que se dice sufrida (STC 199/1991 [RTC 1991, 199]). La recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial, y por ello, cuando la misma es posible por conocerse la causa con carácter previo al enjuiciamiento, es exigible plantearla para entender agotados los recursos judiciales e invocada la nueva lesión antes de demandar el amparo (SSTC 138/1991 [RTC 1991, 138], 238/1991 [RTC 1991, 238], 230/1992 [RTC 1992, 230], 119/1993 [RTC 1993, 119], 282/1993 [RTC 1993, 282], 384/1993 [RTC 1993, 384], 142/1997 [RTC 1997, 142] e, implícitamente, STC 205/1997 [RTC 1997, 205])» (STC 162/1999, 27 septiembre [RTC 1999, 162], F. 2º).

«Este Tribunal ha venido considerando de manera constante que la recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es normalmente un remedio procesal idóneo para evitar la consumación de la lesión del derecho fundamental a un juez imparcial (art. 24.2 CE). Consecuentemente, cuando es posible formularla por conocerse la composición del órgano judicial y la concurrencia de la eventual causa de recusación con carácter previo al enjuiciamiento, es exigible plantearla para

entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión antes de demandar el amparo constitucional (por todas, STC 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162], F. 2 y las numerosas resoluciones allí citadas). Siempre en línea de principio, ello no implica transformar el incidente de recusación en un requisito procesal insoslayable para la interposición del recurso de amparo, dotándolo de una relevancia constitucional de la que de suyo carece. Antes al contrario, lo que importa desde la perspectiva de la naturaleza subsidiaria del amparo, que se refleja en el art. 44.1 a) en relación con el art. 44.1 c) LOTC, es que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho fundamental que se dice vulnerado (de entre las más recientes, SSTC 93/2002, de 22 de abril [RTC 2002, 93], F. 3 y 136/2002, de 3 de junio [RTC 2002, 136], F. 2; en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en lo que ahora específicamente interesa, STEDH de 26 de octubre de 1998 [TEDH 1998, 51], caso Castillo Algar contra España, § 85) - (STC 231/2002, 9 diciembre [RTC 2002, 231], F. 3<sup>a</sup>).

«La finalidad de la exigencia del agotamiento de las vías de recursos internos es facilitar a los Estados contratantes la ocasión de prevenir o corregir las violaciones alegadas contra ellos antes de que estas alegaciones sean sometidas a los órganos del Convenio. Esto significa que la queja por la que se ha apelado a la Comisión debe primero ser planteada, al menos en sustancia y en las formas y plazos establecidos por el derecho interno, ante las jurisdicciones nacionales apropiadas (ver, entre muchas otras, la Sentencia Gasus Dosier-und Fordertechnik GmbH contra Países Bajos de 25 febrero 1995, serie A núm. 306-B, pg. 45, ap. 48)» (STEDH 26 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], op. 33).

«El requisito de la previa invocación de los derechos fundamentales vulnerados responde a la necesidad de salvaguardar el carácter subsidiario del procedimiento de amparo, de manera que la pronta y formal invocación en el proceso ordinario del derecho fundamental que se estima vulnerado hace posible su inmediata e idónea reparación por el órgano judicial a quien se reprocha la infracción; evita la reprobación constitucional de una actuación judicial sobre cuya irregularidad no había sido advertido su agente; estratifica racionalmente la jurisdicción de amparo y, con ello, posibilita la plena subsidiariedad y la propia funcionalidad de la jurisdicción constitucional» (SSTC 168/1995, de 20 de noviembre [RTC 1995, 168], F. único; 146/1998, de 30 de junio [RTC 1998, 146], F. 3; en sentido similar 82/1999, de 8 de marzo [RTC 1999, 82], F. 4)» (STC 69/2002, 17 marzo [RTC 2002, 69], F. 2<sup>a</sup>).

El momento procesal oportuno para formular recusación es el primero en que se tiene la oportunidad para recusar tal y como previene el art. 223.1 LOPJ, esto es, en cuanto se tiene conocimiento de la persona del juez, de su sustitución o del órgano correspondiente (STC 69/2001, 17 marzo, F. 2<sup>a</sup>). A tal efecto, los Tribunales han de poner en conocimiento de las partes la composición de la Sección o Sala que va a juzgar, lo que permite hacer posible el ejercicio del derecho a recusar en tiempo y forma (STC 384/1993, 21 diciembre, F. 2<sup>a</sup>).

No se exigirá recusación previa tanto cuando no se informa de la composición del órgano, como sobre todo si se provoca una desorientación, haciendo saber un nombre equivocado. Además, aunque por otro canal hubiera tenido conocimiento, no se tuvo oportunidad si la apelación se resuelve sin vista (STC 142/1997, 15

septiembre [RTC 1997, 142], F. 1<sup>a</sup>). Por otra parte, el ATC 117/1997 señala que a pesar de la falta de notificación de quién iba a ser el ponente, en la notificación del día para la votación y fallo, ya aparecía como componente del Tribunal el Magistrado que, según se afirma, concurre causa de recusación. Por ello que, al conocer la composición, pudo recusar, sin que lo hubiera hecho en su momento (ATC 117/1997, 23 abril [RTC 1997, 117 AUTO], F. único).

No cabe apreciar la vulneración del derecho a un juez imparcial cuando -tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar (pues tuvo oportuno conocimiento de la composición de la Sala que celebró el juicio oral) y no recusó al Magistrado Ponente, al que, una vez recaída Sentencia desfavorable a sus pretensiones, acusa de falta de imparcialidad objetiva en el recurso de casación por haber formado parte de la Sala que confirmó el Auto de procesamiento, falta de diligencia en el ejercicio de la facultad de recusar que priva de contenido a la extemporánea queja del recurrente, pues el ejercicio diligente de la recusación es presupuesto procesal para el posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al juez imparcial (por todas, STC 210/2001, de 29 de octubre, FF. 3 y 4)» (ATC 276/2002, 19 diciembre, F. 5<sup>a</sup>).

«La recusación, pese a lo alegado por el recurrente, pudo intentarse por él en diversos momentos, según se desprende con claridad en las actuaciones: Frente al Auto en que la Audiencia declaró la apertura del juicio oral, el 27 de diciembre de 1984, en cuyo encabezamiento aparecen los nombres de los dos Magistrados controvertidos, y que fue comunicado al Procurador del acusado el día siguiente; al dársele traslado de las actuaciones para el trámite de instrucción y calificación previsto en el art. 797 de la LECrim, cuando se le notificó el Auto de 8 de julio de 1985, en el que la Sección admitió unas pruebas y rechazó otras, resolución en cuyo margen de nuevo figuran los Magistrados que dictaron el Auto de procesamiento. Y no era un obstáculo para haber propuesto diligentemente la recusación lo establecido en el art. 56 de la LECrim que dice que la recusación podrá proponerse en cualquier estado de la causa, pero nunca después de comenzado el juicio oral, porque allí mismo se añade "a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad" [...]. Tampoco puede argumentarse que hasta que se pronunció el fallo no hubo lesión alguna de derechos fundamentales y carecía de sentido proponer la recusación, pues por el contrario, y como denuncia el querellante, si los Magistrados afectados debían abstenerse o ser recusados, la cuestión pudo y debió plantearse desde que se inició el juicio [...] las exigencias del principio de subsidiariedad que rige el amparo obligan a los recurrentes a conceder ocasión a los Tribunales ordinarios para reparar las supuestas lesiones de derechos fundamentales que luego intentan hacerse valer en sede constitucional» (STC 138/1991, 20 junio [RTC 1991, 138], F. 2<sup>a</sup>).

«La recusación efectuada in voce -ratificada al día siguiente telegráficamente- durante las sesiones del juicio oral, y tras hacerse pública la STC 145/1988 (RTC 1988, 145), era tardía y no realizada en forma, por lo que el órgano judicial la rechazó. Al no haberse producido la recusación en cuanto se conoció la composición del Tribunal (art. 56 LECrim) el actor dejó pasar la oportunidad legal de recusación, puesto que una vez iniciada la vista, salvo causas sobrevinidas, no puede procederse a recusación alguna, sin que pueda entenderse por tal la STC 145/1988, pues no crea ninguna nueva causa de recusación. La falta de imparcialidad objetiva estaba ya latente si en realidad se practicaron por los Magistrados de la Sección actos instructorios. Una vez conocida la composición del Tribunal que le iba a juzgar, en ese momento debía haber procedido a la recusación, al no haberlo hecho así, ni se ha invocado oportunamente el derecho constitucional ni se ha intentado en la vía judicial ordinaria el remedio a esa lesión, incurriendo por ello este motivo de amparo en



las causas de inadmisión previstas en el art. 50.1. a) en relación con el art. 44.1. a) y c) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (ATC 419/1990, 28 noviembre [RTC 1990, 419 AUTO], F. 1º).

Con todo, para la recusación no se requiere formalidad específica, basta con que se expongan las razones por las que se dudaba de la imparcialidad del órgano judicial, en cuanto formaba parte de él el Magistrado que había dictado el auto por el que se ordenaba seguir la tramitación de las diligencias previas (STC 231/2002, 9 diciembre, F. 3º). Y por otra parte, agotar la vía previa no será necesario cuando el objeto del amparo no sea tanto la propia decisión de la recusación como la sanción impuesta al letrado que la intentó de forma considerada infundada y con mala fe (STC 52/1999, 12 abril [RTC 1999, 52], F. 3º).

Puesto que se había solicitado en los recursos correspondientes, «a pesar del hecho de que el demandante o su abogado no hayan solicitado la recusación de los dos jueces con anterioridad a la apertura del proceso, los Tribunales del Estado demandado no carecieron de ocasiones para corregir la violación alegada del artículo 6.1 (ver, *mutatis mutandis*, Sentencias Casus Dinsienlund Po rderstechnik GmbH anteriormente citada, pg. 45, ap. 4º, y Botten contra Noruega de 19 febrero 1996, *Reptorio de sentencias y resoluciones* 1996-1, pg. 140, ap. 36)» (STEDH 28 octubre 1998, ep. 3º). No obstante la informalidad tiene ciertos límites. Suscitando un magistrado y observando actitudes de hostilidad hacia testigos y por «portar insignias franquistas en casaca y gemelos», no se precisa como se manifestó dicha hostilidad, y suponiendo que sea real, semejante comportamiento habría debido provocar, al menos, una protesta, cosa que no hicieron (STEDH 6 diciembre 1988 [TEDH 1988, 1]). Asimismo, la recusación ha de ser formulada en tiempo y forma, si se interpone extemporáneamente, no se entendería agotada la vía previa (STC 162/1999, 27 septiembre [RTC 1999, 162], F. 2º).

En el ámbito del juicio de faltas, la recusación ha de ser solicitada dentro de la comparecencia, como exige el art. 72 LECrim, que marca preclusivamente tal momento, sin que pueda remediarse en el trámite de apelación, solicitando la nulidad de lo actuado (ATC 261/1984, 2 mayo [RTC 1984, 261 AUTO], F. 2º).

A efectos de conocer si ha sido agotada la vía judicial previa al amparo constitucional, la jurisprudencia del TC igualmente estima que la resolución judicial que pone fin al incidente de recusación, pese a su importancia y ser una resolución irrecurrible conforme el art. 238 LOPJ, no supone su agotamiento, siendo preciso que finalice la vía judicial para asegurar que no se planteen cuestiones que no sean posibles ser remediadas ante los tribunales ordinarios (AATC 173/1995, 6 junio [RTC 1995, 173 AUTO], F. 5º, 205/1998, 26 octubre [RTC 1998, 205 AUTO], F. 2º).

«Respecto al tema de la recusación objeto de este recurso de amparo, este Tribunal ha declarado que la resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa, pues el propio artículo 238 LOPJ, hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven una recusación «pueda hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo», dado que «en estos recursos puede la parte aducir cuantas infracciones considere cometidas al resolver el incidente y, por lo tanto, también y muy señaladamente, la que, en su opinión, haya ocasionado la infracción de los dere-

chos fundamentales que nuestra Constitución garantiza» (ATC 929/1988, en el mismo sentido AATC 168/1995 y 173/1995). Y cuando está pendiente todavía la celebración del juicio oral, en el que puede ponerse de manifiesto la recusación, no se agota la vía previa (STC 196/1995, 19 diciembre [RTC 1995, 196], F. 2º).

Y es así porque incluso cabe reiterar los motivos de recusación a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo. «Ya en el ATC 929/1988 (RTC 1988, 929 AUTO) se indicó que el propio art. 238 LOPJ hace posible que la disconformidad de las partes frente a las resoluciones que resuelven una recusación «pueda hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo», dado que «en estos recursos puede la parte aducir cuantas infracciones considere cometidas al resolver el incidente y, por tanto, también, y muy señaladamente, la que, en su opinión, haya ocasionado la infracción de los derechos fundamentales que nuestra Constitución garantiza». Doctrina que hemos aplicado en la Providencia de 14 de octubre de 1991, dictada en el Recurso de Amparo núm. 1413/1991 y en la de 12 de febrero de 1992, dictada en el Recurso de Amparo núm. 2510/1991. Y entre las más recientes, en la Providencia de 11 de abril de 1994, dictada en el Recurso 179/1994; en la de 26 de septiembre de 1994, dictada en el Recurso de Amparo 1338/1994; en la de 30 de enero de 1995, dictada en el Recurso de Amparo 3938/1994-A y, por último, en la de 22 de mayo de 1995, dictada en el Recurso de Amparo 335/1995» (ATC 168/1995, 5 junio [RTC 1995, 168 AUTO], F. 5º).

«En principio, sólo cuando éste (el proceso) haya finalizado, por haber recaído una resolución definitiva, puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este Tribunal en demanda de amparo [...]. El cumplimiento del recurso era sólo aparente, pues «no ha recaído aún una decisión judicial definitiva ya que el proceso aún no ha finalizado, no se ha celebrado la vista oral —que en un proceso penal, y dadas las características del mismo, es el momento central o nuclear— y, consiguientemente, tampoco ha recaído sentencia»» (STC 147/1994, 12 mayo [RTC 1994, 147], FF. 2º y 3º). «La resolución judicial que pone término al incidente de recusación, pese a su finalidad e importancia sobre el desarrollo del proceso penal, no supone el agotamiento de la vía judicial previa» (ATC 173/1995, 6 junio, F. 4º). Y lo mismo ocurre cuando se plantea en el ámbito del incidente relativo a la situación personal del imputado (ATC 336/1995, 11 diciembre [RTC 1995, 336 AUTO], F. 3º).

Por supuesto, para entender que no se ha ejercitado el derecho a recusar ha de valorarse si se contó con la oportunidad de hacerlo, «ya que difícilmente cabe exigir formulación de queja o recurso alguno contra una resolución que se desconoce (STC 230/1992 [RTC 1992, 230], fundamento jurídico 3º); a no ser que tal desconocimiento sea fruto no tanto de dicha omisión como de su propia falta de diligencia (STC 119/1995 [RTC 1995, 119], fundamento jurídico 4º)» (STC 384/1993, 21 diciembre [RTC 1993, 384], F. 2º).

Por último, aunque la vía de agotamiento pueda suponer dilaciones «Es claro que los propios términos del art. 238 LOPJ ya establecen una limitación, dado que la posible nulidad de la recusación se podrá hacer valer contra la resolución que decida el pleito o causa. Pero cabe observar, además, que tanto si se trata del



procedimiento penal abreviado como del ordinario, tal reparación también puede lograrse en la vía judicial en un momento anterior, por el cauce de los distintos recursos contra las resoluciones del Instructor que el ordenamiento ofrece así como en la fase de plenario» (ATC 168/1995, 5 junio, F. 6º).

«Es evidente que dicha doctrina supone aceptar una cierta dilación, lo que es inherente a la propia naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, en los términos ya expresados en los fundamentos jurídicos anteriores. Ahora bien, en lo que se refiere al concreto enmendamiento que e. recurrente en amparo hace del art. 258 LOPJ, conviene insistir en que la oportunidad de hacer valer la recusación, que en su literalidad ofrece dicho precepto «recurso contra la sentencia», es una vía última que debe ser integrada con los otros cauces que el desarrollo natural del proceso ofrece para invocar con anterioridad la causa de recusación». Y en el caso concreto, se encuentra pendiente el recurso de apelación contra el auto de procesamiento, siendo posibles otros recursos antes de la vía» (ATC 173/1995, 6 junio, F. 6º).

C) PRESUPUESTOS DEL INCIDENTE DE RECUSACIÓN Y CONTROL JUDICIAL DE ADMISIÓN

De entrada ha de señalarse que «al constituir «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, de 9 de mayo [RTC 1994, 137], F. 2; 64/1997, de 7 de abril [RTC 1997, 64], F. 3), el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, de modo que 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 [RTC 1992, 230], F. 4; 282/1993, de 27 de septiembre [RTC 1993, 282], F. 2; 64/1997, de 7 de abril [RTC 1997, 64], F. 3). Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea *prima facie* descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio [RTC 1982, 47], F. 3; 234/1994, de 20 de julio [RTC 1994, 234], F. 2; 64/1997, de 7 de abril [RTC 1997, 64], F. 3; 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999, 136], F. 5; 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002, 155], F. 2)» (STC 229/2003, 18 diciembre [RTC 2003, 229], F. 109).

«La inadmisión a *sumo* de la recusación es excepcional, y más aún lo es cuando quien la lleva a cabo es el propio juez recusado, que sólo podrá acordarla legítimamente cuando [...] la improcedencia de la recusación, [...] pueda apreciarse *prima facie* de modo manifiesto, claro y terminante y, además, que la tramitación ordinaria

III. Determinación de los titulares del órgano jurisdiccional y recusación

del incidente pueda causar perjuicios relevantes al proceso principal» (STC 155/2002, 22 julio, F. 2º).

Y todavía más, cuando se trata de un órgano unipersonal. «Al tratarse de un órgano unipersonal, resulta aún más importante preservar la apariencia de imparcialidad y que la propia fundamentación del Auto de inadmisión liminar, tanto por su forma de razonamiento como por su contenido (fundamentar la existencia del fraude procesal analizando el fondo de la tacha de parcialidad alegada), configuraba un escenario en el que las sospechas de parcialidad debieron ser preventivamente conjuradas mediante el apartamiento del recusado y la tramitación del incidente de recusación. A la misma conclusión conducía el particular contexto en el que se desarrollaba la investigación y su repercusión pública, que se revelaba como un momento especialmente adecuado para preservar al máximo la apariencia de imparcialidad y fortalecer así, no sólo la confianza de los acusados, sino también la del resto de los ciudadanos en el sistema judicial, pues como hemos reiterado, recogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Delcourt v. Bélgica, de 17 de enero de 1970 [TEDH 1970, 1], ap. 31; caso De Cubber v. Bélgica, de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984, 16], ap. 26; o caso Hauschildt v. Dinamarca, de 24 de mayo de 1989 [TEDH 1989, 81], ap. 48), «a este respecto incluso las apariencias pueden ser importantes», pues «lo que está en juego es la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos»» (STC 155/2002, 22 julio [RTC 2002, 155], F. 2º).

La STC 47/1982, que otorga el amparo y manda que sea admitido a trámite el escrito de recusación, argumenta en relación con los presupuestos del incidente de recusación y su control judicial que «el derecho a formular la recusación comprende, en línea de principio, la necesidad de que la pretensión formulada se sustancie a través del proceso prevenido por la ley con este fin y a que la cuestión así propuesta no sea enjuiciada por los mismos jueces objeto de recusación, sino por aquellos otros a que la ley deflora el examen de la cuestión. Ello no quiere decir, por supuesto, que la propuesta de recusación no pueda rechazarse de plano en el momento preliminar, pero tal decisión tiene un carácter muy excepcional y sólo puede adoptarse cuando la recusación sea propuesta por quien no es parte en el proceso, porque es principio general que sólo las partes legítimas puedan recusar, aunque naturalmente deba comprenderse en tal concepto a aquellos que tengan derecho a ser parte una vez que se personen en el proceso y cuando falta el presupuesto de admisibilidad consistente en la expresión de la causa comprendida en la ley, con relación de los hechos en que la parte funde su afirmación. De esta suerte, si bien el rechazo preliminar de la recusación al amparo del artículo 59 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede producirse por incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirven de fundamento, no puede en cambio llevarse a cabo, en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa, respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente. En tales casos, para que

el justiciable disfrute de las garantías que el artículo 24 de la Constitución le reconoce, debe darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, formarse la pieza separada y sustanciarse la cuestión propuesta» (STC 47/1982, 12 julio [RTC 1982, 47], F. 3º).

A su vez, respecto del momento en que se produce la inadmisión de la recusación, ante una inadmisión por extemporánea de recusación una vez concluida la tramitación de la recusación, a pesar de que el art. 223.1 LOPJ sólo contempla esta posibilidad al comienzo de la misma, la STC 229/2003 señala que «lo cierto es que lo que aquí se cuestiona es una interpretación de la legalidad procesal, llevada a cabo por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les corresponde en exclusiva ex art. 117.3 CE, que no cabe calificar de arbitraria o irrazonable como pretende el recurrente, aunque carezca de previsión legal expresa, sin que, por otra parte, se denuncié efecto material de indefensión alguno derivado de que la inadmisión se realizase, no en un primer momento, sino tras la tramitación del incidente. Debe recordarse al respecto que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en relación con los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos producidos únicamente tienen relevancia constitucional si revisten una incidencia material concreta (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992, 230], F. 4; 6/1998, de 13 de enero [RTC 1998, 6], F. 2; 136/1999, de 20 de julio [RTC 1999, 136], F. 4). Y sigue argumentado la misma STC 229/2003, F. 12, que «si bien la normativa procesal aplicable en cuanto a los plazos en el planteamiento de la recusación no es inequívoca, no corresponde a este Tribunal —desde el control externo al que se limita nuestra competencia— decidir cuál es la interpretación correcta de los preceptos en cuestión, en concreto, si el art. 56 LECrim se refiere al Auto de apertura del juicio oral o al comienzo de las sesiones del mismo, o cómo ha de interpretarse el «tan luego como se tenga conocimiento de la causa» del art. 223.1 LOPJ, sino tan sólo hemos de pronunciarnos respecto a si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial en su aplicación al caso concreto resulta constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 24.1 CE. También hemos de recordar —como hicieramos en la STC 155/2002, de 22 de julio (RTC 2002, 155), F. 3, en relación con la inadmisión por extemporánea de un incidente de recusación—, que «la determinación del *die a quo*, como todo lo relativo al cómputo de los plazos, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en la que no podemos entrar salvo que se fije de manera irrazonable o arbitraria o produzca indefensión (SSTC 1/1989, de 16 de enero [RTC 1989, 1], F. 5; 32/1989, de 13 de febrero [RTC 1989, 32], F. 2; 65/1989, de 7 de abril [RTC 1989, 65], F. 2; 201/1992, de 19 de noviembre [RTC 1992, 201], F. 2; 220/1993, de 30 de junio [RTC 1993, 220], F. 4; 322/1995, de 8 de noviembre [RTC 1995, 322], F. 3; 191/1997, de 19 de noviembre [RTC 1997, 191], F. único; 215/1997, de 27 de noviembre [RTC 1997, 215], F. único; 88/1999, de 20 de mayo [RTC 1999, 88], FF. 3 y 4; 66/2000, de 13 de marzo [RTC 2000, 66], F. 4, y 139/2000, de 16 de mayo [RTC 2000, 139], F. 3, entre otras muchas)». Y en el presente supuesto la interpretación que realiza la Sala Especial de los arts. 56 LECrim y 223.1 LOPJ «aun existiendo otras menos rigurosas, que hubieran permitido un examen sobre el fondo de la cuestión plan-

teado— es sin duda una interpretación posible de la legalidad procesal, que, teniendo en cuenta una serie de datos obrante en autos, expresamente reseñados en la resolución judicial (que el recurrente sugirió la abstención, sin plantear la recusación en su escrito de 16 de noviembre de 1998; que interpuso un recurso de súplica frente al Auto de apertura del juicio oral, dictado el 3 de febrero de 1999, sin ejercitar recusación alguna; y que hasta el 25 de febrero de 1999 no se interpuso la recusación), le permite concluir que el incidente de recusación se planteó fuera del plazo legalmente previsto para ello. Tal conclusión se halla, por tanto, razonada y fundada en Derecho y no puede calificarse de irrazonable o arbitraria, ni generadora en sí misma de indefensión» (STC 229/2003, 18 diciembre [RTC 2003, 229], F. 9º).

Frente a ello, el voto particular de Cachón Villar a la misma STC 229/2003, argumenta que «el control constitucional de la decisión judicial de inadmisión por extemporánea de un incidente de recusación ha de ser especialmente intenso [...] si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso, hablándose de deber de motivación reforzado (SSTC 82/1996, de 18 de abril [RTC 1996, 62], F. 2; 34/1997, de 25 de febrero [RTC 1997, 34], F. 2; 175/1997, de 27 de octubre [RTC 1997, 175], F. 4; 200/1997, de 24 de noviembre [RTC 1997, 200], F. 4; 83/1998 [RTC 1998, 83], F. 3; 116/1998, de 2 de junio [RTC 1998, 116], F. 4; 2/1999, de 25 de enero [RTC 1999, 2], F. 2; 25/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 25], F. 2; 97/2000, de 27 de marzo [RTC 2000, 97], F. 6; 108/2001, de 29 de mayo [RTC 2001, 108], F. 3; 5/2002, de 14 de enero [RTC 2002, 5], F. 2; entre otras muchas). [...] el derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho (STC 299/1994, de 14 de noviembre [RTC 1994, 299], F. 3) [...] no puede exigirse que la recusación se formule antes de que se conozca si va a abrirse o no el juicio oral, pues es entonces cuando el interesado sabe si va a ser o no enjuiciado [...] ante una regulación legal que no es inequívoca y un comportamiento procesal del recurrente del que no se desprende la existencia de pasividad o negligencia, ni una actuación intencionadamente dilatoria o fraudulenta, la desestimación del incidente de recusación por extemporánea se produce a partir de una interpretación de la legalidad procesal (frente a otras igualmente posibles que hubieran permitido el enjuiciamiento de fondo) que no ha tenido en cuenta, en los términos en que le era constitucionalmente exigible, que estaba en juego la preservación del derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento. La constatación de que efectivamente se encontraba en juego el derecho al juez imparcial y de que la desestimación por extemporánea del incidente, al impedir un control de fondo, posibilitaba o facilitaba la eventual vulneración del mismo puede constatararse en el presente caso teniendo en cuenta especialmente dos datos. En primer lugar, que nos encontramos ante una causa de recusación que no se estima *prima facie* inexistente, ilusoria o arbitraria por el órgano judicial (lo que hubiera puesto de relieve una actuación del recurrente contraria al deber de actuar con probidad en el proceso, art. 11.2

LOP]). Es de interés resaltar al respecto que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, SSTEDH 17 de enero de 1970 [TEDH 1970, 1], caso *Décaumont v. Bélgica*, § 31; de 26 de octubre de 1984 [TEDH 1984, 16], caso *De Cubber v. Bélgica*, § 26; de 24 de mayo de 1989 [TEDH 1989, 8], caso *Hauschildt v. Dinamarca*, § 48; 28 de octubre de 1998 [TEDH 1998, 51], caso *Castillo Algor v. España*, § 45; 25 de julio de 2000 [TEDH 2000, 404], caso *Tierce y otros v. San Marino*, § 76) y ha asumido nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162], F. 5; 155/2002, de 22 de julio [RTC 2002, 155], F. 6), en el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias son importantes, pues lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, lo que determina que cualquier juez respecto del que exista una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe ser apartado del asunto, si bien el punto de vista decisivo no es el del acusado, sino que su temor ha de estar objetivamente justificado. En segundo lugar, que con la decisión de inadmisión se impedía, en las circunstancias del caso concreto, cualquier pronunciamiento de fondo por un Tribunal distinto al cuestionado sobre la falta de imparcialidad de la Sala de enjuiciamiento, lo que hace especialmente graves para el derecho fundamental en juego las consecuencias de la declaración de extemporaneidad. En efecto, aunque la cuestión podía y fue planteada de nuevo como cuestión previa antes del comienzo del juicio, con ello sólo se obtuvo una respuesta de los propios recusados acerca de su imparcialidad, y tampoco era posible en este caso hacer valer la disconformidad contra esta resolución a través de los recursos contra las resoluciones de fondo, dado que se juzgaba en única instancia. Por todo ello, y teniendo en cuenta la doctrina expresada en el apartado primero de esta exposición, ha de concluirse que la decisión de la Sala Especial del Tribunal Supremo de desestimar el incidente de recusación por extemporáneo, en relación con la denunciada falta de imparcialidad objetiva de la Sala que había de llevar a cabo el enjuiciamiento, vulnera las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE en relación con el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, como garantía esencial de un proceso justo (art. 24.2 CE) - (STC 229/2003, 18 diciembre [RTC 2003, 229] Vp.).

«Desde la STC 47/1982 hemos venido diciendo que el rechazo preliminar de la recusación puede tener lugar "por incumplimiento de los requisitos formales [...], por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento; no puede, en cambio, llevarse a cabo dicha inadmisión en el momento preliminar, cuando la tarea es ya interpretativa respecto del encaje o de la falta de encaje de los hechos y de la pretensión sobre ella formulada en las normas, porque ello exige la sustanciación del incidente" (fundamento jurídico 5º). Y, por lo que concierne a la invocación de una causa en la que "legítimamente" quepa fundar la recusación —en cuyo caso no cabría el rechazo de plano del incidente recusatorio—, hemos precisado que "dicha causa no ha de resultar descartable, *prima facie*" (SSTC 64/1997 [RTC 1997, 64] y 6/1998), sin perjuicio de que su concreta virtualidad no pueda ser juzgada

en esta sede constitucional (SSTC 230/1992, 282/1993 [RTC 1993, 282], 234/1994 [RTC 1994, 234] y 64/1997). En consecuencia, 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, esto es, manifiestamente infundada (SSTC 234/1994 y 64/1997), ya que este último comportamiento también constituye una evidente infracción del deber de actuar con probidad en el proceso (art. 11.2 LOPJ), sin formular incidentes dilatorios, que resulta de la genérica obligación de colaborar en la recta administración de justicia (art. 118 CE) (por todas, STC 234/1994) - (STC 136/1999, 20 julio [RTC 1999, 136], F. 5º).

Y concluye esta misma resolución en su F. 6º que, razonando que ninguno de los hechos aducidos coinciden ni guardan la menor analogía con la causa de abstención invocada, la falta de cobertura legal de la recusación supone abuso de derecho y notorio fraude procesal, sin que pueda tacharse de irrazonable, de modo que, en definitiva, «la imposibilidad manifiesta de que la recusación hubiera podido prosperar dado su arbitrario fundamento descarta todo efecto de indefensión material concurrente con la infracción procesal alegada» (STC 136/1999, 20 julio, F. 6º). Por el contrario en el Vp. ap. A) II.3 de la misma STC 136/1999, se afirma que «el hecho de que en la apreciación jurisdiccional de la inocuidad de los hechos base de la recusación puedan haberse producido violaciones de la ordenación procesal del incidente de recusación, tanto en cuanto al órgano como en cuanto al procedimiento, carece de trascendencia constitucional. El carácter del incidente, respecto del proceso principal en que se suscita, reclama que no se desorbite el significado obstruccionista de los posibles vicios producidos en él, cuando desde la perspectiva constitucional de análisis y desde "la incidencia material concreta" de la recusación, resulta claro que la específica recusación que ahora analizamos carece de entidad. Visto desde esta perspectiva, y por lo que hace a este concreto caso, la recusación suscitada carece por completo de virtualidad» (STC 136/1999, 20 julio [RTC 1999, 136], Vp. ap. A) II.3 *Juénnez de Parga*).

Por otra parte, la misma resolución matiza que el incidente de recusación solamente lo es en sentido formal, no material. «La decisión de quién es el juez que debe y puede decidir el asunto es sólo incidental de manera formal, en el sentido de que ha de producirse una pieza separada de la causa principal, pero no es un incidente en el sentido sustantivo, como decisión de cuestión diferente a la que es objeto del proceso» (STC 47/1982, 12 julio [RTC 1982, 47], F. 4º). Y además en nuestro Derecho la recusación no es un recurso en su acepción procesal estricta, pero sí es un remedio arbitrado por la Ley para desplazar del conocimiento del proceso a aquellos jueces y Magistrados que posean una especial relación con las partes o con el objeto del proceso y que, por ello, susciten recelo sobre su imparcialidad» (STC 138/1991, 20 junio [RTC 1991, 138], F. 2º).

D) EFECTO SUSPENSIVO DEL ANIARO EN RELACIÓN CON UNA RECUSACIÓN

«Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la suspensión de la ejecución de las resoluciones judiciales entraña siempre perturbación de la función jurisdiccional»

diccional por afectar al derecho a la tutela judicial del litigante que obtuvo un pronunciamiento favorable a sus pretensiones; de suerte que, en atención al interés general que toda ejecución comporta, habrá de acordarse la no suspensión de la ejecución salvo que el demandante acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pudiera tener la ejecución del fallo, privando al amparo de su finalidad y, en tal caso, que la suspensión no produzca las perturbaciones graves a que se refiere el mencionado precepto de la LOTC» (ATC 269/1995, 2 octubre [RTC 1995, 269 AUTO], F. 1º).

«No cabe duda que es necesario decretar la suspensión del Auto recurrido, tal y como solicitan el Ministerio Fiscal y las partes personadas en el proceso. Como hemos afirmado en supuestos análogos, la vulneración del derecho a un juez imparcial, que fluye tanto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías como del derecho al juez legal (STC 106/1989, fundamento jurídico 2.º), de existir tal vulneración, se produciría sin conexión con la resolución material de la causa, consumándose con la simple intervención de un Magistrado no habilitado constitucionalmente para ello (ATC 15 de enero de 1990, R. 2427/1989 [RTC 1990, 21 AUTO], y 22 de julio de 1987, R. 464/1987 [RTC 1987, 946 AUTO]),» (ATC 227/1990, 4 junio [RTC 1990, 227 AUTO], F. 3º).

«Conforme indican tanto el recurrente como el Ministerio Fiscal, el señalamiento y celebración del acto del juicio con la intervención del Magistrado recusado, haría perder al presente recurso de amparo su finalidad, que, no es otra que el reconocimiento de la lesión del derecho fundamental citado por causa de dicha intervención; por lo que procede acordar la referida medida cautelar respecto de la resolución judicial que se impugna a través del presente recurso» (ATC 269/1995, 2 octubre, F. 2º).

E) CONSECUENCIAS DE LA ESTIMACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL JUEZ IMPARCIAL

La consecuencia de la estimación no es otra más que la nulidad de la correspondiente resolución o resoluciones que provocaron la vulneración del derecho a un juez imparcial. Asimismo, la aclaración de la STC 162/1999 recuerda que desde un punto de vista subjetivo, «es doctrina reiterada de este Tribunal que el alcance del fallo estimatorio del recurso de amparo, ex arts. 54 y 55.1 LOTC, además del reconocimiento del derecho o libertad pública vulnerado, se limita a restablecer al recurrente en la integridad de su derecho o libertad, para lo cual, en este caso, ha sido preciso declarar la nulidad de la sentencia que le condenó y de la que ratificó la condena al desestimar el recurso de casación. Tal nulidad es, por tanto, parcial y afecta únicamente al recurrente, como declaramos en un caso similar en el que se apreció también la lesión del derecho al juez imparcial (STC 170/1993 [RTC 1993, 170]), y hemos reiterado en numerosos pronunciamientos anteriores y posteriores en los que, habiendo sido varios los condenados, únicamente el recurrente demandó el amparo de este Tribunal (SSTC 7/1986 [RTC 1986, 7], 19/1993 [RTC 1993, 19], 300/1994 [RTC 1994, 300], 303/1994 [RTC 1994, 303], 310/1994 [RTC 1994, 310], 181/1995 [RTC 1995, 181], 49/1996 [RTC 1996, 49], 131/1997 [RTC 1997, 131], 49/1998 [RTC 1998, 49], 151/1998 [RTC 1998, 151] y 157/1998 [RTC

1998, 157], entre las más recientes)» (ATC 232/1999, 11 octubre [RTC 1999, 232 AUTO], F. 2º).

Del mismo modo, a los efectos del art. 50 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el TEDH, en concepto de indemnización por daño moral, estima que la constatación de violación del artículo 6.1 del Convenio constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente en las circunstancias de la causa (STEDH 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], ap. 56).

«El Tribunal concluye con que, en las circunstancias del litigio la constatación de violación que figura en la presente sentencia constituye por sí misma una indemnización justa en concepto de todo daño moral (ver, entre otras, Sentencia De Haan contra Países Bajos de 26 agosto 1997 [TEDH 1997, 48], Repertorio 1997-IV, ap. 59-60, y Hood contra Reino Unido de 18 febrero 1999 [TEDH 1999, 6], Repertorio 1999-I, ap. 84-86)» (STEDH 25 julio 2002 [TEDH 2002, 51], ap. 61º).

Y ello porque «el Tribunal no podría especular sobre el resultado al que hubiera llegado el proceso si no se hubieran incumplido las exigencias del Convenio (Sentencia Hauschildt, previamente citada, ap. 57). No se ha observado ningún vínculo de causalidad entre la violación constatada y el perjuicio material alegado» (STEDH 25 julio 2002, ap. 59º). Ahora bien, habrá de condenarse al pago de gastos y costas siempre que se encuentren justificadas su realidad como su necesidad (y se refieran al proceso o parte de el tendente a la reparación por la vulneración de la imparcialidad, no del proceso en su conjunto), añadiendo el IVA, procediendo los intereses de demora según el tipo de interés legal aplicable en España (STEDH 28 octubre 1998, F. 61º) o al tipo marginal del Banco Central europeo incrementado en tres puntos (STEDH 25 julio 2002, ap. 69º).

Por último, la misma STEDH 28 octubre 1998, recuerda que «una sentencia que reconoce una violación supone para el Estado demandado la obligación jurídica respecto al Convenio de poner término a la violación y borrar las consecuencias de manera que se restablezca en lo que se pueda la situación anterior a ésta (restitutio in integrum). Sin embargo, cuando esta última sea imposible, los Estados demandados son libres de elegir los medios que usarán para ajustarse a una sentencia que reconozca una violación. Corresponde al Comité de Ministros vigilar la ejecución de la sentencia bajo este ángulo, en virtud de la competencia que le confiere el artículo 54 del Convenio (ver, mutatis mutandis, Sentencia Akdivar y otras contra Turquía de 1 abril 1998 (artículo 50), Repertorio 1998-II, pgs. 723-724, ap. 47)» (STEDH 28 octubre 1998 [TEDH 1998, 51], ap. 60º).