**STC 238/1991, de 12 de diciembre de 1991**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Jesús Leguina Villa, don Luis López Guerra y don Vicente Gimeno Sendra, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 1484/88, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de don Pascual García Ruiz, asistido del Letrado don Francisco J. Girón Giménez, contra la Sentencia dictada en fecha 20 de febrero de 1988 por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alicante en el procedimiento oral núm. 248/87 y, posteriormente confirmada por Sentencia de 25 de julio de 1988 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, que condenaron al recurrente en amparo como autor de un delito continuado de defraudación de energía eléctrica y agua. Ha comparecido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito que tuvo entrada en este Tribunal el día 22 de agosto de 1988, el Procurador de los Tribunales don Luis Fernando Granados Bravo, en nombre y representación de don Pascual García Ruiz, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de 20 de febrero de 1988 del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alicante dictada en el procedimiento oral núm. 248/87 y contra la Sentencia de fecha 25 de julio de 1988 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, confirmatoria de la anterior.

2. Los hechos en que se basa la demanda de amparo son, en síntesis, los siguientes:

A) El actor fue condenado por un delito de defraudación de fluido eléctrico en Sentencia de 20 de febrero de 1988, dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de los de Alicante, en procedimiento oral tramitado conforme a la Ley Orgánica 10/1980 sobre enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. La Sentencia fue dictada por el mismo Juez que instruyó la causa.

B) Recurrida la anterior Sentencia en apelación, el demandante hizo constar en el escrito de interposición del recurso que anunciaba su intención al Tribunal de acudir a la vía de amparo constitucional por entender que las garantías exigidas por el art. 24.2 de la Constitución, no habían sido observadas en la tramitación del procedimiento a causa de que la decisión del proceso se había tomado por el mismo instructor de la causa y que la recusación del mismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 54, apartado 12, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, era imposible.

C) En fecha 28 de julio de 1988, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó Sentencia mediante la cual, desestimando el recurso interpuesto, confirmaba la anterior resolución judicial.

3. El demandante de amparo pide a este Tribunal que declare la nulidad de las dos resoluciones judiciales impugnadas y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la celebración del juicio, restableciendo al mismo en su derecho a un juicio imparcial y justo.

Invoca el actor la vulneración del derecho fundamental que consagra el art. 24.2 de la Constitución Española, «a un juicio público... con todas las garantías», entendiendo que se ha lesionado el mismo en su vertiente de falta de parcialidad del juzgador de instancia, como consecuencia de que el mismo fuese, en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica 10/1980, el llamado a dictar Sentencia en una causa que previamente había instruido. Alega la procedente aplicación a este supuesto del criterio recogido en la STC 145/1988, que declaró inconstitucional y por tanto nulo el párrafo 2.º del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, el cual limitaba la posibilidad de acudir a la vía de la recusación en dicho proceso judicial previo. Mantiene el actor que la segunda instancia, con las limitaciones procesales que le son inherentes, no ha bastado para restablecer el derecho fundamental que en su caso estima como vulnerado y, finalmente, añade la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 26 de octubre de 1984 sobre el caso «De Cubber» en aplicación de la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, como fundamento último de su pretensión.

4. Por providencia de 24 de octubre de 1988, la Sección acuerda admitir a trámite la demanda de amparo y requerir al Juzgado de Instrucción núm. 4 de Alicante y a la Audiencia de esa misma Capital para que, en el plazo de diez días, remitan respectivamente testimonio de las diligencias previas núm. 2591/87 y del rollo de apelación núm. 119/88, interesándose al propio se emplace a quienes fueron parte en el mencionado procedimiento con excepción del recurrente en amparo, para que dentro del plazo de diez días puedan comparecer en este proceso constitucional.

5. Por providencia de fecha 12 de junio de 1989, la Sección acuerda tener por recibidas las actuaciones y a tenor de lo dispuesto en el art. 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dar vista de las presentes actuaciones y de las remitidas por los órganos judiciales al Ministerio Fiscal y a la representación de las partes personadas a fin de que, en el plazo de veinte días formulen las alegaciones que estimen pertinentes.

6. La representación procesal del recurrente mediante escrito que tuvo su entrada en el registro de este Tribunal el día 5 de julio de 1989, formuló alegaciones en las que, reiterando los extremos contenidos en el escrito de demanda inicial, añade que ha de considerarse como esencial el hecho de que el Juez que entendió en la primera instancia interviene asimismo en la segunda, y aunque ese Magistrado no fue parte integrante del Tribunal que resolvió el recurso interpuesto, surge la duda sobre la imparcialidad del mencionado Tribunal, porque la Audiencia Provincial obvia dar respuesta tanto a la lesión constitucional ante ellas denunciada como respecto a la desaparición de algunos documentos en la instancia que se planteó ante el Tribunal. En virtud de todo ello, concluye sus alegaciones solicitando se dicte Sentencia conforme a lo interesado en el escrito de demanda.

7. Con fecha 7 de julio de 1989 presenta sus alegaciones del Ministerio Fiscal. Tras exponer una relación circunstanciada de los antecedentes de hecho, analiza el fondo de la pretensión formulada por el demandante, respecto de la cual señala que, en efecto, el derecho fundamental invocado por el recurrente a un proceso con todas las garantías del art. 24 C.E., puede verse comprometido cuando el Juez que interviene en la fase de instrucción es también el que falla o decide la cuestión sometida a enjuiciamiento; por ello el T.C. se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre la necesidad de atribuir la fase de instrucción y de juicio oral a órganos distintos, entre otras ocasiones, en la STC 145/1988. Pero como la demanda de amparo fundamenta la violación constitucional en dos aspectos diferentes, es preciso examinar ambos por separado. Así, en primer término la denuncia se asienta en el hecho de que el Juez que instruyó la causa en primera instancia la resolviese, y en relación con el mismo ha de señalarse -continúa el Ministerio Fiscal- que el acusado y actual demandante no invocó ante el órgano judicial ni antes de la celebración del juicio ni durante el desarrollo de éste la vulneración del derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 C.E. La necesidad de tal invocación derivada del art. 44.1 c) de la LOTC, ha sido subrayada en la providencia de este Tribunal Constitucional de 20 de febrero de 1989 (R.A. 1822/88), y el supuesto era semejante al de este recurso de amparo, pues también en éste deja de invocarse la vulneración del derecho fundamental en el acto del juicio oral y se invoca a destiempo, esto es, en segunda instancia. Con ello se incumple la exigencia del art. 44.1 c) LOTC, que se refiere a que esta invocación se realice tan pronto como se haya conocido la violación y que en el presente supuesto no era otro que el momento en el que el Juez se disponía a entrar en la fase de enjuiciamiento y fallo. La aludida causa de inadmisión se convierte en este momento procesal en motivo de desestimación del recurso. En segundo lugar, el demandante alega que la falta de imparcialidad -con la consecuente vulneración del art. 24.2 C.E.- se mantiene en la apelación por haber pasado a ser miembro integrante de la Sala de la Audiencia Provincial el Magistrado que instruyó la causa, lo que plantea serias dudas acerca de la nueva resolución dictada y de la carencia de todo prejuicio en el Tribunal Sentenciador. Y, ciertamente así sería -continúa el Ministerio Fiscal- en el supuesto de que el Juez que falló en primera instancia también resolviese el recurso de apelación. Pero la realidad de lo acaecido es que el Juez que decidió en la instancia no intervino en la resolución del recurso de apelación, limitando su intervención a lo que se deduce de la providencia de 6 de julio de 1988 que es de mera ordenación del procedimiento y se limita a dar curso a un recurso de reforma (en realidad técnicamente de súplica) formulado por el actual recurrente contra la inadmisión de unas pruebas; recurso que tampoco fue resuelto por el inicial instructor de la causa. De todo ello resulta -concluye el Ministerio Público- que el instructor, en contra de lo afirmado por el recurrente, se abstuvo de intervenir en el enjuiciamiento del recurso de apelación, por lo que no puede mantenerse que la Sentencia que decidió dicho recurso haya vulnerado el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, del cual deriva el de ser juzgado por un Juez o Tribunal independiente o imparcial. En virtud de todo ello, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de amparo.

8. Por providencia de 10 de diciembre de 1991 se acordó señalar para la deliberación y votación de esta Sentencia el día 12 siguiente.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El demandante de amparo denuncia la lesión de su derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en su vertiente específica de imparcialidad objetiva del Juez (art. 24.2 de la Constitución), que entiende conculcado en las dos instancias del proceso judicial previo: en la primera, por el hecho de que el Juez instructor de la causa fuese también el llamado a decidir la misma, y en la segunda, porque ese mismo Magistrado formara parte del Tribunal que decidió el recurso de apelación.

Este desdoblamiento de la queja constitucional obliga a dar una respuesta diferenciada a las infracciones denunciadas, no sólo porque la fundamentación en que se apoyan presente diferencias, sino también porque, respecto al primer motivo de la pretendida lesión, el Ministerio Fiscal alega la concurrencia de la causa de inadmisión consistente en la no invocación en el proceso a quo del derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello.

2. La citada causa de inadmisión debe de ser acogida. El presupuesto que establece el art. 44.1 c) de la LOTC tiene por finalidad la preservación del carácter subsidiario de esta vía de amparo constitucional, permitiendo así un pronunciamiento inicial de los órganos judiciales sobre la lesión invocada. Más concretamente, en relación con un procedimiento judicial análogo al actual y respecto a vulneración constitucional semejante, este Tribunal ha declarado (ATC 347/1989, por el que se acordó la inadmisión a trámite del recurso de amparo núm. 191/89) que la invocación ha de realizarse en el primer momento en que se tiene conocimiento de la misma y que este no es otro que el de acto del juicio oral en la primera instancia; porque no se trata de que el recurrente tuviera que formular una recusación formal del juzgador, que el párrafo 2.º del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980 prohibía con anterioridad a la STC 145/1988, pero sí de que el actor invocara formalmente en el proceso la lesión que entendiera producida, lo que no resultaba impedido por el mencionado precepto, así como de que lo hiciera precisamente en el momento en que el Juez se dispone a entrar en la fase de enjuiciamiento, esto es al inicio de las sesiones del juicio oral. Sin embargo, las actuaciones evidencian que en este supuesto el recurrente no lo hizo así, dejando transcurrir el acto del juicio oral sin hacer invocación alguna del derecho fundamental que entendía lesionado, por lo que ha de concluirse que no observó el citado presupuesto.

A mayor abundamiento cabe añadir que el examen de las actuaciones pone también de manifiesto que en la segunda instancia, el demandante de amparo se limitó a expresar en el escrito de interposición del recurso de apelación su intención de acudir en amparo ante este Tribunal Constitucional, en razón a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 10/1980. Pero tal manifestación de intenciones no se reflejó luego en el petitum del referido escrito ni se reiteró posteriormente en el acto de la vista de apelación, a diferencia de lo ocurrido con otros motivos de nulidad de lo actuado que, desarrollados y no meramente enunciados, en el escrito de formulación del recurso, si fueron incluidos en el suplico del repetido escrito y se reiteraron ulteriormente en la vista. Todo lo cual confirma el hecho de que en este caso tampoco en segunda instancia se facilitó por la parte la posibilidad de un pronunciamiento judicial previo que, aunque no implicase el cumplimiento estricto del requisito que nos ocupa, diera al menos oportunidad al órgano judicial de manifestarse sobre la lesión constitucional denunciada con anterioridad a la iniciación del presente proceso constitucional, de forma que se pudiera entender satisfecha la razón de ser y finalidad esencial del mencionado requisito.

3. En lo que atañe a la lesión que se aduce en relación con la decisión que puso fin a la segunda instancia, la queja carece de toda consistencia, pues un sencillo examen de las actuaciones judiciales muestra claramente que el Juez instructor de la causa no intervino en la resolución del recurso y se limitó únicamente a formar parte de la Sala que dictó una providencia de mera ordenación del procedimiento que nada decidió, ni en lo concerniente a los aspectos materiales o de fondo del citado recurso de apelación, ni tampoco en su vertiente estrictamente procesal, como pudiera haber sido cualquier resolución referente a la admisión de nuevas pruebas. La mera ordenación consistió pura y simplemente en acusar recibo del recurso de apelación interpuesto y en ordenar su registro en el libro correspondiente y la formación del oportuno rollo de Sala. No ha habido, por tanto, lesión alguna del derecho a la imparcialidad de la Sala, que se encontraba integrada por Magistrados que no habían intervenido ni en la instrucción ni en la resolución del asunto en primera instancia. Debe, pues, desestimarse este segundo motivo del presente recurso de amparo.

### F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Pascual García Ruiz.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno.