|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 168/1995 |
| Fecha | de 5 de junio de 1995 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio D. González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás Salvador Vives Antón. |
| Núm. de registro | 675-1995 |
| Asunto | Recurso de amparo 675/1995 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sala acuerda la inadmisión de la demanda de amparo interpuesta por la representación de don Juan de Justo Rodríguez contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, desestimatorio de incidente de recusación. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el día 23 de febrero de 1995 y registrado en este Tribunal el 28 siguiente, la Procuradora de los Tribunales doña Isabel Julia Corujo, en nombre y representación de don Juan de Justo Rodríguez, interpuso recurso de amparo contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 31 de enero de 1995, desestimatorio del incidente de recusación formulado.

2. La demanda se basa, en esencia, en los siguientes hechos:

A) Por Auto de 9 de enero de 1995 el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 acordó la prisión provisional incondicional del ahora recurrente, como responsable de un delito de malversación de caudales públicos y otro contra la Ley de Control de Cambios. El 12 siguiente la ratificó ampliando la calificación indiciaria de los hechos a varios supuestos de encubrimiento punible.

B) El 20 de enero el recurrente formuló incidente de recusación contra el instructor al amparo de la causa 9ª. de los arts. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (L.E.Crim.) y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.), relatando en síntesis que tras la adscripción del Plan Nacional sobre Drogas al Ministerio del Interior, el Delegado del Gobierno se convierte en el número dos del organigrama ministerial, asiste por ello a todas las reuniones convocadas en el Departamento y tiene acceso a toda la información que obraba en los archivos, así como mando directo sobre Cuerpos y Fuerzas de la Seguridad del Estado. De otra parte, la conexión existente entre terrorismo y narcotráfico obligó al Ilmo. Sr. Garzón en su lucha contra este fenómeno a requerir datos sobre aquél. Y como entonces el recusante ocupaba el cargo de Secretario del Ministro, fueron inevitables las intensas relaciones profesionales entre ambos; desempeñaron cargos de confianza y formaron parte de un mismo equipo donde las cuestiones relacionadas con terrorismo y narcotráfico son confidenciales.

Además compartieron conocimientos relativos a los fondos reservados, materia a la que por razón de su cargo tenían acceso. Este acceso común a tales datos relacionados con la seguridad del Estado puede ser utilizado en esta causa por una y otra parte y de esa manera tener mutua influencia. El presente sumario afecta a delitos relacionados con la seguridad del Estado y su tramitación puede verse empañada por el conocimiento que tanto el recusante como el recusado tuvieron conjuntamente en el desempeño de sus funciones públicas.

C) Remitida la causa y el incidente para su tramitación al Ilmo. Sr. Bueren, su sustituto natural, el instructor recusado en su preceptivo informe negó la causa de recusación alegada.

No es cierto -expresaba- que el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas asistiera a todas las reuniones convocadas en el Departamento, sino a aquéllas propias de su competencia o a alguna general y a las que no concurría el recusado. Es asimismo incierto, por obvio e inviable, que se tuviera acceso directo a toda la información; el único archivo al que se accedía era el propio de la Delegación del Gobierno. Tampoco mantuvo reunión de trabajo extraoficial con el recusante ni con ninguna otra persona del Ministerio.

Del Real Decreto de 17 de marzo de 1994 y la Orden Ministerial de 7 de abril del propio año claramente se desprende que no había mando directo alguno sobre Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sino coordinación en determinados aspectos, ni relación entre terrorismo y narcotráfico; la única relación con el terrorismo fue asistir a un entierro y a un funeral. Nada se compartía sobre fondos reservados, cuya facultad de disposición correspondía al Ministro, y hay que suponer que en ese periodo de tiempo el recusado no podía tenerla; por tanto, mal se pueden utilizar unos datos que nunca se conocieron.

En ninguno de los temas a que se refiere el escrito de recusación el Sr. De Justo era persona de confianza del Ministro y desde luego el hecho de llevar su agenda en nada puede afectar o condicionar su situación actual. Desde la adscripción de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas al Ministerio del Interior y hasta el cese del Sr. De Justo sólo hubo una coincidencia estrictamente formal durante trece días, que puede concretarse en que en dos ocasiones anunció su visita al Ministro. En fin, los delitos investigados no están relacionados con la seguridad del Estado.

D) El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó se rechazara la recusación interpuesta. Tras recordar la doctrina del Tribunal Supremo acerca de que las causas de recusación legalmente previstas constituyen un numerus clausus, han de interpretarse de forma taxativa sin que sea admisible una interpretación extensiva o analógica, y del significado del interés recogido en el art. 219.9 L.O.P.J., destacó que el recusante no fundamenta el interés del instructor en el procedimiento, bien sea económico o de beneficio propio. Sólo alega haber formado parte de un mismo equipo del Ministerio del Interior, pero no especifica las reuniones profesionales habidas entre ambos y tampoco acredita documental ni testificalmente la relación del instructor con los fondos reservados del Ministerio del Interior. Además, varios Jueces de Instrucción han intervenido en el procedimiento con el único interés de averiguar la realidad formal y material de los hechos investigados.

E) Por Auto de 31 de enero de 1995 se desestimó la pretensión del recusante, a quien se condenó a satisfacer las costas del incidente. Después de referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a un Juez o Tribunal imparcial, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el sentido de la recusación de estos profesionales y a la politización de la actividad judicial que permite la Ley Orgánica del Poder Judicial, razonaba dicho Auto que «... no puede afirmarse, apriorísticamente, que tenga soporte jurídico que el desempeño transitorio de cargos en el Gobierno de un país determine la inhabilidad para el posterior desempeño de funciones jurisdiccionales ni que éstas deban realizarse en órgano jurisdiccional diferente del que era titular con anterioridad. No al menos desde la perspectiva legal y constitucional ...». Agregándose que no se sabe cual es el interés que persigue quien desde la función jurisdiccional accede a cualquiera de los cargos previstos en el art. 352 L.O.P.J. que no sea el de actuar con arreglo a la Ley y en defensa de los principios y valores constitucionales ... y, de este modo, «no es posible desde el respeto al ordenamiento jurídico variar las referencias legales y constitucionales cuando el cargo al que se accede depende de Ministerio diferente del de Justicia, en concreto al de Asuntos Sociales primero o Ministerio del Interior después».

«Pensar, sugerir o afirmar que el acceso a determinados cargos públicos, especialmente y por lo que al Magistrado recusado se refiere, a los dependientes del Ministerio del Interior (hoy Justicia e Interior),lleva implícito la posibilidad o necesidad de actuar fuera del marco de la más estricta legalidad es contrario a toda suposición judicial y tiende, cuando se hace sin prueba bastante, a erosionar la credibilidad de las personas, las Instituciones y los pilares mismos de un Estado Democrático de Derecho».

Esta afirmación o razonamiento se predica también respecto de la imputación que se hace al Magistrado recusado pues no se ha acreditado la realización de actuación ilegitima alguna durante el tiempo en que como Secretario de Estado y Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas estuvo orgánicamente adscrito tanto al Ministerio de Asuntos sociales como al de Interior que le impida la instrucción del proceso contra el recusante.

Los hechos alegados en la forma que consta al inicio de esta resolución tampoco reflejan interés directo o indirecto en el recusado para resolver el proceso sometido a su jurisdicción en sentido diferente del hallazgo de la verdad material dado que las relaciones entre recusante y recusado, ni lo eran de igualdad ni de dependencia con responsabilidades las de este último normativamente determinadas» (razonamiento jurídico 4.).

F) Cabe agregar que posteriormente don Rafael Vera Fernández-Huidobro, coimputado en el mismo sumario, formuló doble incidente de recusación contra los Ilmos. Sres. Garzón y Bueren. Este en su informe aceptó la causa de recusación relativa a la existencia de amistad intima entre ambos Magistrados en los siguientes términos «... Cuando se alega -expresaba- que este instructor mantiene relaciones de amistad íntima con el Ilmo. Sr. Baltasar Garzón, que pueden perjudicar su imparcialidad y por ello al «derecho a la tutela judicial efectiva», y esta aseveración está revestida o apoyada en hechos que sustancialmente no pueden ni deben negarse por su certeza, no es posible privarla de eficacia jurídica, no al menos sin hacer peligrar el derecho expresado, a costa de proteger sin limite el derecho al juez predeterminado.

Tal cuestionamiento no existía con anterioridad a este acto, es decir, cuando se planteó por don Juan de Justo su demanda de recusación, ni tampoco en proceso anterior diferente. Como repetidamente se ha expresado en este informe, no se trata sólo a la hora de examinar una causa de recusación de que el instructor sea imparcial sino que su apariencia de imparcialidad no sea cuestionada con fundamento.

Por ello, este instructor, consciente de su imparcialidad, resolvió la recusación anterior. Las discrepancias jurídicas entre ambos instructores, que revelan la independencia de sus criterios a la hora de resolver cuestiones concurrentes en otros asuntos es habitualmente desconocida y no trasciende al exterior y han quedado de manifiesto en numerosas ocasiones dentro de las más estrictas reglas de la discusión jurídica (rechazo de inhibiciones, cuestiones de competencia, etc.). Es decir la imparcialidad se mantenía y se mantiene a pesar de la amistad...

Por tal causa y en ausencia de cuestionamiento este instructor no se adelantó al promotor del incidente de recusación anterior, sembrando de dudas su propia imparcialidad, pues más bien y lejos de toda prudencia hubiese aparentado por mi parte, entonces, tener un injustificado propósito de apartarme de la resolución de la cuestión en lugar de intentar exclusivamente poner fin a un litigio trascendente y de urgente respuesta. Ahora sin embargo deben extraerse las consecuencias jurídicas solicitadas.

Debe entenderse lo anterior en el sentido de que la parte que recusa lo hace ante el temor de que la falta de imparcialidad pueda perjudicarle y no en el contrario. De otra manera se buscaría en la norma el efecto contrario al pretendido por ella ya que el recusante no puede buscar en la recusación el apartamiento del "Juez amigo", sino del "Juez enemigo", y se da la circunstancia de que el caso que se examina ni siquiera ha habido lugar a que este instructor pudiera plantearse la concurrencia de causa de abstención por la simple razón de haber sido recusado antes de haberse hecho cargo de la causa.»

Por Auto de 11 de febrero de 1995 se acogió la recusación contra él planteada.

3. El recurso de amparo se dirige contra el expresado Auto de 31 de enero de 1995 por haber vulnerado el art. 24.1 C.E. y el derecho a un Juez imparcial, garantía inherente al derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 C.E. Duplicidad lesiva que se afirma en relación de medio a fin, en cuanto que se rechaza el incidente interpuesto, pese a concurrir de manera evidente causa bastante para sospechar de la parcialidad del Juez, mediante una resolución carente de motivación razonable, arbitraria y desconectada del debate propuesto, pues deja sin respuesta la concreta causa invocada y, por el contrario, contesta a unas razones y motivos ajenos a los esgrimidos.

A) A juicio del recurrente, era obligación del Juez encargado de tramitar el incidente no desconocer que se hallaba en juego el derecho al Juez imparcial y realizar una interpretación del supuesto debatido favorecedora del derecho fundamental. Debía por ello analizar el incidente sin atender a formalismos exacerbantes ni a interpretaciones restrictivas de las causas de recusación, que pudiesen impedir la consecución del fin último de este instituto, a saber, evitar cualquier duda o sospecha de parcialidad en el Juez encargado de instruir o fallar la causa.

Sin embargo, el Auto impugnado, tras presentar correctamente la doctrina de este Tribunal y del Europeo de Derechos Humanos al respecto, da un salto en el vacío y afirma que son falsas -por no probadas- las imputaciones realizadas en tomo a que el Ilmo. Sr. Garzón hubiese actuado de modo ilegal o ilegitimo, cuando nada de esto se cuestionaba en el incidente de recusación, sino que el conocimiento que podía haber adquirido de las materias investigadas mientras fue miembro del Ministerio del Interior pudiese interferir y prejuzgar, incluso inconscientemente, el resultado de las investigaciones. El Auto recurrido evidencia un discurso lógico carente de razonabilidad pues, de un lado, deja de aplicar la doctrina legal al supuesto debatido y, de otro, ni siquiera explica por qué interrumpe la subsunción lógica del supuesto de hecho en el derecho invocado. Semeja así una suerte de resolución disociada en dos o más partes, que contesta a otro incidente de recusación diferente y en la que se desconoce, pero se presupone que ha debido tenerse en cuenta por el órgano judicial otros elementos que no coinciden con los que aparecen en anteriores fundamentos jurídicos o incluso otras interpretaciones o datos distintos a los hasta ese momento exteriorizados.

El razonamiento utilizado para denegar la recusación no es adecuado para salvar la parcialidad del Juez, puesto que en el incidente nunca se discutió si el instructor actuaba legítimamente o no, sino si poseía una especial relación con las partes o el objeto del proceso a causa de haber desempeñado un cargo público que le había permitido acceder a la misma información reservada que estaba siendo objeto de investigación. No se aludió a la existencia de un prejuicio cierto y constatado en el instructor recusado, sino a la duda, a la apariencia de parcialidad que a estos efectos bastaba para que el mismo se abstuviera de continuar la instrucción de la causa. De esta forma, sin ni siquiera entrar en la relación existente entre el Juez instructor y el recurrente, nos hallamos ante un evidente caso de parcialidad objetiva, ya que el sentido constitucional de este tipo de imparcialidad en el proceso penal es asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en una causa se acerquen a ella sin prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto preciso con el objeto del proceso.

El Auto recurrido restringe el derecho, primero, mediante la alteración de la causa de recusación invocada (que no se contesta) en otra distinta (que sí se rechaza). Segundo, imponiendo una exigencia incontemplada y obstaculizadora: la de probar, no que el Magistrado podía no ser imparcial, sino que estaba actuando por móviles torticeros o ilícitos, prueba diabólica en la que antes que discernir si efectivamente podía existir sospecha o no de parcialidad en el Juez, se trataría de determinar el mayor o menor fundamento de unas pretendidas imputaciones que en ningún momento se habían formulado.

La irrazonabilidad de la decisión queda confirmada a posterior por su propio autor cuando once días después viene a reconocer la mera duda externa de su propia parcialidad como motivo bastante para aceptar su recusación, y ello con independencia de que internamente se halla seguro de que obraría con imparcialidad. También en este incidente debió tener en cuenta su propia contaminación y abstenerse de resolverlo, sin que pueda aceptarse la razón ofrecida para el trato discriminatorio -la inexistencia de duda externa de su imparcialidad por no haber sido expresamente recusado-, tanto porque emplea la misma noción de imparcialidad ya puesta de manifiesto en el presente incidente, como porque la amistad intima de los Sres. Bueren y Garzón no habría variado en tan breve plazo.

B) Por lo que se refiere al derecho al Juez imparcial se argumenta que el Ilmo. Sr. Garzón abandonó voluntariamente el Juzgado para presentarse a las Elecciones Generales de 1993 en las que resultó elegido Diputado. Con discutible legalidad se le concedió el pase a la situación de servicios especiales, y aunque la Ley pueda permitirlo, resulta de muy dudosa constitucionalidad por lo que implica de reserva de plaza en el mismo Juzgado en el que venia ejerciendo su función jurisdiccional. Posteriormente fue nombrado Delegado de Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas con categoría de Secretario de Estado, desempeñando el cargo en el Ministerio de Asuntos Sociales y luego en el de Interior.

En la medida en que desempeñó funciones de Secretario de Estado en el Ministerio del Interior, Ministerio al que ya antes de su incorporación venía imputando la supuesta financiación ilegal de los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.) y al que, un vez abandonado, ha seguido acusando de tales actividades, resulta evidente que reviste una indudable apariencia de parcialidad a la hora de instruir el sumario. Asimismo tanto el recusado como el recurrente coincidieron en el citado Ministerio compartiendo secretos inherentes a sus funciones, y a los pocos meses de la vuelta del instructor a su Juzgado retomó la investigación que había interrumpido y acordó la prisión provisional incondicional y parcialmente incomunicada del recurrente.

Interesa, por ello, la nulidad del Auto recurrido y que se estime la recusación formulada. Al amparo del art. 56 LOTC asimismo se solicita la inmediata suspensión de la ejecución del Auto impugnado y que se aparte al Ilmo. Sr. Garzón de la instrucción del sumario.

4. Por providencia de 8 de mayo de 1995, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, conforme a lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, poner de manifiesto al recurrente y al Ministerio Fiscal la posible existencia de las siguientes causas de inadmisión: 1ª. la regulada por el art. 50.1 a) en relación con el 44. 1 a) ambos de la LOTC, por tratarse de un proceso penal aún no concluido; 2.ª la del art. 50.1 c) LOTC, por carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional. Y asimismo concederles un plazo común de diez días a fin de que aleguen lo que estimen pertinente sobre la concurrencia de tales causas de inadmisión.

5. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este Tribunal el 23 de mayo de 1995.

A) Sobre el agotamiento de la vía judicial, el Ministerio Fiscal alega que la recusación, como tal instrumento que es, tiene un desarrollo procesal limitado y concreto, puesto que, una vez resuelta por el órgano al que corresponda, contra esa resolución no se admite recurso alguno (art. 228 L.O.P.J.); lo cual encuentra su justificación en sus propios fines y en no servir de obstáculo a la celeridad y normal desarrollo del proceso base, por lo que el Tribunal Constitucional ha reiterado que esta regulación no lesiona derecho fundamental alguno, al decir que «la doble instancia no viene constitucionalmente impuesta en materia de recusación, dado que en tal incidente ni se pronuncia condena ni se impone pena alguna, en el sentido del art. 14.5 P.I.D.C.P.», y, además, «conforme al art. 228 L.O.P.J., la doble instancia queda también garantizada en este punto de la recusación toda vez que se puede hacer valer al recurrir contra la resolución que decida la causa, pudiendo originar la nulidad de dicha resolución» (doctrina a la que se remiten las providencias del Tribunal Constitucional de fecha 10 de mayo de 1994 en el recurso de amparo núm. 1.149/94 y de 12 de febrero de 1992 en el recurso de amparo núm. 2.510/91).

Sin embargo, la posible vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en el que se encuentra el derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 C.E.) subsiste como pretensión, a pesar de la desestimación de la recusación y, por ello, quien se valió infructuosamente de ese instrumento, no solo puede invocar de nuevo su derecho «al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa», como «posible nulidad de ésta» (art. 228 L.O.P.J.), sino que también conserva su facultad de invocar el derecho fundamental a lo largo de todo el proceso «por medio de los recursos establecidos en la Ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las Leyes procesales» (art. 240 L.O.P.J.).

Por tanto, continúa el Ministerio Fiscal, si bien la recusación sirve a quien la plantee para apartar al Juez inmediatamente del caso por no reunir la apariencia de imparcialidad deseada, ello no agota la defensa del derecho fundamental en vía judicial que, como para los demás derechos de esta naturaleza, permanece abierta a través de los distintos recursos. No puede en consecuencia afirmarse con carácter general que por haber intentado la recusación se ha agotado la vía judicial procedente y que los órganos judiciales ya no pueden reparar la lesión del derecho fundamental, si existiere. Máxime cuando el propio precepto 228 L.O.P.J., añade «sin perjuicio de que se pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa» (en este sentido art. 5.4 L.O.P.J.).

Tratándose en el caso que nos ocupa de un sumario ordinario, proceso penal que, en su fase de instrucción, admite numerosas ocasiones de recurso (v. g., los que corresponden contra las medidas cautelares, contra el procesamiento, contra el Auto de conclusión, etc.), no parece en principio adecuado que, tras la resolución adversa de una recusación formulada en la instrucción, se venga directamente al amparo, sin agotar las posibilidades de invocar el derecho fundamental a lo largo del proceso penal judicial que continúa abierto, antes del juicio oral y de la Sentencia contra la que, en todo caso, podría, si fuere procedente, reiterarse la pretensión de reparación del derecho fundamental (art. 228 L.O.P.J.), con todas sus consecuencias, para que fuera sanado por un órgano distinto y superior.

Tras exponer con detalle la jurisprudencia de este Tribunal, el Ministerio Fiscal considera que el análisis del caso ahora sometido a estudio no nos permite estimar agotada la vía judicial procedente, habida cuenta de la regulación legal (art. 228 L.O.P.J.) existente, así como del carácter subsidiario del recurso de amparo. Ante lo cual, cree, ha de ceder la indiscutible tentación de sanear lo antes posible el proceso o despejar incógnitas sobre el respeto a los derechos fundamentales, tentación que toda persona, sobre todo si está dedicada a la justicia, puede legítimamente tener; lo que en el caso de la recusación pensamos debe valorarse especialmente en función de la buena marcha del proceso y en evitación de dilaciones indebidas en el mismo, sin que en la alegada lesión del derecho al Juez imparcial quepa apreciar en este caso, ni un gravamen adicional ni una mayor intensidad de la lesión del derecho por su continuidad en el tiempo -no más, al menos, que la que pueda producir cualquier supuesta indefensión o lesión constitucional de las antes citadas-, máxime cuando el actor se encuentra actualmente en situación de libertad provisional conseguida precisamente por medio de los instrumentos y actuaciones que lo han posibilitado en vía judicial después de interponer el amparo, lo que por si mismo demuestra el carácter prematuro de éste.

La providencia del Tribunal Constitucional de 14 de octubre de 1991 (recurso de amparo núm. 1.413/91) explica que la desestimación de la recusación no cierra la vía judicial para reclamar el derecho fundamental al Juez imparcial a través de los recursos judiciales procedentes: «... según la interpretación que parece más evidente. el propio art. 228 hace posible que la disconformidad de las partes frente a tales resoluciones (las resoluciones denegatorias de la recusación) pueda hacerse valer a través de los recursos procedentes contra las resoluciones de fondo. 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».

La demanda de amparo, que en el momento de su interposición pretendió especialmente justificarse por la situación de prisión provisional del recurrente, aunque después se ha demostrado que esa situación era todavía modificable en vía judicial y por lo tanto era prematuro para ella venir a esta sede, en el estado actual de las actuaciones, no ha respetado, pues, su naturaleza subsidiaria y, por ello, procede su inadmisión al incurrir en la causa que establece el art. 50.1 a) LOTC.

B) Con carácter subsidiario, sobre el contenido constitucional del amparo el Ministerio Fiscal ha señalado que la demanda impugna el Auto dictado por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez don Carlos Bueren Roncero que desestimó el 31 de enero de este año la recusación intentada contra el instructor del sumario, alegando el recurrente, en primer término, la conculcación del derecho al Juez imparcial, inherente al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) «ya que se ha desestimado nuestro incidente de recusación del Juez titular del Juzgado que conoce de la causa, cuando sobre este Juez recaen fundadas sospechas de parcialidad en la labor de instrucción que está realizando». También afirma, en segundo lugar, que «la motivación (de dicho Auto) carente de razonabilidad y desconectada del debate propuesto» deviene «arbitraria y denegadora del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E.».

Por razones de orden constitucional se han de tratar estas cuestiones en sentido inverso al de su planteamiento pues parece obvio que si se aceptara la segunda (art. 24.1 C.E.) debería retrotraerse lo actuado al momento de dictarse el Auto controvertido, para que el Magistrado-Juez dictara otra resolución respetando el derecho a la motivación y a la congruencia, y el Tribunal Constitucional no se pronunciaría en el presente recurso de amparo sobre la lesión del derecho al Juez imparcial (SSTC 16/1993, 48/1993, 369/1993 y 177/1994, entre otras).

Al Auto de 31 de enero de 1995 (desestimatorio de la recusación) se le achaca falta de respuesta a la causa de recusación invocada, y al mismo tiempo contestación a unas razones y motivos que nada tienen que ver con los invocados por el recusante. El Auto se dice arbitrario, además, porque cuando se dictó por el Juez Bueren éste no tuvo en cuenta su amistad íntima con el Juez Garzón que, once días después reconoció en el informe donde aceptó su parcialidad para resolver el incidente de recusación interpuesto por el Sr. Vera. Si el Juez Bueren reconoce esta amistad debió abstenerse once días antes para resolver la recusación planteada por el Sr. De Justo porque de lo contrario su resolución carece de fundamento aceptable en términos constitucionales .

Ahora bien, en el escrito de 20 de enero de 1995 donde se formuló el incidente de recusación, el actor concretó su pretensión con invocación del núm. 9 del art. 219 L.O.P.J. (prevalente sobre el semejante del art. 54 L.E.Crim.), que dice: «son causas de abstención y, en su caso, de recusación: ... 9. Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa». La razón que en resumen esgrime ese escrito es, literalmente, que: «después de haber ocupado un departamento del Ministerio Publico (debe referirse al Ministerio del Interior) cuya naturaleza es tal que deba tratar un determinado asunto en razón de sus competencias y posteriormente debe conocer el mismo como Juez, los ciudadanos tienen derecho a temer que no ofrezca las suficientes garantías de imparcialidad» (fundamento de Derecho 8 in fine).

Esta idea se desarrolla arrancando de unos antecedentes según los cuales desde el 29 de diciembre de 1993 (se publicó el Real Decreto 2.314/1993 el 31 de diciembre) el Sr. Garzón fue adscrito como Delegado para el Plan Nacional de la Droga al Ministerio del Interior y que en ese Ministerio estaba el Sr. De Justo como Secretario del Ministro. (Consta en el informe emitido por el Sr. Garzón que el Sr. De Justo cesó en el cargo el día 28 de enero de 1994, es decir, veintiocho días después de llegar el Sr. Garzón al Ministerio, dato que no aporta la demanda de amparo). Es, según el actor, esa coincidencia en cargos de confianza, en reuniones, sus compartidos conocimientos sobre fondos reservados, sobre narcotráfico y terrorismo lo que hace deducir que el Sr. Garzón debe tener, como Juez ahora, un interés directo o al menos indirecto en la causa que tramita.

El Auto de 31 de enero pasado, dictado por el Juez Bueren, contiene un prolijo relato de hechos que, comenzando por la transcripción del escrito de recusación, continúa por el informe del Juez Bueren, para terminar con el informe del Fiscal, a los que seguidamente se remite. En sus fundamentos jurídicos, el Auto dedica los dos primeros a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho al Juez imparcial; pero en el 4 estudia la relación entre la salida y vuelta del Juez Garzón a la Carrera Judicial con la causa de recusación invocada por el recusante (9 del art. 219 L.O.P.J.) y si bien hace también alusión a que no se puede «pensar, sugerir o afirmar que el acceso a determinados cargos públicos ... lleve implícita la posibilidad o necesidad de actuar fuera del marco de la más estricta legalidad» -lo que no obliga a ninguna prueba diabólica a la parte sino que se Limita a salir al paso de posibles suposiciones justificadoras quizá del interés directo o indirecto que se alega-, termina diciendo: «los hechos alegados en la forma que consta al inicio de esta resolución (que son los descritos por el recusante) tampoco reflejan interés directo o indirecto en el recusado para resolver el proceso sometido a su jurisdicción en sentido diferente del hallazgo de la verdad material, dado que las relaciones entre recusante y recusado ni lo eran de igualdad ni de dependencia, con responsabilidades las de este último normativamente regladas».

No es posible aceptar, tras leer estas palabras y las que las preceden, la afirmación de que el Auto impugnado carece de motivación y no contesta a la pretensión y causa de recusación invocada. Podrá decirse que debía haber sido más extensa o menos escueta, o que no convence, pero el Auto esta fundado, no es arbitrario y contesta suficientemente a la pretensión planteada, pues explica, por referencia a los hechos, las razones por las cuales no cree que haya motivos para suponer interés directo ni indirecto en la causa por parte del recusado, dada la clase de relaciones que mantuvo con el recusante.

No tiene, por otra parte, en esta zona jurídica el Tribunal Constitucional demasiada movilidad ya que, como ha declarado, «la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia o no de las causas de recusación es función que corresponde a los Tribunales ordinarios de Justicia por mandato constitucional. En estos casos este Tribunal ha de limitar su examen a comprobar la razonabilidad de la decisión adoptada por el Tribunal (o Juez) que haya conocido de la recusación formulada. Más allá de dicho análisis no puede conocer de otras cuestiones, al no ser este Tribunal una tercera instancia» (doctrina a la que se remitió la providencia del Tribunal Constitucional de 22 de abril de 1994 en el recurso de amparo núm. 960/94 interpuesto por el Sr. Hormaechea).

En este sentido ya la STC 47/1982 advirtió que: «queda por completo al margen de su conocimiento (el del Tribunal) el enjuiciar la real concurrencia o falta de concurrencia de las causas de recusación alegadas, así como la interpretación de las normas en las que dichas causas están contenidas, correspondiéndole únicamente examinar si en la tramitación del incidente de recusación se han observado las debidas garantías constitucionales; por lo que, no alegándose defecto alguno en tal sentido, ningún reproche cabe dirigir al Auto ... dado su carácter de resolución motivada y fundada en Derecho en la que no es posible apreciar vulneración alguna del art. 24.1 C.E.».

De otra parte, la aducida arbitrariedad del Auto impugnado se quiere apoyar en la actuación distinta del Juez Bueren, de un lado, en esta recusación, que ha resuelto, y, de otro, en la que planteó don Rafael Vera contra el Juez Garzón y contra el Juez Bueren. En este último incidente, el Juez Bueren aceptó la recusación. Se pregunta el Sr. De Justo: ¿y por qué no se abstuvo en el incidente mío, once días antes del planteado por el Sr. Vera?

Es necesario recordar al respecto que, por muy incomprensible que le pueda parecer esta actitud del Juez al actor, resulta que en esta ocasión está recurriendo un Auto de recusación dictado por el Juez Bueren once días antes de ocurrir la aceptación de la recusación propuesta por el Sr. Vera, lo que significa que nada se puede imputar a dicho Auto como resolución anterior que es. Ni por ser anterior puede pensarse en una desigualdad en la aplicación de la ley, ni por lo que dice ha de ser precisamente, de las dos, la resolución «desacertada». La Ley Orgánica del Poder Judicial establece (art. 217) que «los Jueces y Magistrados deberán abstenerse y, en su defecto, podrán ser recusados cuando concurra causa legal». El Sr. De Justo no recusó al Juez Bueren en el incidente para resolver la recusación del Juez Garzón. Esa y no otra es la explicación de que el Juez Bueren resolviera la recusación del Juez Garzón y no se abstuviera (a lo que entonces nada le obligaba según su criterio). Si el Sr. De Justo consintió la actuación del Juez Bueren (porque no le recusó) no puede ahora valerse de una decisión de dicho Juez tomada en un asunto posterior y distinto (ya que en éste si que fue recusado por el Sr. Vera) para traerlo a colación como dato de arbitrariedad del Juez. Esto no es posible valorarlo comparativamente y mucho menos hasta el extremo de deducir de esa diferente situación una arbitrariedad en la postura del anterior incidente. El Ministerio Fiscal cree por lo expuesto, que el Auto impugnado es motivado, no arbitrario y por ello no lesiona el art. 24.1 C.E.

Pasado a la primera cuestión, es evidente que el derecho al Juez imparcial es el último motivo de la demanda de amparo. Motivo al que la parte menos extensión dedica en su demanda de amparo, si bien lo concreta de manera cierta: «lo que se denuncia en la presente demanda es la vulneración del derecho constitucional al Juez imparcial» (pág. 26), afirmación que reitera en el suplico. Y esta invocación se basa en las siguientes consideraciones: «... en la medida en que desempeñó (el Sr. Garzón) funciones de Secretario de Estado en el Ministerio del Interior, Ministerio al que con anterioridad a su incorporación al mismo, ya venia imputando la supuesta financiación ilegal de los Grupos Antiterroristas de Liberación (G.A.L.) y al que, una vez abandonado, ha seguido acusando de tales actividades, resultaba y resulta de todo punto evidente que el Sr. Garzón reviste una indudable apariencia de parcialidad a la hora de instruir el sumario núm. 17/89». Agregando que «... tampoco puede dejar de resaltarse el hecho de que tanto el Juez recusado como el Sr. De Justo habrían coincidido en el citado Ministerio del Interior, compartiendo secretos inherentes a sus funciones en aquél, así como que, a la vuelta del Sr. Garzón a su Juzgado, a los pocos meses, retomando la investigación que había interrumpido, acordara la prisión provisional incondicional y parcialmente incomunicada del Sr. De Justo. Todo ello son síntomas añadidos de la parcialidad aludida».

La doctrina del Tribunal Constitucional ha incluido el derecho al Juez imparcial en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.) -STC 138/1991-, ha separado el concepto del Juez ordinario predeterminado por la ley, del de Juez imparcial (SSTC 153/1988, 106/1989 y 138/1991), ha dicho que las causas de recusación son únicamente las establecidas en la Ley, numerus clausus (ATC 111/1982), que debe concretarse el motivo de la recusación subsumible en alguno de los supuestos definidos en la ley, lo que implica necesariamente «expresar los hechos concretos en los que la parte funde tal afirmación y que estos hechos constituyan en principio los que configuren la causa invocada» (ATC 109/1981), que no basta la duda para la estimación de una causa de recusación (ATC 1091/1988), y ha distinguido entre una imparcialidad «subjetiva», la que deriva de la relación del Juez con las partes, de una imparcialidad «objetiva», que se funda en la relación del Juez con el objeto del proceso (STC 138/1991, entre otras).

A lo largo del art. 219 L.O.P.J., las causas de recusación 1.ª 8.ª y la 11.ª expresan situaciones concretas de vinculación del Juez con las partes (imparcialidad subjetiva), en tanto que las causas 9.ª y 10.ª lo hacen a la relación del Juez con el objeto del proceso. Es precisamente a la 9.ª a la que se ha concretado el actor cuando ha recusado en este caso al Juez.

En todo caso, ninguno de los hechos que el recusante refiere encajaría en las causas «subjetivas» antes indicadas. Estos hechos, además, son supuestos o hipotéticos ya que la demanda no precisa otra cosa que una posible coincidencia («habrían coincidido», dice), en distintos cargos y funciones los Sres. De Justo y Garzón (cosa que este último niega con datos concretos en su informe, al que se remite el Ministerio Fiscal), compartiendo, añade el recurrente, secretos inherentes a esas funciones (lo cual tampoco se acredita ni afirma contundentemente, siendo negado por el recusado incluso por razón del escaso tiempo en que coincidieron en el Ministerio) para terminar indicando lo que llama «Síntomas añadidos de parcialidad»: que «a la vuelta del Sr. Garzón a su Juzgado, a los pocos meses, retomando la investigación que había interrumpido, acordara la prisión provisional incondicional y parcialmente incomunicada del Sr. De Justo». Afirmación que, sin establecer previamente, como no se hace, ninguna circunstancia de enemistad entre ambos, deviene falta de contenido pues obviamente, esta medida cautelar, tomada en términos de legalidad, lo cual no discute el recusante, es una mera consecuencia de la actuación normal de un Juez y no evidencia nada que pueda afectar a su imparcialidad.

Lo mismo ocurre si se analiza lo expuesto por el actor respecto al «interés directo o indirecto» del Juez con el objeto de la causa. Dice que la apariencia de parcialidad nace del hecho consistente en que el Juez Garzón ha instruido e instruye el sumario núm. 17/89 antes y después de ocupar cargo de Delegado Nacional del Plan contra la Droga en el Ministerio del Interior. Aseveración que por sí misma nada evidencia tampoco contra su imparcialidad. Nada concreta ni dice el actor sobre, por ejemplo, adquisición de posible información por el Sr. Garzón extraprocesalmente -lo cual, por sí mismo tampoco evidenciaría nada en contra del derecho fundamental invocado-, pero lo cierto es que, insiste el Fiscal, tampoco alude a ello el recurrente, ni explica en qué medida, del paso por el Ministerio del Interior del Juez Garzón se puede o debe derivar ese «interés directo o indirecto en la causa», sobre todo cuando es obvio que no nace ese interés después de su paso por la Administración pues el mismo actor reconoce que ya antes venia el Sr. Garzón instruyendo la causa, y, fundamentalmente, porque no basta hablar de interés de manera o en sentido impreciso, sino que la ley, al referirse al mismo, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo reducen a lo que pueda tener relación con la persona y bienes del Juez pero no al interés propio de la misma función jurisdiccional (Sentencia del T.S. de 28 de junio de 1982 y así se infiere de la STC 157/1993).

De otro lado, no basta que el recusante advierta subjetivamente esa sospecha, sino que es preciso que la misma pueda considerarse objetivamente justificada. En este sentido, se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.), declarando que «en cuanto al primer aspecto, la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario. En cuanto al segundo aspecto lleva a preguntarnos si, independientemente de la conducta del Juez, ciertos hechos objetivamente verificables autorizan a sospechar de su imparcialidad. En la materia incluso las meras apariencias pueden revestir importancia. Se trata de la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar al justiciable empezando por los acusados en el proceso penal».

«Resulta que para pronunciarse sobre la existencia en un asunto determinado de una razón legítima para dudar de un Juez por falta de imparcialidad, la óptica del acusado entra en cómputo pero no juega un papel decisivo. El elemento determinante consiste en saber si las aprensiones del interesado pueden considerarse objetivamente justificadas.» (STEDH de 26 de febrero de 1993, caso Padovani c Italia; STEDH de 22 de abril de 1994, caso Saraiva c Portugal; lo mismo caso Fey c Austria STEDH de 24 de febrero de 1993; STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt, que matiza doctrina del caso Cubber en atención a las circunstancias del caso en cuanto a la última afirmación, también STEDH de 24 de agosto de 1993, caso Nortier c Holanda).

No encuentra, el Fiscal, datos concretos y objetivos que en el presente caso justifiquen las aprensiones o recelos del Sr. De Justo con respecto al Juez Garzón y, en consecuencia, entiende que, no habiéndose concretado los hechos que podrían ser subsumidos en una causa de recusación y en concreto, en la que se alegó, 9 a del art. 219 L.O.P.J., y siendo la resolución que decidió la recusación suficientemente fundada, como se ha visto, no se ha producido ni la vulneración del art. 24.1 ni la del 24.2 C.E., por lo que la demanda carece de contenido constitucional y procede su inadmisión por la causa contenida en el art. 50.1 c) LOTC, salvo que el Tribunal apreciara la antes indicada de falta de agotamiento de la vía judicial procedente.

6. Mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia el 22 de mayo de 1995 y registrado en este Tribunal el día 24 del mismo mes y año, la representación del recurrente de amparo ha formulado alegaciones, interesando la admisión de la demanda.

A) Respecto de la concurrencia o no de la causa de inadmisión establecida en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a) LOTC, el recurrente considera que si se ha producido un efectivo agotamiento de la vía judicial ordinaria sin que quepa específicamente objetar a aquél el hecho de que no haya concluido el procedimiento criminal en cuyo seno se ha adoptado la resolución que tilda lesiva de los derechos del Sr. De Justo.

El recurso de amparo se configura, ciertamente, como un remedio subsidiario, cuya razón de ser estriba en facilitar la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, una vez esa tutela ha sido indebidamente denegada por la jurisdicción ordinaria. Desde este punto de vista, el hecho de que no exista ya cauce legal ordinario por el que hacer valer la parcialidad del Ilmo. Sr. Baltasar Garzón, es el único dato que ha de permitir acreditar que el requisito del agotamiento previo de la vía judicial ordinaria se ha cumplido en el presente caso, como así se decía ya en la demanda de amparo origen del presente procedimiento, al objeto de evitar cualesquieras dudas o sospechas de precipitación.

Efectivamente, en la Ley no existe otra posibilidad para apartar de la instrucción de una causa al Juez que se considera parcial, que el planteamiento del oportuno incidente de recusación, incidente de recusación contra cuya resolución no se prevé en la misma recurso alguno (art. 228 L.O.P.J.). El hecho de que el procedimiento principal en cuyo seno se entabla el incidente aún no haya finalizado, en nada impide entender que, a los efectos de ese incidente, se agote la vía judicial previa en el momento en que el Juez sustituto natural del Sr. Garzón, el Ilmo. Sr. Bueren, decide no aceptar la recusación planteada. Y el Tribunal, por ATC 220/1989, ya señaló que en los supuestos de recusación, la vía del amparo se abre en el momento de la notificación del Auto al que alude el art. 228 L.O.P.J. y ello con independencia de que aún no haya finalizado por Sentencia el procedimiento en cuyo seno se intentó la recusación. Por tanto, a los fines del amparo interpuesto, ninguna incidencia ha de tener el que en el desarrollo del proceso penal dentro del cual se plantea el incidente de recusación, vayan a existir otros órganos judiciales encargados precisamente de enjuiciar los hechos objeto del sumario núm. 17/89 (Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) o de resolver los hipotéticos recursos formulados contra la eventual Sentencia condenatoria o absolutoria (Sala Segunda del Tribunal Supremo). El momento hábil para entender agotada la vía judicial previa es el de notificación del Auto de 31 de enero de 1995, por el que se rechazó la recusación interesada y contra el que no cabe ya recurso alguno.

En este sentido, cita la STC 384/1993 (fundamento jurídico 2.º) y su antecedente la STC 180/1991 (fundamento jurídico 6.º), cuando afirman que el derecho de recusación, una vez ejercitado en el momento en que se tenga conocimiento de la causa en que se funde, «es, a su vez, presupuesto procesal de un posterior recurso de amparo en defensa del derecho fundamental al Juez imparcial, pues normalmente ese incidente es el que permite invocar el derecho constitucional tan pronto como una vez conocida la vulneración, hubiere lugar para ello y simultáneamente agotar los recursos utilizables dentro de la vía judicial». Por consiguiente, y en aplicación de la doctrina de este Tribunal, una vez ejercitado el oportuno incidente de recusación y al no caber recursos posteriores contra el Auto que lo resuelve, nace la acción ante el Tribunal Constitucional. Sin que quepa entender que no se ha agotado la vía judicial previa, por la sencilla razón de que ésta se ha agotado al proponer y ser rechazado el incidente de recusación.

Con independencia de lo anterior, y aun en la hipótesis de que se entendiera posible el acudir a la Sala de lo Penal para que sea ésta la que reintegre al Sr. De Justo en su derecho fundamental vulnerado, tampoco cabe olvidar que como viene sentando la doctrina de este Tribunal (por ejemplo, SSTC 32/1994, 147/1994, 174/1994 y 247/1994), la regla general de inadmisibilidad de los amparos entablados contra resoluciones interlocutorias se atempera en los supuestos en que el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal con todas sus fases o etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo. De este modo, el Tribunal Constitucional no podrá ampararse en una causa formalista para denegar la admisión de una demanda de amparo si las consecuencias de esa inadmisión sin duda pueden ser más graves que la flexibilidad a la hora de admitir la citada demanda. Por esta vía, la hipótesis de que se le obligase a aquietarse con el mantenimiento del Ilmo. Sr. Garzón como Juez instructor de la causa contra el recurrente en amparo y otros, por el hecho de que en su día la Sala de lo Penal o la Sala Segunda del Tribunal Supremo quizás pudiesen a su vez declarar la nulidad de las actuaciones y retrotraer las mismas hasta el momento anterior a la resolución del incidente de recusación, sin duda implicaría un gravamen añadido a la lesión del derecho denunciado.

A lo anterior no puede ser óbice el que, con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo, la situación personal del Sr. De Justo se haya visto atemperada, al haber sido sustituida la medida cautelar de prisión provisional incondicional por la de prisión provisional eludible mediante el pago de fianza en metálico por importe de 25.000.000 pesetas (Auto de 18 de abril de 1995, del Juzgado Central de Instrucción núm. 5), y ello, por cuanto el Sr. De Justo sigue sometido a una restricción en sus derechos, acordada por un Juez de cuya parcialidad se tienen dudas. Desde este punto de vista, resulta incuestionable que el mantenimiento en el tiempo de las dudas sobre la parcialidad del Ilmo. Sr. Garzón, ante la necesidad de seguir exhaustivamente todo el iter procesal hasta Sentencia firme, conllevaría una mayor extensión de la lesión que se denuncia, no solo para el recurrente en amparo, sino para todas las partes en el proceso.

Dicho todo esto, y conectando este concreto punto con la segunda causa de inadmisión que se ha puesto de manifiesto por este Tribunal (manifiesta ausencia de contenido constitucional en la demanda de amparo), lo definitivo para la admisión de la presente demanda de amparo no ha de ser, exclusivamente, el hecho de que se pueda o no interpretar si cabe o no a su vez una posterior resolución en la vía ordinaria sobre este punto, sino el hecho de que exista o no una base suficiente para provocar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Si la apariencia del derecho invocado por el Sr. De Justo, es decir, la apariencia de la vulneración de su derecho a un Juez imparcial, concurre al menos indiciariamente, sin duda deberá admitirse la demanda de amparo hasta tanto esa apariencia se concrete o no en la vía judicial ordinaria.

B) En cuanto a la posible concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC, no puede concluirse con manifiesta claridad que la demanda carezca de contenido constitucional, siendo antes al contrario evidente la oportunidad constitucional de la misma. En el único motivo de la demanda de amparo, se afirmaba por la representación del recurrente que el Auto de 31 de enero de 1995, dictado por el Ilmo. Sr. Bueren como sustituto natural del titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, había lesionado el derecho del Sr. De Justo a un proceso con todas las garantías, en tanto en cuanto se había desestimado el incidente de recusación planteado contra el Sr. Garzón a pesar de existir sospecha evidente de parcialidad objetiva en el Juez recusado. En la demanda igualmente se denunciaba que se había vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión, al haberse empleado como específico medio para denegar la recusación planteada, una resolución carente de toda razonabilidad y, por ende, arbitraria, dado que había concluido que no se debía apartar al Sr. Garzón de la instrucción del sumario núm. 17/89, analizando para ello una causa totalmente distinta a la que se había puesto de manifiesto en su día y dejando de aplicar al caso concreto la causa que sí había fundamentado la petición del recurrente. Es más, para denegar la recusación planteada, el Auto objeto del presente proceso de amparo había realizado una interpretación del derecho al Juez imparcial que, aplicada al caso concreto, resultaba atentatoria al derecho a un proceso con todas las garantías, obviando la finalidad del instituto de la recusación y vaciándolo de contenido al confundirlo con una suerte de querella en solicitud de antejuicio.

Ciertamente, resulta incuestionable la trascendencia del debate que se propone: si la mera apariencia de parcialidad ha de obligar -con la Constitución en la mano- al apartamiento del instructor o si, por el contrario, resulta constitucionalmente admisible el razonamiento empleado por el Auto de 31 de enero de 1995. Cree, el recurrente en amparo, que el supuesto concreto exigía un pronunciamiento diferente, desde el punto de vista del art. 24.2 C.E., de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Considera que basta la sospecha fundada de parcialidad para que el derecho al Juez imparcial se vea mermado. Entiende que resulta sospecha fundada de parcialidad el que el Sr. Garzón haya compartido funciones en el Ministerio del Interior con don Juan de Justo, el que después de la salida de éste, haya permanecido durante un dilatado periodo de tiempo en aquél, el que en tal condición -y no como Juez Instructor- haya podido tener acceso a información sobre las actividades del recurrente en amparo y otros -fondos reservados incluidos-. el que esa información después se haya podido utilizar en el sumario 17/89 y el que haya mediado un brevísimo lapso de tiempo entre la salida del Sr. Garzón del Ministerio del Interior y las imputaciones que realizó contra el Sr. De Justo.

En definitiva, no se puede pretender que ésta sea una cuestión de mera legalidad. pues lo que se discute no es si el Auto recurrido ha analizado correcta o incorrectamente los presupuestos de los arts. 219 L.O.P.J. y 54 L.E.Crim., a la hora de denegar la recusación del Sr. Garzón, sino el hecho mismo de que el art. 24.2 C.E. no permitía ni permite el mantenimiento del Juez recusado como Instructor del sumario 17/89, análisis este último que no puede eludir el Tribunal Constitucional, pues de él depende directamente la violación del derecho fundamental que se denuncia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Señalada en la providencia dictada el 8 de mayo de 1995 por la Sección Tercera de este Tribunal la posible existencia en el presente proceso de dos causas de inadmisión previstas en nuestra Ley Orgánica -la del art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 a), por tratarse de un proceso penal aún no concluido, y la del art. 50.1 c), por carecer la demanda manifiestamente de contenido constitucional- nuestro examen ha de centrarse inicialmente en la concurrencia o no de la primera, dado que afecta a las «condiciones de la acción de amparo» (STC 1/1981) y, por tanto, constituye un requisito de carácter previo que, en el supuesto de que no concurra, ha de conducir a la inadmisión del recurso (art. 50.1 LOTC). De suerte que sólo si al término de nuestro examen fuera rechazada la existencia de tal causa de inadmisión sería procedente pasar al examen de la segunda.

2. Al respecto, ha de comenzarse recordando que desde la STC 1/1981 hemos declarado que en esta sede constitucional solo cabe la protección de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 C.E. «cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias» (STC 1/1981, fundamento jurídico 2.º). Pronunciamiento que guarda una entera correspondencia tanto con las previsiones del art. 161.1 b) en relación con el 53.1 C.E. como con la regulación del amparo en nuestra Ley Orgánica, ya que en su inicio el art. 41.1 se refiere expresamente a la «tutela general» de los derechos y libertades fundamentales «encomendada a los Tribunales de Justicia» (AATC 115/1981 y 478/1983) y luego se concreta tanto en el supuesto del art. 43.1 como en el que aquí interesa, el de recurso de amparo contra una resolución judicial, al exigir el 44.1 a) que «se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial».

Esta exigencia, conviene subrayarlo, no es un mero requisito de forma (ATC 3/1987 y STC 147/1994), sino que responde a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo y a su carácter de protección extraordinaria (ATC 3/1987) o de vía «especial y extraordinaria» (STC 185/1990, fundamento jurídico 4.º). Lo que implica que el restablecimiento del derecho constitucional presuntamente vulnerado ha de instarse prioritariamente ante los órganos jurisdiccionales por el cauce de los recursos e instancias que el ordenamiento en cada caso ofrece y sin que el recurso de amparo pueda constituirse en una instancia directa y revisora de la jurisdicción ordinaria, ya que sólo es una vía posterior para la defensa de los derechos y libertades a que se refiere el art. 53.2 C.E. una vez que ha sido insatisfactoria su protección por parte de los Juzgados y Tribunales. Y así hemos declarado reiteradamente que cuando en una de las fases de un procedimiento judicial aún no concluido por Sentencia se produce una violación de los derechos constitucionales reconocidos por el art. 24 C.E., «no es ajustado a la Ley Orgánica de este Tribunal interrumpir dicho procedimiento y acudir per saltum a este Tribunal sin haber agotado las vías judiciales procedentes» (ATC 228/1985), como exige el art. 44.1 a) LOTC.

En suma, al no ser el recurso de amparo un medio ordinario de protección de los derechos fundamentales, no cabe, pues, acudir directamente a este Tribunal sin que previamente los órganos jurisdiccionales hayan tenido oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento ofrece ya que, en otro caso, se producirían dos consecuencias no conformes con la Constitución. En primer lugar, la desnaturalización del recurso de amparo, al perder su carácter subsidiario y pasar a constituir la primera línea de defensa de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados en el proceso (SSTC 185/1990, 204/1990, 82/1991, 162/1991, 71/1992 y 211/1992, entre otras muchas); siendo así que el art. 24 C.E. «no reconoce derecho alguno a la subsanación inmediata de cuantas infracciones del mismo, o de otros derechos fundamentales, puedan producirse en el curso de un proceso» (ATC 361/1993, citado en la STC 32/1994, fundamento jurídico 5.º). En segundo término, y en correspondencia con lo anterior, una injustificada alteración de las funciones que respectivamente corresponden a la jurisdicción ordinaria y a la constitucional en materia de defensa de los derechos y libertades fundamentales, con merma de la encomendada por la Constitución a la primera. Pues hemos dicho que tal alteración supondría tanto como advertir a los ciudadanos que «no pueden esperar que los Jueces y Tribunales ordinarios protejan sus derechos fundamentales, y que sólo en este Tribunal pueden confiar a este respecto», lo que no es compatible con el dictado constitucional (STC 147/1994, fundamento jurídico 4.º).

3. Dicho esto, ha de tenerse presente que en este caso se ha solicitado el amparo del Tribunal cuando aun no ha concluido por Sentencia definitiva ni tan siquiera ha terminado la fase de instrucción del proceso penal a quo, como reconoce el propio recurrente. Por lo que aquí seria aplicable, en principio, tanto la doctrina general que se acaba de exponer como la sentada por este Tribunal en varias decisiones recientes, sobre presuntas violaciones del art. 24 en el curso de procesos penales aun no resueltos por Sentencia definitiva (SSTC 32/1994, 147/1994, 174/1994 y 247/1994). Pues si en la primera de estas decisiones ya dijimos que no cabía admitir que «cualquier desviación en los fines de toda instrucción criminal haya de ser reparada por este Tribunal intercalando el recurso de amparo entre los trámites exigidos por las normas procesales que hayan de cumplirse dentro de la vía judicial que se está siguiendo» (STC 32/1994, fundamento jurídico 5.º), el Pleno de este Tribunal ha declarado que es «en el marco del propio proceso, cuando éste aún se encuentra pendiente, donde deben invocarse y, en su caso, repararse las vulneraciones de los derechos fundamentales que hayan podido originarse, precisamente, en la sustanciación del proceso mismo, salvo que no esté abierta otra vía para remediar la vulneración actual del derecho que el recurso de amparo» (STC 147/1994, fundamento jurídico 4.º). De suerte que «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» (STC 174/1994, fundamento jurídico 2.º).

4. No obstante, la representación del recurrente ha alegado que el presente recurso de amparo nos sitúa ante un supuesto particular, ya que se dirige contra el Auto por el que se denegó la recusación del titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5. Por tanto, se ha ejercitado el derecho de recusación como exige la jurisprudencia de este Tribunal y al disponer el art. 228 L.O.P.J. que contra la decisión resolviendo la recusación no se dará recurso alguno, nace la acción de amparo y no cabe entender que el recurso no cumpla con el requisito exigido por el art. 44.1 a) LOTC. Pues el ordenamiento jurídico no ofrece en este caso una vía que permita reparar ante la jurisdicción ordinaria la eventual vulneración tanto del art 24.1 C.E. como del derecho a un Juez imparcial en cuanto garantía inherente al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.), que se imputan a la resolución judicial impugnada. Ahora bien, aun admitiendo que el art. 228 L.O.P.J. excluye cualquier recurso ante los Juzgados y Tribunales contra la decisión denegando la recusación, cabe preguntarse si realmente se ha cumplido con dicho requisito o la satisfacción del mismo es sólo aparente (STC 147/1994).

A este fin, cabe observar, de un lado, que la recusación sólo fue promovida por el ahora recurrente tras haberse ratificado por Auto de 12 de enero de 1995, dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, el anterior Auto del 9 de enero acordando la prisión provisional del imputado, lo que puede ser relevante en atención a lo dispuesto en el segundo inciso del art. 223 L.O.P.J. Pero en todo caso, lo que en esta sede constitucional importa es que, una vez admitida a trámite por el sustituto del Juez recusado, la recusación se ha sustanciado en un procedimiento incidental (art. 224.1 L.O.P.J.). Y ha de tenerse presente que, en relación con otros procedimientos incidentales en los que existían vías de recurso y éstas fueron agotadas antes de acudir en amparo ante este Tribunal, como ocurría en el caso resuelto por la citada STC 147/1994, que en esta decisión hemos dicho que el cumplimiento del recurso era sólo aparente, pues «no ha recaído aun 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, fundamento jurídico 3.º). Es claro, pues, que en el presente caso también nos encontramos en la misma situación de agotamiento de los recursos ante Jueces y Tribunales en un procedimiento incidental y, por tanto, sería igualmente de aplicación la doctrina expuesta en la mencionada STC 147/1994.

5. Frente a ello puede alegarse, ciertamente, la especial finalidad de este procedimiento incidental por su estrecha vinculación con las garantías que el art. 24 C.E. establece (SSTC 180/1991 y 384/19 resuelva sobre el desarrollo del proceso principal. Pues es indudable que, de no repararse la eventual lesión del derecho constitucional invocado en dicho incidente, ello puede hacer sentir sus efectos en los actos que ha de llevar a cabo el Juez en el curso de la instrucción, como hemos dicho respecto al derecho al Juez predeterminado por la Ley (STC 30/1986, fundamento jurídico 3.º).

Sin embargo, tal alegación no puede ser acogida. Ha de repararse, de un lado, que en el incidente de recusación se ha hecho valer el derecho constitucional al Juez imparcial. Pues hemos dicho que este derecho se deriva del art. 24.2 C.E., como aspecto del derecho a un proceso «con todas las garantías» (SSTC 145/1988, 164/1988, 98/1990, 138/1991, 113/1992, 157/1993 y 282/1993) y se ha precisado cuando ha sido necesario que este derecho constitucional no se confunde con el derecho al Juez predeterminado por la Ley (SSTC 138/1991, fundamento jurídico 1.º y 151/1991, fundamento jurídico 3º.). De otro lado, más fundamentalmente, este Tribunal ha entendido 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.

Ha de recordarse, en efecto, que ya en el ATC 929/1988 se indicó que el propio art. 228 L.O.P.J. 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. 1.413/91 y en la de 12 de febrero de 1992, dictada en el recurso de amparo núm. 2.510/91. 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 1.338/94; en la de 30 de enero de 1995, dictada en el recurso de amparo 3.938/94-A y, por último, en la de 22 de mayo de 1995, dictada en el recurso de amparo 385/95. Siendo de señalar que estas decisiones inadmitiendo el recurso han estado presididas, en esencia, por la finalidad de asegurar que así «no se trae ante este Tribunal ninguna supuesta lesión de un derecho fundamental mientras sea posible, como ocurre en este caso, obtener su remedio ante los Tribunales ordinarios, evitando una indebida vía de intersección de la jurisdicción constitucional con la ordinaria, que iría contra la subsidiariedad del recurso de amparo (SSTC 94/1992, 32/1994 y 147/1994)», como se ha dicho en la providencia de 30 de enero de este año.

6. Por último, se ha alegado tanto el gravamen añadido para el recurrente, caso de prolongarse la lesión del derecho constitucional (STC 247/1994), como la considerable dilación que se produciría si fuera inadmitido el recurso por su carácter prematuro. Pero es claro que esta doble alegación no se compadece con la doctrina expuesta en el fundamento jurídico anterior -que ha sido invocada por el Ministerio Fiscal para sostener la procedencia de inadmitir el recurso-, lo que habría de conducir, sin más, a su rechazo. Si bien es conveniente en el presente caso examinarlas e indicar, separadamente, las razones que impiden acogerlas.

A) En lo que respecta a un posible atemperamento de la doctrina antes expuesta con base en la excepción a la que se ha referido la citada STC 247/1994, es claro que la excepción invocada no seria en modo alguno aplicable en el presente caso, pues aquí se aduce la imparcialidad objetiva del Instructor y como reconoce el propio recurrente, si bien la demanda de amparo se interpuso cuando se hallaba sometido a prisión provisional, con posterioridad su situación personal se ha visto atemperada por una ulterior resolución judicial, al haber sido sustituida la medida cautelar de prisión provisional incondicional por la de prisión provisional eludible mediante el pago de fianza en metálico en virtud del Auto de 18 de abril de 1995 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, habiéndose prestado tal fianza. De suerte que en el momento actual sólo sufre las consecuencias derivadas del procesamiento y de dicha fianza. Efectos que ciertamente no cabe entender que entrañen un agravamiento de la eventual lesión del derecho constitucional por quedar su posible reparación para un momento ulterior del procedimiento penal. A lo que cabe agregar, finalmente, que el hecho de haberse modificado la situación del recurrente en virtud de una resolución judicial posterior evidencia, por sí sola, el carácter prematuro del amparo, como ha indicado el Ministerio Fiscal. Pues tal modificación de la situación procesal viene a corroborar que la reparación de una eventual lesión de los derechos fundamentales en el curso de un proceso penal no resuelto por Sentencia ha de solicitarse, y cabe obtenerla prioritariamente, de los órganos jurisdiccionales, sin recurrir directamente en amparo a este Tribunal, como reiteradamente hemos declarado.

B) En cuanto a la dilación que podría producirse en la reparación del derecho constitucional vulnerado caso de ser inadmitido el recurso en aplicación del requisito del art. 44.1 a) LOTC, es claro que los propios términos del art. 228 L.O.P.J. 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.

En efecto, el respeto del carácter subsidiario del recurso de amparo impone al legislador establecer los cauces procesales necesarios para garantizar en el ámbito de la jurisdicción ordinaria la protección de los derechos fundamentales y excluir así el acceso directo a este Tribunal. Pero si no existe todavía en nuestro ordenamiento «un amparo que sea realmente previo y sumario ante los Tribunales ordinarios» hemos dicho que el valor prevalente de tales derechos implica, como consecuencia obligada, que los Jueces y Tribunales han de interpretar las normas procesales que configuran los recursos existentes en el sentido más favorable a tales derechos, permitiendo su tutela en fase jurisdiccional (STC 185/1990, fundamento jurídico 5.º). Esfuerzo interpretativo que cuenta con precedentes en la doctrina de este Tribunal (SSTC 10/1984, 15/1986 y 185/1990, entre otras) y, al permitir integrar los mandatos normativos expresados en las leyes o colmar las lagunas existentes, es especialmente relevante en relación con las garantías constitucionales del proceso penal para corregir eventuales desviaciones de los órganos jurisdiccionales y, en particular, respecto al incidente en el que se ha denegado la recusación del Juez Instructor, como aquí ocurre.

En el presente caso ha de repararse que aún se halla pendiente de resolución por la Sala de la Audiencia Nacional el recurso de reforma interpuesto contra el Auto de procesamiento, siendo también posibles otros recursos antes de que se celebre la vista oral, como ha sido señalado por el Ministerio Fiscal. Y aun cuando en el procedimiento ordinario no exista una audiencia preliminar similar a la prevista en el art. 793.2 L.E.Crim. para el procedimiento abreviado, la eficacia de las garantías constitucionales del proceso que el art. 24.2 C.E. establece también permite admitir la extensión de la nulidad de actuaciones por la vía de los artículos de previo y especial pronunciamiento, como ya ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la quiebra de una imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador (Sentencias de 31 de mayo de 1982, 7 de diciembre de 1984 y 6 de febrero de 1992), que aquí estaría referida al Instructor. De suerte que al estar en juego la eventual lesión del derecho a la imparcialidad del Juez que aquí se ha traído per saltum, los órganos jurisdiccionales, aun antes de haber recaído resolución definitiva de la causa (art. 228 L.O.P.J.), podrán reparar, en su caso, la presunta vulneración del derecho fundamental y ello permitirá evitar, consiguientemente, la dilación que el recurrente ha alegado como fundamento de su pretensión.

7. Ha de Llegarse, pues, a la conclusión de que en el presente caso no se han agotado las vías judiciales existentes ni, en consecuencia, cumplido el requisito exigido en el art. 44.1 a) LOTC.

ACUERDA

Por todo lo expuesto, la Sala acuerda la inadmisión de la demanda de amparo interpuesta por la representación de don Juan de Justo Rodríguez contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, desestimatorio de incidente de recusación.

Madrid, a cinco de junio de mil novecientos noventa y cinco.