|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 173/1995 |
| Fecha | de 6 de junio de 1995 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Javier Delgado Barrio. |
| Núm. de registro | 747-1995 |
| Asunto | Recurso de amparo 747/1995 |
| Fallo | Por todo lo expuesto, la Sala acuerda inadmitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por la representación de don Rafael Vera Fernández-Huidobro contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, desestimatorio de incidente de  recusación. |

**AUTO**

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 4 de marzo de 1995, el Procurador de los Tribunales don Tomás Alonso Ballesteros, en nombre y representación de don Rafael Vera Fernández-Huidobro, interpuso recurso de amparo contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de 14 de febrero de 1995, desestimatorio del incidente de recusación formulado.

2. La demanda se basa en los siguientes hechos:

a) El ahora recurrente formuló incidente de recusación contra los Ilmos. Sres. don Baltasar Garzón Real, instructor del sumario en el que halla imputado, y don Carlos Bueren Roncero. La recusación de éste se fundamentaba en su amistad íntima con el instructor y con el propio recusante. La de aquél, amparada en las causas previstas en los apartados 4.º, 8.º y 9.º del art. 219 de la L.O.P.J.. relataba, en síntesis, que tras el nombramiento del recusado como Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y expresar su deseo de integrarse en el Ministerio del Interior y tener mando directo sobre las Fuerzas de Seguridad del Estado, el recusante -su enemigo más significado y activo- se opuso frontalmente a ello y al no conseguirlo de inmediato dimitió de su cargo, dada la radical incompatibilidad entre ambos. Paralelamente el Ilmo. Sr. Garzón fue el acérrimo enemigo del recurrente en la época en que éste desempeñó la función de Secretario de Estado.

En segundo lugar, enterado, después de ingresar en prisión el Sr. De Justo, que al parecer el instructor estaba investigando los fondos reservados asignados presupuestariamente al Ministerio del Interior en esa etapa y no, sospechosamente, en la que los mismos fueron utilizados por el recusado, puso el hecho en conocimiento del Tribunal Supremo y denunció ante la Guardia Civil que se había intentado quebrantar la voluntad del Sr. De Justo. Posteriormente interpuso querella de antejuicio ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, denuncia ante el Excmo. Sr. Fiscal General del Estado y acudió al Defensor del Pueblo en solicitud de amparo.

De otra parte, el recusado irregularmente se reincorporó al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 después de su paso por la política activa. Al presentarse a las elecciones generales debió solicitar la excedencia voluntaria con la consiguiente pérdida de la plaza que ocupaba en propiedad (arts. 357.4 y 365 y ss. de la L.O.P.J.). No obstante, el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de junio de 1993, otorgó efectos retroactivos a la situación de servicios especiales cuando accedió a la condición de Diputado, lo que vulnera el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley reconocido en el art. 24.2 C.E.

Y, para el caso de que no se aceptara la certeza de las causas de recusación, propuso la práctica de diversas pruebas, entre ellas determinada documental dirigida a acreditar la interposición de las denuncias y querella antes referidas y testifical consistente en la declaración de don José Luis Corcuera Cuesta, don José Barrionuevo Peña, don Carlos Conde Duque, don Agustín Linares Molina, don José de la Puente Gil, don Juan de Justo Rodríguez, don Teodoro Merino de la Hoz, don Manuel Ballesteros García, don Jesús Martínez Torres y don Eligio Hernández Gutiérrez.

b) El Ilmo. Sr. Bueren, en su informe de 10 de febrero de 1995, aceptó la recusación solicitada y el instructor del incidente en Auto fechado al día siguiente resolvió en tal sentido.

c) El Ilmo. Sr. Garzón informó que no concurrían ninguna de las causas de recusación alegadas porque, de existir, se habría previamente abstenido, y parece que lo que se pretende es apartar de la instrucción al Juez natural predeterminado por la Ley.

Ante todo, la pretendida irregularidad en la reincorporación al mismo Juzgado, además de no poder fundamentar una causa de recusación pues no es éste el cauce para denunciar la ausencia de Juez natural, olvida lo prescrito en el art. 7 de la L.O.R.E.G. y, por tanto, el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial no otorgó efecto retroactivo alguno a la reserva de plaza.

En cuanto a la enemistad manifiesta, desconoce si el recusante era su enemigo (contradictor) más significado y activo respecto de la adscripción al Ministerio del Interior de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas; en cualquier caso nunca tuvo ocasión de discutir con él, directa o indirectamente, este asunto, que no se abordó en las dos únicas veces que coincidieron mientras estuvo en el Ministerio de Asuntos Sociales. «El trato fue absolutamente cordial, como correspondía a dos personas que habían tenido relaciones de trabajo y profesionales previamente, una en el ámbito de la seguridad del Estado, y, otra en el de la jurisdicción que entiende entre otros asuntos de criminalidad organizada y terrorismo».

No es muy ajustado a la realidad que existieran estas pugnas por la integración o no de la Delegación en el Ministerio del Interior, porque la primera noticia que tuvo al respecto fue en diciembre de 1993, en que el Ministro le pidió su parecer, la adscripción se produjo en virtud del Real Decreto 2.314/1993, de 29 de diciembre, y un mes antes el recusante ya había anunciado públicamente su decisión de abandonar el Ministerio. «Las discrepancias sobre el planteamiento, desarrollo, aplicación y eficacia de la seguridad del Estado, en el Ministerio del Interior, en las parcelas que me hubieran podido corresponder, enriquecerían a los discrepantes, pero nunca, al menos por mi parte, pueden dar lugar a enemistad con personas expertas en estas cuestiones. Los servidores públicos deben aportar sus conocimientos y experiencias al servicio al que pertenecen y desarrollar su actividad en beneficio de una mayor eficacia del mismo para el ciudadano. Por tanto las relaciones personales quedan al margen». En fin, siempre han existido entre ambos unas cordiales y correctas relaciones profesionales, enmarcadas en el ámbito de las respectivas competencias, y en nada se puede ver afectada la instrucción del sumario por tal circunstancia.

En lo referente a la causa sexta del art. 219 de la L.O.P.J. y tras señalar los limites de la instrucción judicial, expresaba: «el... recusado no investiga la utilización de los fondos reservados en todo momento y sea cual sea la causa de esa utilización (lícita o ilícita) sino sólo si en relación a las actividades de los G.A.L. se han utilizado fondos públicos, sean éstos reservados o no, para financiar o encubrir las actividades delictivas de aquéllos, y, respecto a ambas cosas, podría tener alguna relación el recusante, siendo éste precisamente el objeto de la investigación. Por lo demás es público y notorio que el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas no tuvo en momento alguno disposición directa o indirecta de fondos reservados».

De otra parte, aunque no existiera una imputación formal contra el recusante hasta el 10 de enero de 1995, fecha en que se solicitó parecer al Ministerio Fiscal sobre su condición de aforado, desde el 16 de diciembre de 1994 el procedimiento ya estaba dirigido contra él y sólo cuando se perfiló con nitidez una de las imputaciones se procedió directamente en su contra. Al respecto es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que rechaza la causa de recusación cuando la denuncia o querella se formula una vez abierto el procedimiento y claramente se dirige a instrumentalizar aquélla.

Por lo que atañe a la causa novena del art. 219 de la L.O.P.J., además de que no expresa los hechos concretos en que se apoya, «el único interés que puede guiar al instructor es la averiguación de la verdad material, sobre los hechos que se investigan, correspondiéndole la función de instruir y acopiar los elementos de prueba necesarios para sustentar o desvirtuar las imputaciones que aparecen en la causa respecto a determinadas personas.

d) Del mismo se dio traslado al Ministerio Fiscal que despachó el trámite conferido interesando se rechazaran todas las causas de recusación alegadas y se inadmitiera el incidente a prueba, «pues la práctica de la misma lo único que produciría es un retraso importante en la tramitación del procedimiento principal, y en nada acreditaría la existencia de las causas alegadas».

Según constante y reiterada jurisprudencia, para que la denuncia surta efecto como causa de recusación debe haber sido presentada con anterioridad a la iniciación de la causa, pero es público y notorio -por tanto no necesita prueba- que el recusante planteó denuncias ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ante el Fiscal General del Estado muy posteriormente al inicio del procedimiento. De otra parte, no se puede asimilar a la enemistad manifiesta la unilateralmente valorada como tal por una de las partes y basada en fundamentos tan poco convincentes como la «enemistad política». En cuanto al interés directo o indirecto en el pleito o causa, dio por reproducidos los fundamentos del Auto de 31 de enero de 1995, dictado en el incidente de recusación interpuesto por el Sr. De Justo, y el informe entonces vertido.

e) Por Auto de 14 de febrero de 1995 se desestimó la recusación formulada por el recurrente contra el instructor. Después de destacar la dimensión constitucional del instituto de la recusación, el carácter cerrado o numerus clausus de los motivos de recusación legalmente previstos y la necesidad, para que prospere la pretensión, de justificar plenamente los hechos alegados (fundamento jurídico 1.º), y rechazar la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley porque no puede incluirse en ninguna de las causas de abstención o recusación y se ignora lo dispuesto en el art. 7 de la L.O.R.E.G., así como los Acuerdos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (fundamento jurídico 2.º), razonaba, con cita de la pertinente jurisprudencia del Tribunal Supremo:

«La recusación se plantea en relación con la causa 4 y 6 del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial... No puede aceptarse esta causa de recusación ..., pues es preciso que dichas denuncias hayan sido presentadas con anterioridad a la iniciación de la causa sobre la que se formula la recusación lo que evidentemente no concurre en el caso de autos. La dinámica de presentación de denuncias y querellas, que más abajo se explicitará, lleva a pensar justificadamente a este instructor que se ha pretendido la prefabricación o preconstitución de causa de recusación» (fundamento jurídico 3º.).

El incidente de recusación plantea el motivo 8 del art. 219.... Tampoco puede aceptarse esta causa.... hay que concluir que en modo alguno se desprende del relato fáctico del escrito planteado en el incidente de recusación que la enemistad entre recusante y recusado sea de una parte manifiesta a través de actos concretos, precisos e inequívocos», ni de otra parte se ha justificado que dicha enemistad sea mutua, esto es, que compartan animosidades graves e interrelacionadas recusante y recusado. En todo caso, puede quedar patente la enemistad del recusante hacia el recusado, pero no así la del recusado hacia aquél, y ello en base a los argumentos en los que más adelante abundaremos» (fundamento jurídico 4.º).

Finalmente el escrito de recusación plantea la causa prevenida en el art. 219 núm. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial... El T.S.... establece ... que se refiere únicamente a un interés personal de condición económica, ética o afectiva, como esperanza de utilidad o beneficios propios de alcance material o espiritual, referidos al recusado a su patrimonio; es obvio que, del propio escrito de recusación no se desprende en absoluto una mínima argumentación en este sentido, extrapolando esta causa y poniéndola en relación con la anteriormente examinada, al atribuir al recusado oscuros intereses y motivaciones basadas en enemistades de raíces políticas y ancladas en tiempos pretéritos en que ambos coincidieron en actividades administrativas» (fundamento jurídico 5.º).

Por último, denegó el recibimiento a prueba del incidente con base en la siguiente argumentación:

«... al tratarse de una cuestión de hecho, como es el caso de la existencia de enemistad manifiesta o de interés en el pleito y que no ha sido reconocida por el recusado, el recibimiento a prueba del incidente seria obligado; cosa diferente es que la prueba propuesta sea pertinente o no. La prueba testifical propuesta se refiere a la declaración de personas que han ejercido o ejercen funciones en el Ministerio del Interior y va dirigida a tratar de acreditar la alegada enemistad manifiesta del recusante y del recusado, así como también el supuesto interés del Juez recusado en el asunto debatido en el proceso.

Pues bien, la citada prueba debe ser desestimada pues en el presente caso los testigos propuestos ejercen o han ejercido funciones directamente relacionadas con dicho Ministerio y, es lo cierto que el proceso al que se refiere la recusación tiene por objeto la investigación de supuestos hechos delictivos en el que ya están inculpados otros ex altos cargos del expresado Ministerio, e incluso, uno de los testigos propuestos se encuentra en prisión por dicha causa. No se trata por lo tanto de personas ajenas al proceso mismo, sino de posibles testigos de la investigación y eventualmente no puede descartarse tampoco que alguno pueda resultar interesado en la causa, como ya lo esta en calidad de inculpado el antiguo secretario del recusante; en todo caso resulta obvio que todos los testigos propuestos aparecen directamente conectados con la actividad oficial desarrollada por el recusante, lo que conduce a entender que su testimonio corroboraría la tesis de enemistad que el recusante manifiesta sentir hacia el recusado, pero no resulta plausible que dichos testimonios, habida cuenta su naturaleza, origen y funciones en la Administración del Estado de los testigos, puedan aportar nada significativo para corroborar la enemistad que pudiera existir del recusado al recusante, ya que todos ellos aparecen en relación directa y profesional con el recusante.

No es imposible pensar que no existan otras personas que estén en condiciones de acreditar los hechos que se pretenden probar, en este incidente, más que un inculpado y posibles testigos del proceso del que dimana, ya que se trata de situaciones que por su propia naturaleza deben constar a un número suficiente de personas ajenas, al referirse a la posible enemistad manifiesta (por lo tanto clara y evidente) y el supuesto interés en el proceso, que tampoco puede ser difuso o presumible, sino palmario, sea de forma directa o indirecta.

Aceptar lo contrario, es decir, admitir que las pruebas de las causas de recusación puedan articularse desde el testimonio de las personas que guardan alguna relación con la causa, abriría la puerta, supuesto claramente rechazado por el legislador, a que pudieran "prefabricarse" los motivos de recusación, facilitando el apartamiento de un proceso, del Juez predeterminado por la Ley.

La misma suerte desestimatoria debe correr el resto de la prueba que se solicitaba en el escrito citado y que debe declararse impertinente en relación a los fines que se pretenden ., por lo que respecta a la prueba documental ... su impertinencia dimana de su pretensión o de la finalidad que persigue, que es poner de manifiesto la existencia de actividad denunciadora y querellante contra el acusado, pretensión que resulta vana: el recusante formuló denuncia, al parecer el 9 de enero de 1995 y posteriormente formalizó querella, con petición de apertura de antejuicio el día 12 de enero de 1995, habiéndose ampliado el 24 de enero de 1995, lo que ha dado lugar a la causa especial del Tribunal Supremo 110/95, haciéndose evidente pues que la causa abierta contra el recusante lo fue formalmente el día 10 de enero de 1995, pero materialmente lo era desde el día 16 de diciembre de 1994. Ello puede justificar la calificación de fraude de Ley o preconstitución de causa de recusación a la presentación que el recusante hizo de una querella criminal por delito contra el recusado...» (fundamento jurídico 6.).

3. La demanda de amparo se dirige contra el expresado Auto de 14 de febrero de 1995 y estima violados el art. 24.1 C.E. y los derechos al Juez imparcial, al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa reconocidos en el art. 24.2 C.E.

Argumenta a propósito de la imparcialidad que el órgano judicial no acepta las causas núms. 4 y 6 de la L.O.P.J. porque es preciso que las denuncias hayan sido presentadas con anterioridad a la iniciación de la causa sobre la que se formula recusación. Prescindiendo de que en el escrito promoviendo el incidente no se hacía referencia a esta última causa, un simple cómputo del momento en que se dirigió la causa específicamente contra el recurrente y el momento de presentación de la denuncia contra el recusado (9 de enero de 1995), evidencia que ésta se formuló con anterioridad. El propio Auto impugnado admite que la causa fue formalmente abierta contra el recusante el 10 de enero, aunque materialmente lo estaba desde el 16 de diciembre de 1994, pero esta última aseveración sitúa al recurrente en una posición de absoluta indefensión, porque si ya entonces existían «cargos» en su contra, no se le ha dado ocasión de ejercer el derecho de defensa y asistencia letrada y se ha vulnerado también el derecho a un proceso con todas las garantías.

La tesis del órgano judicial sobre la causa núm. 8 del art. 219 de la L.O.P.J. desconoce el contenido esencial de la imparcialidad subjetiva. La confrontación entre recusante y recusado era no solo concreta, precisa e inequívoca, sino manifiesta para todos, incluso para el propio recusado. Para nadie pasó inadvertido el enfrentamiento personal cuando el Ilmo. Sr. Garzón fue nombrado Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas y el recurrente siempre se opuso de forma frontal a la integración de la Delegación en el Ministerio del Interior, dada la incompatibilidad personal entre ambos. La incompatibilidad era mutua, recíproca y correspondida con numerosas actitudes, gestos, desplantes, cuya especificación se pospuso para la prueba de confesión propuesta y no admitida. Y cuando el Sr. Garzón consiguió integrarse en el Ministerio del Interior, el recurrente presentó de inmediato su dimisión, debido no solo a la referida incompatibilidad, sino también a la diferencia de criterios y a la disparidad en la actitud general y concreta en los temas que pudieran afectar a las competencias asumidas por el recusado. De la ponderación de estos antecedentes fácticos, comprobables en las hemerotecas y por una abundante testifical que fue denegada, puede extraerse la conclusión de que la enemistad fue y es mutua y manifiesta, enemistad que hace quebrar la imparcialidad subjetiva, la cual debe ser valorada incluso desde el nivel de las apariencias. Y tanto la conducta personal del Juez como la del justiciable a lo largo de su total trayectoria vital pueden suministrar el indicio o apariencia revelador de una quiebra de la imparcialidad subjetiva, porque también en la «lucha política» y en la función pública en general se crean resquemores personales.

La interpretación del órgano judicial sobre la causa núm. 9 del art. 219 de la L.O.P.J. esta anclada en una interpretación preconstitucional, parcial, sesgada, ingenua, economicista y desconocedora del contenido esencial de tal causa de recusación pues olvida que la imparcialidad objetiva se plantea ante toda relación que haya existido entre el órgano judicial y el objeto mismo del proceso. Sin duda el Ilmo. Sr. Garzón ha tenido una relación directa con el objeto mismo del proceso durante su etapa política, porque como Secretario de Estado del Ministerio del Interior tuvo conocimiento de la existencia, procedencia, gestión y destino de los llamados fondos reservados asignados presupuestariamente al Ministerio y también adquirió importante información y conocimiento confidencial y secreto sobre su empleo y destino, lo que implica una inevitable contaminación inquisitiva. Dado que uno de los motivos por los que se ha abierto el sumario 17/89 es averiguar la presunta utilización irregular de fondos reservados procedentes del Ministerio del Interior, es obvio que el Sr. Garzón tiene una previa relación con el objeto de la causa.

En lo concerniente al derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que al haber estado el recusado en excedencia voluntaria con el fin de presentarse a las elecciones generales (art. 357.4 de la L.O.P.J.) de forma automática e irreversible perdió la plaza que ocupaba en propiedad (arts. 365 y ss. de la L.O.P.J.), sin que pudiera aplicarse con carácter retroactivo la posterior situación de servicios especiales al ser elegido Diputado [art. 352 d) de la L.O.P.J.], pese al irregular Acuerdo al respecto de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial. La situación administrativa de servicios especiales es incompatible con el derecho fundamental al permitir que sea el Juez, por un acto de decisión propio, el que discrecionalmente determina, en primer término, si quiere o no ser Juez ordinario, y en segundo lugar, elegir los casos en que desea o no intervenir. Se trata de una parcialidad objetiva originaria, ya que es pura y simple consecuencia de una decisión política del propio Juez, que resuelve por motivos políticos abandonar la carrera judicial y luego, por esos u otros motivos, opta por reincorporarse, no ya a la actividad jurisdiccional general sino a la de un concreto Juzgado o Tribunal. No se propugna que el Juez no pueda ejercer una acción política y posteriormente vuelva a desempeñar la función jurisdiccional, sino poner de relieve que el retorno debe hacerse en las condiciones objetivas definidas por la Ley, pero nunca en las condiciones, tiempo, ocasión, circunstancias y oportunidad que decida el propio Juez dando ocasión a que pueda elegir el caso en el que quiere o no intervenir.

En cuanto al art. 24.1 C.E. se señala que, aunque en el escrito de promoción del incidente de recusación se proponía el recibimiento a prueba, el Auto impugnado no solo resuelve el fondo del incidente sino que rechaza la totalidad de las pruebas propuestas. Ello, de un lado, coloca al recurrente en situación de indefensión porque, al no dictar una resolución independiente para la inadmisión del recibimiento a prueba, se impide el acceso a los recursos y remedios procesales previstos contra la misma, y como es sabido todos los autos de los Jueces de Instrucción en principio son susceptibles de ser recurridos, cuando menos en reforma (art. 217 de la L.E.Crim). En segundo lugar, las razones de economía procesal aducidas nunca pueden implicar una vulneración de derechos fundamentales, pues la resolución del incidente cumpliendo estrictamente todas las garantías en nada afecta a la causa principal, que en modo alguno se paraliza (arts. 225.1 de la L.O.P.J. y 62 de la L.E.Crim.). En fin, la tramitación del incidente adolece de gravísimos defectos de procedimiento (no se ha respetado el orden en la emisión de los informes preceptivos por parte del recusado y del Ministerio Fiscal: informaron en la misma fecha cuando legalmente el Ministerio Fiscal debe ser oído después del informe del recusado y tras haberse ordenado por el instructor la práctica de la prueba o, en su caso, haberla denegado, como establecen los arts. 225.4 de la L.O.P.J. y 65 de la L.E.Crim.). Además, el Ministerio Fiscal, invadiendo competencias que no le están atribuidas, se permite indicar que no se reciba a prueba el incidente, cuando su intervención debe ser posterior a la admisión o no de las pruebas.

De otro lado, se ha denegado de forma irrazonada e irrazonable el derecho a utilizar las pruebas pertinentes. Por lo que respecta a la prueba testifical, la motivación del órgano judicial es absolutamente incongruente, porque la presunta implicación del recusante en el sumario obedece única y exclusivamente a las declaraciones de dos coimputados, que merecen todo crédito al instructor del incidente, pero los testimonios de personas que han desempeñado cargos en el Ministerio del Interior carecen de toda validez. La argumentación es además arbitraria e irrazonable porque, aparte de ignorar el principio de presunción de inocencia (predice temerariamente una posible imputación), está advirtiendo y hasta pronosticando, de forma sumamente inquietante, que no puede descartarse que esos testigos eventualmente puedan resultar interesados en la causa. Nada tiene que ver esa alarmante y mera insinuación con el incidente de recusación, porque nada impide ejercitar el derecho y deber de ser testigo, ni presentar para acreditar los legítimos intereses los testigos que convengan a los fines de la defensa, ni es de recibo que se diga que ya sabemos de antemano lo que van a declarar, ni mucho menos puede admitirse que de otro modo se estaría propiciando la «prefabricación» de los motivos de recusación.

En relación a la prueba documental propuesta, no es mínimamente aceptable que el momento para determinar cuándo se dirige un procedimiento contra una persona se resuelva con un criterio «material», ignorando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los actos de comunicación a los implicados en un procedimiento. Si el instructor del incidente dudaba de la fecha en que el recusante presentó denuncia, lo congruente, razonable y pertinente hubiera sido admitir al menos la prueba tendente a acreditar este extremo.

Por último, la inexistencia de recurso alguno contra la decisión de recusación en virtud de lo establecido en el art. 228 de la L.O.P.J., frente a la previsión del art. 69 de la L.E.Crim., vulnera asimismo el art. 24.1 C.E. y el derecho a un proceso con todas las garantías, porque uno de los requisitos inherentes a la obtención de una efectiva tutela judicial es el derecho a que toda resolución sea susceptible de ser corregida mediante el sistema de recursos, máxime en este caso en que la instrucción y resolución del incidente no solo corresponde a un Juez del mismo rango que el recusado, sino que resuelve el mismo órgano que instruye. Así se desprende de una interpretación teleológica del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Interesa, por ello, la nulidad de la resolución impugnada y de todo lo actuado en el incidente decretando haber lugar a la recusación o, alternativamente, de lo actuado desde el informe emitido por el Magistrado recusado al objeto de que se reciba a prueba el incidente y, finalmente, la nulidad de las actuaciones practicadas con posterioridad en el procedimiento principal por el titular del Juzgado, ordenando su retroacción al momento anterior al que tuvo lugar la vulneración de derechos fundamentales para el que un sustituto continúe la instrucción del sumario. Caso de otorgarse el amparo, solicita se proceda conforme a lo previsto en el art. 55.2 LOTC en relación con los preceptos cuya inconstitucionalidad se cuestiona.

Al amparo del art. 56.1 LOTC solicita igualmente la inmediata suspensión de la ejecución del Auto recurrido pasando las actuaciones al Magistrado Juez sustituto y de las actuaciones procesales o sumariales posteriores al 14 de febrero de 1995 practicadas por el titular del Juzgado.

4. Por escrito presentado el 8 de marzo de 1995, la representación del recurrente aportó testimonio de la pieza separada del incidente de recusación.

5. La Sección Cuarta, por providencia de 13 de marzo de 1995, acordó recabar del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 la remisión de testimonio de las resoluciones recaídas en el sumario 17/89, en cuya virtud se acordó, ratificó y confirmó la situación de prisión provisional del recurrente.

Su representación procesal, en escrito presentado el 25 de marzo de 1995, aportó diversa documental relacionada con el anterior proveido. En un segundo, registrado el 1 de abril de 1995, aportó el Auto de acumulación dictado por el instructor en 27 de marzo de 1995. En un tercero, presentado el 25 de abril de 1995, adjuntó el Auto de procesamiento y el Auto de 12 de abril de 1995, relativo a la prórroga del secreto sumarial. En otro, registrado el 6 de mayo, modificaba el petitum de la demanda de amparo extendiendo la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley a la intervención del Ilmo. Sr. García Castellón. Por último, en escrito presentado el 8 de mayo, participó diversas incidencias surgidas en el curso de la instrucción.

6. La Sección Primera, por providencia de 8 de mayo de 1995, acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para alegar lo que estimasen pertinente en relación con la posible existencia de los siguientes motivos de inadmisión: a) No haberse agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial; b) carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal Constitucional.

7. La representación del recurrente solicitó la admisión a trámite de la demanda. Sobre el art. 50.1 a) de la LOTC:

Desde la premisa que este Tribunal a la hora de valorar el agotamiento de la vía judicial toma como norte y guía la lógica de lo razonable, en función de la utilidad de los recursos para conseguir la revisión del acto lesivo del derecho fundamental, y el más riguroso sometimiento al principio de legalidad, afirma de entrada que seria irrazonable exigir el agotamiento hipotético de la totalidad de las vías de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico, incluidas las extraordinarias, estén o no autorizadas para el caso en cuestión.

Derogados por la L.O.P.J. los preceptos que en materia de incidentes de abstención y recusación se oponen a la misma, su art. 228 implica la derogación de lo dispuesto en el art. 69 de la L.E.Crim. Pese a su incorrección sintáctica, aquel precepto expresa, primero, que contra la resolución decisoria del incidente no cabe recurso y, segundo, sin perjuicio de que al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa principal, se pueda hacer valer la resolución del incidente al efecto de pedir la nulidad de aquélla. Pero ese «hacer valer» nada tiene que ver con el sistema de recursos del incidente de recusación y se explica porque su resolución puede afectar a derechos fundamentales que inciden en la causa principal, provocando la nulidad de la resolución que decida sobre ésta.

Es inaceptable que hasta que en su caso se haga valer la vulneración del derecho fundamental al recurrir la resolución que decide la causa principal, no sea posible acudir en amparo. Esa interpretación, aparte de dilatoria, conduce al mayor de los absurdos: la posible causa de recusación tal vez dentro de varios años produzca el más perverso de los efectos del procedimiento, esto es, su nulidad absoluta y radical precisamente porque la instrucción se practicó por un Juez parcial. Esperar a una sentencia sobre el fondo de la causa principal para recurrirla y hacer valer en ese hipotético recurso la vulneración del derecho fundamental, es irrazonable e inútil para el fin pretendido porque bien pudiera ocurrir que la resolución fuera totalmente favorable al recurrente y entonces no tendría recurso alguno contra la resolución que decide la causa principal y no obstante habría tenido que padecer toda una instrucción llevada a término y ultimada por un Juez que no es imparcial. Ni judicial ni constitucionalmente podría recabar la normalización del derecho fundamental quebrantado. En síntesis, lo que el recurrente pretende es una instrucción imparcial, con independencia de cuál sea el resultado a que lleguen los sentenciadores o los que conozcan de los incidentes en relación con la causa principal.

De otra parte, el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite numerosos recursos de amparo contra autos que ponían término a una determinada fase procesal, aun cuando el conjunto del procedimiento persistiese y concluyera tal vez años después mediante la oportuna Sentencia (casos de Juan Guerra y Antonio Asunción).

En fin, la concreta cuestión de la denegación del recibimiento a prueba del incidente ni siquiera cabe hacerla valer en la resolución que decida en su día la causa principal. sino sólo acudiendo al recurso de amparo.

Sobre el art. 50. 1 c) de la LOTC:

Añade, a propósito del Juez imparcial, que con posterioridad a la formalización de la demanda de amparo se han producido una serie de extremos que vienen a confirmar la falta de imparcialidad del instructor. Denegado el recurso de reforma contra el auto de prisión incondicional, acuerda la suspensión del término inicialmente concedido para la designación de particulares, so pretexto de que se encuentran preservados por el secreto sumarial, impidiendo así a la Sala de apelación el conocimiento de aspectos esenciales de la causa, lo que ha provocado a su vez la suspensión sine die de la sustanciación del recurso de apelación. De otra parte, la víspera de la no celebrada vista de la apelación remitió para su incorporación al rollo un testimonio de particulares conteniendo el Auto de procesamiento, que ya conocía la Sala, y la declaración del inculpado don Luis Roldán Ibáñez.

Destaca, por último, la progresiva ampliación de las razones para acordar la prisión incondicional. Inicialmente basada en una supuesta alarma social, en el Auto de procesamiento se amplia a la posible destrucción de pruebas y a la presunta inmediatividad del hecho, y finalmente el Auto que resuelve el recurso de reforma interpuesto contra el anterior incorpora una nueva causa -el riesgo de elusión de la acción de la justicia-.

En segundo lugar, extiende también la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley a la intervención del Ilmo. Sr. García Castellón. La instrucción y resolución del incidente de recusación se llevó a cabo por un Magistrado-Juez de apoyo que no era el predeterminado por la Ley, tanto de acuerdo con la normativa que regula el nombramiento de jueces de apoyo (introducida por el nuevo art. 216 bis de la L.E.Crim. en vigor en fecha posterior al nombramiento inicial del Ilmo. Sr. García Castellón), como la que establece el régimen de sustituciones en la Audiencia Nacional, que tampoco fue respetada (normas de reparto aprobadas el 12 de diciembre de 1994) y, por ello, se convirtió en un Juez ad hoc.

8. El Fiscal, ante el Tribunal Constitucional, interesó la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa y, en otro caso, por falta de contenido constitucional de la demanda.

Respecto de la primera causa y de acuerdo con el criterio jurisprudencial más reciente sobre recursos de amparo interpuestos contra resoluciones que no ponen fin al proceso (SSTC 32/1994, 147/1994 y 174/1994), entiende que la subsidiariedad característica de este proceso constitucional exige un agotamiento absoluto de la vía judicial previa. Aquí queda todavía la posibilidad de hacer las alegaciones oportunas en el plenario y aun en el recurso de casación procedente, de conformidad con lo que establecen los arts. 5.4 y 228 de la L.O.P.J. Es más, los dos hechos procesales sobre los que se proyecta la tacha de pérdida de la imparcialidad del instructor -el resultado de la instrucción y el acuerdo de prisión provisional del recurrente- están en este momento sometidos al control de un órgano superior -la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional- mediante los oportunos recursos de apelación, y del resultado de tales impugnaciones podría depender la subsistencia objeto del amparo.

Tampoco concurre la excepción que contempla la STC 247/1994. El Auto de prisión -y las decisiones que lo confirman- está cumplidamente fundado, consigna los hechos en que se funda, señala exhaustivamente los elementos de juicio, directos e inferenciales, que demuestran en principio la intervención del recurrente y ponderan los requisitos legales para la adopción de la medida. Satisface, en suma, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva y no permite el menor atisbo de arbitrariedad. Por otra parte, las resoluciones judiciales cuentan con una presunción de validez a su favor y en su cumplimiento converge un claro interés general. Se pretende, en definitiva, un control constitucional de la instrucción provocando una interferencia en la actividad procesal que impone al Juez el art. 299 de la L.E.Crim. y se persigue por esta vía dar entrada en el Tribunal Constitucional a un problema -el relativo a la prisión provisional- que difícilmente tendría acceso por los cauces normales.

La recusación no constituye un proceso con sustantividad propia, sino un mero incidente en el que no rige propiamente el principio de doble instancia. No obstante, ex art. 228 de la L.O.P.J., el incidente de recusación no conduce a una resolución inapelable, sino que cabe reproducir la pretensión en el recurso que proceda contra la resolución que ponga fin a la causa (STC 206/1994, ATC 929/1988 y providencia de 11 de febrero de 1992 recaída en el recurso de amparo 2.510/91).

Por último, desde la entrada de la demanda de amparo el recurrente ha presentado dos escritos que concretan, enmiendan y amplían el alcance de los motivos del recurso, en razón de nuevos hechos procesales y documentos llegados a su conocimiento, lo que revela por sí mismo el carácter prematuro del recurso.

En lo que atañe a la falta de contenido constitucional de la demanda, sienta una doble consideración previa. Esta causa de inadmisión es también predicable de aquellos recursos cuyo planteamiento no ofrece indicios razonables de haberse producido la vulneración denunciada. En segundo término, la función de este Tribunal en relación con la recusación se circunscribe a verificar la posible vulneración de derechos constitucionales en el procedimiento, excluyendo cuantos problemas se proyectan sobre la interpretación y aplicación de la causa en que la recusación se funda (STC 47/1982).

Adentrándose ya en el examen particularizado de las quejas planteadas, afirma que los derechos constitucionales al Juez imparcial y al Juez predeterminado por la Ley se complementan entre sí y responden a una misma idea esencial, pero una amplitud impropia o excesiva de la imparcialidad limitaría de modo inconveniente la efectividad de la predeterminación legal e incluso podría afectar a la independencia judicial. Seguramente a ello responden determinadas declaraciones de la jurisprudencia de este Tribunal. Así, el carácter numerus clausus de las causas de recusación (ATC 111/1982), la insuficiencia de la duda para estimar una causa de recusación (ATC 1091/1988) y la necesidad de establecer los hechos concretos en que se funda (ATC 109/1981).

El recurrente no denuncia hechos concretos que demuestren la pérdida de la imparcialidad por parte del instructor, limitándose a describir un episodio de su vida del que pudiera resultar, como mera hipótesis, ya el nacimiento de una enemistad manifiesta entre recusante y recusado, ya el conocimiento, por parte de aquél, de hechos que pudieran haber influido en la instrucción o en sus decisiones. Pero en modo alguno se alega un hecho denotador de la enemistad, ni un elemento de juicio adquirido con anterioridad al proceso que haya influido en la actuación del instructor. Por otra parte, en la tramitación del incidente se han observado los principios de inmediación y contradicción y se ha dictado una resolución, fundada, razonada y suficiente.

La tesis del recurrente sobre el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley no se ajusta a la configuración que la doctrina jurisprudencial da al derecho (STC 138/1991). La garantía se proyecta sobre el órgano, no sobre la persona (STC 148/1987) y tampoco el aforamiento, las cuestiones de competencia o las sustituciones que afectan a la misma.

Acerca del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, subraya que la prueba propuesta, testifical y documental, tenía por objeto la acreditación de los hechos alegados que el Juez ha admitido sin ponerlos en tela de juicio, en cuanto que la discrepancia entre la pretensión y la resolución estriba en la valoración de esos hechos, no en su existencia.

Y sobre la irrecurribilidad de la decisión insiste en que la recusación es un incidente que no concluye con una resolución inimpugnable, no es identificable con un proceso penal ni impone una sanción.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Señalada en la providencia dictada el 8 de mayo de 1995 por la Sección Primera 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 falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial, 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. Ha de comenzarse recordando que desde la STC 1/1981 hemos declarado que en esta sede constitucional sólo 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 53.2 C.E. como con la regulación del amparo en nuestra Ley Orgánica, ya que en su inicio el art. 44.1 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, como regla general, en una instancia directa y revisora de los Tribunales ordinarios, 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 ue 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 los Tribunales ordinarios y a este Tribunal en materia de defensa de los derechos y libertades fundamentales, con merma de la encomendada por la Constitución a los primeros. 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 sería 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 tramites 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 los Tribunales ordinarios 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, al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (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, importa destacar 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 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, 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 384/1993) y la importancia de lo que en él se resuelva sobre el desarrollo del proceso principal. Pues es indudable que, de no repararse la eventual lesión de los derechos constitucionales invocados 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.

Sin embargo, tal alegación no puede ser acogida pues 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 y, por último, en la de 22 de mayo de 1995, dictada en el recurso de amparo 385/95. 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. Se ha alegado la considerable dilación que se produciría si fuera inadmitido el recurso por su carácter prematuro. Pero es claro que esta alegación no se compadece con la doctrina expuesta en los fundamentos jurídicos anteriores, invocada asimismo por el Ministerio Fiscal para sostener la inadmisión del recurso.

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 entendimiento que el recurrente en amparo hace del art. 228 L.O.P.J., 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.

En el presente caso, por lo demás, ha de repararse que aún se halla pendiente de resolución por la Sala de la Audiencia Nacional el recurso de apelación 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 lo actuado por la vía de los artículos de previo y especial pronunciamiento, como ya ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de mayo de 1982, 7 de diciembre de 1984 y 6 de febrero de 1992). De acuerdo con esta doctrina el Tribunal Supremo ha declarado de oficio la nulidad de actuaciones al constatar la quiebra de la imparcialidad objetiva en el Tribunal sentenciador (Sentencia de 27 de enero de 1992 y Autos de 30 de mayo de 1988 y 1 y 18 de octubre de 1990) 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 Tribunales ordinarios, 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. Una última consideración es oportuna en lo que respecta a la circunstancia concurrente en el presente caso relativa a la situación personal de prisión provisional del recurrente como consecuencia de la medida cautelar adoptada el 16 de febrero por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, al solo efecto de ser examinada a la luz de la doctrina de la STC 247/1994, fundamento jurídico 10, relativa a la excepción de aquellos casos en que «el seguimiento exhaustivo del itinerario procesal previo, con todas sus fases y etapas o instancias, implique un gravamen adicional, una extensión o una mayor intensidad de la lesión del derecho por su mantenimiento en el tiempo, hipótesis que puede darse cuando de la libertad personal se trata».

Importa, por de pronto, advertir que la resolución judicial impugnada en el presente recurso de amparo es el Auto de desestimación de la recusación y no el que acuerda la prisión provisional; además, la situación personal de prisión provisional está todavía pendiente de recurso de apelación ante la Audiencia Nacional, por lo que no puede considerarse firme. Por tanto, la reparación de una eventual lesión de los derechos fundamentales, también desde esta perspectiva, cabe obtenerla primordialmente de los Tribunales ordinarios sin recurrir de manera directa a la vía del recurso de amparo constitucional con el consiguiente quebrantamiento de su carácter de remedio extraordinario y subsidiario.

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 inadmitir a trámite la demanda de amparo interpuesta por la representación de don Rafael Vera Fernández-Huidobro contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, desestimatorio de incidente de

recusación.

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