|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 136/1992 |
| Fecha | de 25 de mayo de 1992 |
| Sala | Sección Primera |
| Magistrados | Don Francisco Tomás y Valiente, don Francisco Rubio Llorente, don Fernando García-Mon y González-Regueral y don Jesús Leguina Villa. |
| Núm. de registro | 2037-1990 |
| Asunto | Recurso de amparo 2.037/1990 |
| Fallo | Por lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este Tribunal en fecha 1 de agosto de 1990, la Procuradora de los Tribunales doña M.ª Jesús González Díez, en nombre y representación de don Domingo Biosca Vidal, interpuso recurso de amparo contra el Auto de 25 de abril de 1990 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, alegando la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez ordinario predeterminado por la Ley.

2. De la demanda de amparo se desprenden, en síntesis, los siguientes hechos:

A) Contra el actual recurrente en amparo y otros, se formuló querella por un presunto delito contra la libertad y seguridad en el trabajo, incoándose por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona sumario de urgencia con el núm. 76/1983-A. El titular de dicho órgano judicial, Ilmo. Sr. don José Luis Jori Tolosa, dictó tras la instrucción de la causa, Auto de procesamiento contra el señor Biosca Vidal y resolvió, asimismo, recurso de reforma contra el mismo, ampliando por otro delito el procesamiento del actual recurrente. En fecha 27 de abril de 1984, el mencionado Juez dicta Auto de conclusión del sumario.

B) El 18 de abril de 1989, el nuevo titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona, Ilmo. Sr. Ledesma García, dictó Auto acordando la tramitación del referido sumario por los cauces previstos en los arts. 779 y sigs. de la L.E.Crim. (tras reforma operada por L.O. 7/1988, de 28 de diciembre), esto es, por los trámites del denominado «procedimiento abreviado», siguiéndose las actuaciones con el número de diligencias previas 1016/89.

En fecha 6 de julio de 1989, el Ministerio Fiscal solicitó la apertura del juicio oral, y el día 28 de septiembre de 1989 el Juez dicta Auto por el que acuerda, no obstante, el sobreseimiento libre de las actuaciones.

C) En fecha 22 de diciembre de 1989, el nuevo titular del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona, Ilmo. Sr. don Juan Rafols Llach, dictó providencia admitiendo a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal frente al Auto que denegó la apertura del juicio oral.

Dicho recurso fue resuelto por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona mediante el Auto actualmente impugnado en amparo. de fecha 25 de abril de 1990, por el que se acordó la estimación del recurso, la revocación del Auto de instancia y la continuación de las actuaciones por el trámite previsto en el Capítulo Segundo del Título III del Libro IV de la L.E.Crim., hasta la celebración del oportuno juicio oral. De la referida Sección de la Audiencia formaba parte, en calidad de Presidente, don José Luis Jori Tolosa.

Afirma el recurrente que la anterior resolución le fue notificada en fecha 9 de julio de 1990.

3. La representación del demandante centra toda su queja en la alegación referente a la lesión de los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la C.E.) que han sido infringidas por el Auto de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona, al haber sido dictado por el Presidente de dicha Sección, Ilmo. Sr. don José Luis Jori Tolosa, que fue en su día instructor de la causa (inicialmente sumario núm. 76/1983-A y posteriores diligencias previas 1016/89).

Lo anterior es contrario a la doctrina de este Tribunal, recogida en la STC 145/1988, y resoluciones posteriores, que han señalado reiteradamente la lesión del derecho consagrado en el art. 24.2 de la C.E. (a un proceso con todas las garantías), cuando un mismo Juez instruye y decide una misma causa, al comprometerse la imparcialidad objetiva del juzgador. En este supuesto, continúa el recurrente, el Presidente de la Sala que decidió el recurso de apelación contra el Auto de sobreseimiento libre de la causa es la misma persona que instruyó inicialmente la citada causa penal y, por ello, debió abstenerse de conocer y resolver en segunda instancia, de la misma manera que lo hizo en el supuesto similar relativo al recurso de queja en las diligencias previas núm. 1213/89, que se acompaña también a la demanda de amparo.

En virtud de todo ello, suplica de este Tribunal se dicte Sentencia por la que, otorgando el amparo pedido, se declare la nulidad del Auto impugnado de 25 de abril de 1990. Por medio de otrosí, pide la suspensión de la celebración de juicio oral hasta la resolución del recurso de amparo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 56 de la LOTC.

4. Por providencia de 3 de septiembre de 1990, la Sección de Vacaciones de este Tribunal acordó tener por interpuesto el recurso de amparo y previo a decidir sobre su admisión, a tenor de lo dispuesto en el art. 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, requerir atentamente al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona y a la Sección Décima de la Audiencia Provincial de esa misma ciudad, para que en el término de diez días remitan, respectivamente, testimonio del sumario núm. 76/198,-A, de las diligencias previas 1016/89 y del rollo de apelación penal núm. 53/90. Asimismo, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.5 de la referida LOTC se acuerda otorgar un plazo de diez días al solicitante del amparo para que, dentro de dicho término, acredite fehacientemente la fecha de notificación de la resolución judicial impugnada, a efectos del cómputo del plazo establecido en el art. 44.2 de la LOTC. Respeto a la suspensión solicitada, una vez se resuelva sobre la admisión o inadmisión de la demanda de amparo, se acordará lo procedente.

5. Por providencia de 25 de febrero de 1991, la Sección Primera (Sala Primera) de este Tribunal acuerda tener por recibidas las actuaciones remitidas por la Audiencia Provincial de Barcelona y el Juzgado de Instrucción núm. 2 de la misma ciudad y a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que dentro de dicho término aleguen lo que estimen pertinente en relación con la posible existencia de los siguientes motivos de inadmisión: a) no haberse invocado formalmente en el proceso judicial antecedente el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación hubiere lugar para ello, según lo prevenido en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) de la LOTC, y b) carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre su fondo por parte de este Tribunal Constitucional, de conformidad con lo prevenido en el art. 50.1 c) de la LOTC.

6. En fecha 13 de marzo de 1991 se recibe el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal, en él interesa que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 86.1 LOTC, dicte Auto por el que se acuerde la inadmisión del presente recurso de amparo por concurrir en el mismo la causa de inadmisión prevenida en los arts. 50.1 c) en relación con el art. 44.1 c) LOTC y, de no concurrir aquélla, la admisión a trámite de la demanda. Señala el Ministerio Público que la resolución judicial que se recurre es el Auto dictado por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de abril de 1990. Dicho Auto estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de sobreseimiento libre acordado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Barcelona y lo que ahora se alega es la vulneración del derecho a un Juez imparcial y a un proceso público con todas las garantías (art. 24.2 C.E.). en razón a que el Magistrado que presidía la Sección que resolvió el recurso de apelación. Ilmo. Sr. don José Luis Jori Tolosa, había actuado con anterioridad como instructor de dicha causa. Pues bien, parece evidente -continúa el Ministerio Fiscal- que al no haber recurrido en apelación el demandante el Auto de sobreseimiento por ser conforme a sus intereses, la invocación de la vulneración constitucional del art. 24.2 debió llevarse a efecto por el demandante en el trámite de instrucción y alegaciones de dicho recurso. Las actuaciones judiciales remitidas al Tribunal Constitucional son harto incompletas y no constan ni el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal ni, si los hubo, los escritos de alegaciones e instrucción que en dicho recurso podían haber formulado las partes; aunque tales carencias impiden un pronunciamiento estricto sobre tal causa de inadmisión, es lo cierto que la prueba de tal invocación corresponde al demandante y éste no la ha efectuado, por lo que debe, con las reservas señaladas, entenderse concurrente la causa de inadmisión del art. 44.1 c) LOTC. En cuando a la alegación de fondo de la demanda, parece evidente que el Magistrado Sr. Jori Tolosa ejerció verdaderas funciones de instrucción en dicha fase procesal dictando, entre otras resoluciones, Auto de procesamiento, conforme a la constante doctrina constitucional en la materia, entre otras en las SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989 y 106/1989, ello supondría sin más la concurrencia de la vulneración del art. 24.2 como pretende la demanda. Sin embargo, en el supuesto de autos, dicho Magistrado formó Sala junto con otros dos Magistrados, sin que discrepara ninguno del parecer de los otros dos. Por ello, pudiera pensarse que la indefensión real que puede desprenderse de la irregularidad ya indicada, no parece concurrir, al subsanarse por el contexto de la decisión colectiva en el que se adoptó, lo que haría decaer en principio la vulneración aducida del art. 24.2 C.E. Frente a ello podría sostenerse que del criterio emanado de la jurisprudencia del T.E.D.H. como del T.C. se deduce la tesis de una imparcialidad subjetiva (importancia de las apariencias). lo que llevaría a entender que la demanda no carecería en principio de contenido constitucional.

7. En fecha 13 de marzo de 1991 se recibe el escrito de alegaciones de la representación del demandante, en el que se reiteran todos los extremos recogidos en el escrito de demanda y concluye suplicando se admita a trámite el recurso de amparo interpuesto y su resolución conforme a lo solicitado en aquel escrito inicial. Por medio de otrosí solicita, para el supuesto de que la Sala considerase que no se cumple lo previsto en el art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) de la LOTC, se permita al demandante de amparo presentar escrito de recusación ante el órgano judicial ordinario.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. En el presente supuesto concurren las dos causas de inadmisión a trámite del recurso que se advirtieron en providencia anterior, esto es, la falta de invocación en la vía judicial previa de los derechos fundamentales que se entendía vulnerados, cuando hubo ocasión para ello [art. 50.1 a) en relación con el art. 44.1 c) ambos de la LOTC], y la falta de contenido en la pretensión de amparo que justifique una decisión sobre el fondo por parte de este Tribunal Constitucional [art. 50.1 c) de la citada LOTC].

En lo que respecta al requisito de invocación previa en vía judicial, la inicial apreciación de su incumplimiento resulta confirmada a la vista de lo actuado, pues de las actuaciones remitidas por el Juzgado se desprende que el recurrente tuvo perfecto conocimiento de la identidad del titular del órgano judicial que instruyó el sumario inicial -luego convertido en procedimiento abreviado- toda vez que los proveídos y resoluciones se encuentran suscritos por el mismo y encabezados con su nombre. Asimismo, de las resoluciones cuyo testimonio ha remitido la Audiencia Provincial de Barcelona importa ahora destacar la providencia de 14 de marzo de 1990 por la que, remitida la causa por el Juzgado para la sustanciación del recurso de apelación, la Sala acuerda su tramitación, resolución y designación de Ponente, y en ese proveído figura como uno de los componentes del Tribunal el Ilmo. Sr. Tori Tolosa, es decir, el mismo Magistrado que instruyó el sumario inicial y cuya actuación en la apelación ha motivado la actual queja del recurrente. Por ello, conocida por el actor la composición de la Sala que decidiría el recurso, debió en tal momento procesal invocar los derechos fundamentales cuya lesión denuncia ahora. Al demandante se abrían en ese momento procesal varias posibilidades de actuación para cumplir el presupuesto previo, que comprendían desde la simple denuncia por escrito ante la Sala de los derechos vulnerados, pasando por la petición de abstención del Magistrado instructor, hasta la promoción del correspondiente incidente de recusación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 54.1 c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y preceptos concordantes. Pero ni en tal momento procesalmente hábil ni en ninguno otro posterior ha acreditado el actor la denuncia de la infracción constitucional que ahora da lugar a su queja de amparo. Es patente, por tanto, la concurrencia de la citada causa de inadmisión de la demanda.

2. Es asimismo manifiesta la falta de contenido constitucional de la pretensión de amparo. Sin ignorar la doctrina sentada por la STC 145/1988, en el supuesto que ahora examinamos concurren algunas circunstancias relevantes que impiden su aplicación automática, como equivocadamente pretende el actor. Así, al carácter colegiado del órgano judicial ha de unirse la naturaleza de la resolución judicial dictada por el mismo, que no implicaba juzgar la causa, sino sólo iniciar el juicio. En este sentido ha de recordarse, conforme se ha señalado en la STC 186/1990, que al Auto de apertura del juicio oral no puede atribuírsele naturaleza inculpatoria similar a la del Auto de procesamiento del proceso común. de forma que, aun cuando se atribuye al juzgador la facultad de denegar la apertura del juicio, ese juicio acerca de la improcedencia de la acusación formulada es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional, no de acusación. Y si, como se señala en la citada Sentencia, el Auto de apertura que dicte el Juez instructor no tiene naturaleza inculpatoria, tampoco lo tiene el Auto que, en segunda instancia. dicte la Audiencia decretando dicha apertura. Ello significa que si un miembro de la Sala realizó, como mantiene el recurrente, funciones instructoras, lo que no efectuó, sin embargo, fue «función juzgadora» por el hecho de acordar la apertura de juicio; resolución que, conforme a lo expuesto, ni siquiera puede estimarse realmente inculpatoria.

ACUERDA

Por lo expuesto, la Sección acuerda la inadmisión del presente recurso de amparo y el archivo de las actuaciones.

Madrid, a veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y dos.