

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**19509** *Sala Primera. Sentencia 180/2021, de 25 de octubre de 2021. Recurso de amparo 4055-2020. Promovido por don Ildefonso García Fernández respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén que le condenó por un delito de violencia habitual. Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (imparcialidad judicial): resolución judicial que no se limita al ejercicio de la función de control y depuración de la racionalidad de la sentencia absolutoria, sino que plasma una toma de posición sobre el resultado de la prueba practicada en la primera instancia susceptible de generar dudas objetivas de compromiso de su imparcialidad.*

ECLI:ES:TC:2021:180

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo 4055-2020, interpuesto por el procurador de los tribunales don José Noguera Chaparro, en nombre y representación de don Ildefonso García Fernández, asistido por el letrado don Vicente Tovar Sabio, contra la providencia de 27 de julio de 2020 que inadmite el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia núm. 167/2020, de 29 de junio, dictadas ambas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación 893-2019. La meritada sentencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente contra la sentencia núm. 361/2019, de 25 de julio, que le condenaba por un delito de violencia habitual del art. 173.2 del Código penal (CP), dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén en el procedimiento abreviado núm. 288-2017. Ha comparecido doña Isabel Reyes Reyes, representada por el procurador don Ángel Martín Gutiérrez y asistida por el letrado don José María de Castro Llorente. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don Andrés Ollero Tassara.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito que tuvo entrada en este tribunal el 25 de agosto de 2020, el procurador de los tribunales don José Noguera Chaparro, en nombre y representación de don Ildefonso García Fernández, interpuso recurso de amparo por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a un juez imparcial, y del derecho de defensa y a utilizar medios de prueba pertinentes contra la providencia de 27 de julio de 2020, que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la sentencia núm. 167/2020, de 29 de junio, dictadas ambas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en el rollo de apelación 893-2019. Esta última desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo contra la sentencia núm. 316/2019, de 25 de julio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén en el

procedimiento abreviado núm. 288-2017, que le condenaba a tres años de prisión por un delito de malos tratos habituales en el ámbito doméstico.

2. El recurso tiene su origen en los siguientes antecedentes:

a) El recurrente, en sentencia núm. 6/2019, de 8 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén en el procedimiento abreviado núm. 288-2017, fue absuelto de los delitos de malos tratos habituales en el ámbito familiar del art. 173.2 CP, de coacciones del art. 172.2 CP y de amenazas graves del art. 169.2 CP. De ellos le acusaban el Ministerio Fiscal y su exmujer, doña Isabel Reyes Reyes, personada en la causa como acusación particular.

La sentencia declaró prescritos los delitos de malos tratos habituales y de amenazas graves, por haber transcurrido con creces a la fecha de interposición de la denuncia, el 4 de julio de 2014, el plazo de tres años previsto en el art. 131.5 CP para a los delitos menos graves en la redacción vigente en la fecha de los hechos; la correspondiente a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En lo que se refiere a los malos tratos sobre los hijos, censura la imprecisión de los escritos de calificación de las acusaciones y del auto de apertura de juicio oral que los reproduce, apunta el riesgo de lesión del principio acusatorio y fija como fecha susceptible de ser considerada como última referencia clara a episodios susceptibles de integrar un maltrato habitual el año 1999. A partir de entonces los hijos del matrimonio empezaron a salir del domicilio familiar para independizarse, y como fecha del episodio de amenazas con cuchillo, que sustentaba la acusación del delito de amenazas graves, fija el mes de marzo de 2010, argumentando que «con posterioridad a 1999 y hasta marzo de 2010, en que se produce supuestamente un episodio de amenazas con arma, no existe una especificación y concreción mínima de hechos delictivos del acusado respecto de sus hijos que deban entenderse recogidos en el delito de malos tratos habituales, por lo que no puede mantenerse latente durante ese período la vida del delito de malos tratos respecto de estos, sin más». En relación con los malos tratos habituales a su mujer, fija como último acto valorable el episodio de amenazas con cuchillo del mes de marzo de 2010.

La sentencia absuelve asimismo del delito de coacciones, que la acusación particular situaba en episodios acaecidos en los años 2014 y 2015, que se describen como acelerones con el coche, golpes en la chapa de un vehículo al encontrarse con su mujer en la calle, así como golpes en la puerta de la vivienda de su mujer. Cuestiona tanto su tipicidad como su prueba, al apreciar en doña Isabel Reyes Reyes un ánimo espurio y vengativo, derivado de la conflictiva ruptura matrimonial y de su interés económico en el reparto de bienes de la sociedad familiar, al igual que en los hijos que declararon en contra del demandante. La sentencia se apoya en un informe del Instituto de Medicina Legal de Jaén, realizado en febrero de 2016, en el que el psicólogo autor del mismo, tras entrevistarse con el demandante y la señora Reyes, no aprecia indicadores de maltrato habitual y apunta a estresores psicosociales, como la separación conflictiva, desuniones y desencuentros familiares y conflicto asociado al reparto de bienes, negando seguidamente que el acusado tenga alteración mental alguna ni personalidad patológica que le aparte de la realidad.

b) Doña Isabel Reyes Reyes interpuso recurso de apelación en el que solicitó la nulidad de la sentencia y la devolución de las actuaciones al juzgado para la celebración de un nuevo juicio, a lo que se adhirió el fiscal. Fue estimado en sentencia núm. 145/2019, de 11 de abril, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en el rollo de apelación núm. 247-2019.

El tribunal manifiesta su conformidad con la declaración de prescripción de los delitos de amenazas y coacciones individualmente considerados, pero rechaza que la prescripción afecte al delito de maltrato habitual del art. 173.2 CP, en cuanto delito permanente o de hábito, que engloba distintos episodios producidos en el marco de una misma situación ilícita, siendo el momento de cese de la violencia habitual el que determina el inicio del cómputo de su plazo de prescripción.

Reprocha a la sentencia de primera instancia haber hecho una distinción artificiosa entre el maltrato sufrido por la mujer y el sufrido por los hijos «cuando todos ellos han sido y son víctimas de una misma situación de maltrato». Igualmente la omisión de valoración de un informe del Instituto de Medicina Legal relativo a los hijos que sí apreció indicadores de maltrato respecto de ellos. Censura también el análisis de la prueba de los episodios producidos tras el cese de la convivencia del matrimonio en 2010 en estos términos:

«En el relato de las acusaciones se especifica que tras la separación de los cónyuges en el año 2010 el acusado vino manteniendo una actitud de amedrentamiento hacia su esposa e hijos, que se traslucía en acelerones con el coche cuando los veía por la calle, portazos en el portal de la vivienda para hacer notar su presencia en el inmueble, golpes en la chapa de un Mini en el que viajaba como ocupante, miradas desafiantes [...]. Dichos episodios que a juicio de esta Sala aparecen suficientemente acreditados con las declaraciones de la esposa e hijos realizadas en el acto del plenario, no pueden tratarse de forma aislada a la situación de maltrato habitual. El delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP no puede reputarse prescrito por la sencilla razón de que los actos de violencia psíquica, tras la ruptura de la convivencia, nunca cesaron hasta que se acordó judicialmente la medida cautelar de alejamiento. Hubo violencia psíquica antes y después del cese de la convivencia. El acusado, tras la separación, continuó exteriorizando un mismo ánimo de control y dominación de la denunciante y sus hijos; los golpes en el coche o portal, los acelerones al detectar la presencia de sus víctimas, las miradas desafiantes, sin respeto alguno hacia los derechos ajenos, no eran más que una muestra de su deseo de seguir perpetuando su dominación y control del núcleo familiar, y atemorizar a sus víctimas. Todo ello es constitutivo de un maltrato habitual, y sancionable como tal, no siendo aceptable el artificioso expediente de desligar cronológica, valorativa y causalmente unos actos de otros, porque todos ellos presentan la nota de violencia psíquica de género, en un contexto temporal bien definido.»

La sentencia declara la nulidad del juicio oral y de la sentencia de primera instancia y ordena la celebración de nuevo juicio por otro magistrado.

c) Contra esta sentencia el recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones en el que invocó la vulneración, entre otros, de sus derechos a la tutela judicial efectiva, a un proceso con todas las garantías y al juez ordinario predeterminado por la ley, que fue inadmitido por providencia de 15 de mayo de 2019.

d) El actor interpuso demanda de amparo constitucional contra la providencia y sentencia dictadas en el rollo de apelación que fue inadmitida por providencia de 7 de octubre de 2019 de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional por «no haber satisfecho en modo alguno la carga consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC), lo que, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, requiere, ante todo, una argumentación específica (STC 69/2011, de 16 de mayo, FFJJ 2 y 3, y jurisprudencia constitucional allí citada)».

e) El 5 de julio de 2019 se celebró nuevo juicio oral en el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén, dirigido por otro magistrado, que dictó la sentencia núm. 361/2019, de 25 de julio, en la que condenó al actor por delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar del art. 173.2 y 3 CP y le impuso las penas de tres años de prisión, privación del derecho a la tenencia y porte de armas por cinco años y prohibición de aproximación y comunicación a su exmujer y a sus hijos Antonio, Isabel, Miguel y Juan Francisco García Reyes durante cinco años. La sentencia le absolvía del delito de coacciones del art. 172.2 CP. Las acusaciones retiraron en el juicio la imputación del delito de amenazas graves por estimarlo prescrito.

La sentencia rechaza la prescripción del delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP, porque —al tratarse de un delito permanente— el día de inicio del cómputo del plazo es aquel en el que cesa la situación de violencia, y entiende que ha quedado probado que hay hechos posteriores al de marzo de 2010 que forman parte de tal delito.

En la valoración de la prueba otorga mayor credibilidad a las declaraciones de la exmujer y de los cuatro hijos que narraron en el plenario los malos tratos, que fueron doña Isabel, don Miguel Ángel, don Juan Francisco y don Antonio García Reyes, considerando que no existía ánimo espurio en las mismas.

Cita pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre valoración de la credibilidad de la víctima de violencia de género en casos de denuncia tardía o de mala relación con el agresor, derivada precisamente de su victimización. Señala como elemento corroborador de los testimonios inculpativos el informe del Instituto de Medicina Legal de Jaén de 27 de abril de 2016 en el que se concluye que en el caso de los hermanos García Reyes tanto por su relato como por sus circunstancias vitales y por la exploración médico forense se aprecian en ellos indicadores que están presentes en una situación de maltrato, entre ellos, pesadillas, problemas relacionados con el control de esfínteres, problemas en las relaciones interpersonales, escasas habilidades en las situaciones conflictivas, sentimientos contradictorios de culpa y de vergüenza, disciplina excesiva, ansiedad y sentimientos de tristeza y miedo.

Destaca la persistencia en la inculpativa porque los perjudicados han declarado lo mismo en la instrucción, en los exámenes forenses y en el juicio oral.

Expresa los motivos por los que considera poco creíble la declaración de la hija (doña Leonor García Reyes) que en el acto de juicio oral negó la existencia de maltrato.

f) El demandante interpuso recurso de apelación en el que solicitó también la declaración de nulidad de la sentencia de 11 de abril de 2019 dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, por haber revocado el criterio absolutorio de la primera instancia. Excedió, a su juicio, las facultades de revisión que le corresponden conforme a la doctrina constitucional y las normas procesales, incurriendo en vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los principios de inmediación y contradicción. Planteó la nulidad de las actuaciones por, entre otros motivos, haberse vulnerado su derecho de defensa como consecuencia de haberle sido desestimadas diligencias de prueba fundamentales y haberse vulnerado el principio acusatorio. Subsidiariamente, solicitaba su absolución por estar prescrito el delito de malos tratos habituales, y por no estar probados los hechos. En el otrosí decía que «al amparo de lo previsto en el artículo 791.1 de la Ley de enjuiciamiento criminal, venimos a interesar la reproducción de la prueba practicada y grabada en el acto del plenario».

Recibidos los autos en la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, por diligencia de ordenación de 31 de octubre de 2019 se formó el rollo de apelación núm. 893-2019 y se designó ponente a la magistrada Ilma. Sra. doña María Esperanza Pérez Espino.

Notificada la diligencia a la representación procesal del recurrente el día 6 de noviembre de 2020, esta presentó escrito el 8 de noviembre de 2020 en el que manifestaba la concurrencia de la causa de abstención del art. 219.11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ): «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia», en la magistrada designada ponente por haber intervenido en la sentencia de 11 de abril de 2019, cuya nulidad se solicitaba en el presente recurso de apelación; problema de falta de imparcialidad que concurriría en los otros dos magistrados que suscribieron dicha sentencia, lo que anunciaba «con objeto de evitar dilaciones o nulidades en el procedimiento», para el caso de que entrasen a conocer del presente recurso de apelación.

Por escrito presentado el 20 de noviembre de 2019 la representación procesal del demandante promovió la recusación de los magistrados doña Esperanza Pérez Espino, doña María Jesús Jurado Cabrera y don Saturnino Regidor Martínez, invocando el motivo del art. 219.11 LOPJ y manifestando que lo hacía en el plazo legal previsto en los arts. 219 y ss. LOPJ al no haber recibido contestación a su anterior escrito.

Aducía que la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén el 11 de abril de 2019, en la que intervinieron los tres magistrados recusados, estimó el recurso de apelación interpuesto por la acusación particular contra la sentencia que le había absuelto, considerando suficientemente probados los actos de

amedrentamiento posteriores a la fecha de separación de los cónyuges en el año 2010 en virtud de las declaraciones de la esposa e hijos verificadas en el plenario. Ello, a su juicio, suponía la adquisición de una convicción previa sobre el fondo del asunto que comprometía la imparcialidad objetiva del tribunal por contacto previo con el *thema decidendi*, lo que hacía extensivo a la providencia de 15 de mayo de 2019 en la que se inadmitía el incidente de nulidad de actuaciones.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén dictó auto el 5 de diciembre de 2019 en el que inadmitió el incidente de recusación por dos motivos:

(i) Falta manifiesta de fundamento, por reflejar lo que consideraban que era una mera sospecha subjetiva de parte, dado que la sentencia de 11 de abril de 2019 se limitó a examinar y desechar la aplicabilidad del instituto de la prescripción al delito de malos tratos habituales, sin valorar en modo alguno los hechos concretos objeto de enjuiciamiento, declarando la nulidad de la sentencia absolutoria del juzgado de lo penal.

(ii) Extemporaneidad (art. 223.1 LOPJ), porque el recusante ya sabía que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén era el tribunal predeterminado por la ley, como única sección competente para resolver cuestiones referentes a la violencia sobre la mujer que existe en esa sede. Por ello que la recusación debió haberla planteado en el mismo recurso de apelación, teniendo en cuenta que, con una mínima diligencia, podría haber conocido cuál era la composición de dicho tribunal y si existía o no identidad con el anterior.

En el párrafo final de la parte dispositiva del auto se contiene la siguiente instrucción: «Contra esta resolución no cabe recurso alguno de conformidad con el art. 228.3 de la LOPJ». El demandante, no obstante, interpuso recurso de apelación invocando el art. 236 de la Ley de enjuiciamiento criminal (LECrim); fue inadmitido por auto dictado por la sección el 7 de enero de 2020, contra el que el demandante reaccionó interponiendo recurso de queja que fue desestimado por auto núm. 32/2020 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Esta que declaró que contra la providencia de inadmisión de la recusación no cabía interponer recurso de apelación. Comunicado el auto a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, por diligencia de ordenación de 16 de junio de 2020 se señaló fecha para votación y fallo del recurso.

g) La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 29 de junio de 2020 en la que desestimó el recurso de apelación en su integridad.

El tribunal rechaza la solicitud de anulación de su anterior sentencia de 11 de abril de 2019, porque el objeto del recurso de apelación era la sentencia de 25 de julio de 2019 del juzgado de lo penal; no aquella, frente a la que ya se había promovido incidente de nulidad de actuaciones y un recurso de amparo constitucional.

El tribunal rechaza igualmente que se haya vulnerado su derecho de defensa por denegación de diligencias esenciales, en relación con la solicitud de que se librase oficio a las compañías telefónicas para verificar la titularidad de la línea que realizó el encargo del cambio de cerradura del domicilio de la exmujer que se realizó el 21 de diciembre de 2009, según manifestó el propio cerrajero. La sección considera que dicha diligencia era innecesaria y que fue correctamente denegada tanto por el juez de instrucción como por la Audiencia Provincial que confirmó la denegación. También considera improcedente el visionado en el segundo juicio del DVD que contenía la grabación del primero, «ya que es totalmente inoportuno y carente de sentido visionar la grabación de un juicio que ha sido declarado nulo».

Desestima asimismo que se haya vulnerado el principio acusatorio pues, desde el inicio de la causa, se imputó un delito de malos tratos habituales del art. 173.2 CP.

Rechaza que se haya producido error en la valoración de las pruebas, pues entiende que el juzgado hizo una valoración racional y fundada de las mismas; singularmente de las declaraciones testimoniales de la exmujer del actor y de sus hijos Isabel, Antonio, Miguel Ángel y Juan Francisco, en las que considera se reunieron los requisitos de ausencia de incredulidad subjetiva, verosimilitud y persistencia en la incriminación.

Confirma finalmente la corrección de la calificación jurídica de los hechos como delito de malos tratos habituales del art. 173.2 y 3 CP, pues el relato de hechos probados de la sentencia recoge varios episodios de maltrato que han venido sucediéndose prácticamente desde el inicio del matrimonio.

Desestima la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas y ratifica la adecuación y proporcionalidad de la pena impuesta en atención a las circunstancias del caso.

h) El recurrente promovió incidente de nulidad de actuaciones en el que, entre otras infracciones constitucionales, aducía la vulneración del derecho al juez natural e imparcial porque instada la recusación de los magistrados de la sección, la misma fue indebidamente inadmitida por los propios magistrados recusados, sin que se tramitase el procedimiento legalmente establecido y sin que se dieran los presupuestos jurisprudenciales para justificar este tipo de inadmisión. El incidente de nulidad de actuaciones fue inadmitido por la sección en providencia de 27 de julio de 2020, con el argumento de que reiteraba las cuestiones aducidas en el recurso de apelación e intentaba reabrir el debate que quedó resuelto en la sentencia.

3. El recurso de amparo denuncia, en primer lugar, la vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías, entre las que se incluye la imparcialidad del tribunal, garantizado en el art. 24.2 CE, en relación con los art. 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos, y 47.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, porque el tribunal que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria estaba conformado por los mismos magistrados que habían resuelto anteriormente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia absolutoria. La anularon, tras examinar la prueba y formarse un juicio previo sobre los hechos, incurriendo en la causa de recusación del art. 219.11 LOPJ. Por otra parte, la inadmisión *a limine* del incidente de recusación habría sido asimismo irregular e indebida, al privarle de la posibilidad de que la causa fuera examinada por otro órgano judicial.

El recurso denuncia en segundo lugar la vulneración del derecho de defensa y a la actividad probatoria, garantizado en el art. 24.2 CE, porque en relación con el episodio de marzo de 2010 –la supuesta amenaza con cuchillo–, se averiguó que la cerradura de la casa de su exmujer se cambió el día 21 de diciembre de 2009, por lo que el recurrente no pudo entrar en la misma a amenazarla. Por ello solicitó que se hiciesen averiguaciones sobre el titular de la línea telefónica desde la que se había hecho el encargo al cerrajero, al considerar que se trataba de una prueba pertinente y útil para cuestionar la credibilidad de los testigos de cargo. También vulnera su derecho de defensa la denegación del visionado en el segundo juicio oral del DVD que contenía la grabación del primero, pues hubiera permitido comprobar la persistencia y credibilidad de dichos testigos.

Justifica la especial trascendencia constitucional del recurso aduciendo que «poco o nada sabemos sobre quién (una vez anulada la sentencia, repetido el juicio y dictado nueva sentencia condenatoria) ha de resolver contra el recurso de apelación interpuesto contra la nueva sentencia dictada; existiría así trascendencia constitucional dado que plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este tribunal, pudiendo dar ocasión para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna (STC 155/2009, FJ 2 b)». Se pregunta si «una vez que queda anulada la sentencia y se repite nuevamente el juicio con un resultado totalmente distinto al anterior, ¿pueden nuevamente conocer del recurso de apelación los magistrados que anularon la primera sentencia o estos ya han resultado viciados por conocer de antemano de fondo del asunto?». Añade que «se cuestiona en este recurso la decisión de la Sala al declarar su propia falta de imparcialidad resolviendo *a limine* la recusación, ‘sin dar lugar a la revisión de dicha decisión por la vía de recursos’».

También aduce que constituye un problema nuevo determinar si una vez que se anula una sentencia absolutoria y se ordena la repetición del juicio son válidas y reutilizables las declaraciones obtenidas en el juicio anterior.

4. Mediante providencia de 15 de febrero de 2021 la Sección Segunda del Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite del recurso de amparo «apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC) porque el recurso puede dar ocasión al tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]».

De conformidad con lo dispuesto en el art. 51 LOTC, acordó dirigir atenta comunicación a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 893-2019, y asimismo al Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén a fin de que, en el mismo plazo, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento abreviado núm. 288-2017, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento –excepto la parte recurrente en amparo– para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el recurso.

También acordó, de conformidad con la solicitud de la parte actora, la formación de la correspondiente pieza separada de suspensión.

5. El 4 de marzo de 2021 se recibió en el Tribunal Constitucional testimonio íntegro del rollo de apelación núm. 893-2019 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén.

6. Mediante escrito presentado en el registro del Tribunal Constitucional el día 15 de marzo de 2021, doña Isabel Reyes Reyes, representada por el procurador don Ángel Martín Gutiérrez y asistida por el letrado don José María de Castro Llorente, solicitó se la tuviera por personada en las actuaciones. Por diligencia de ordenación de 8 de abril de 2021 de la secretaría de la Sección Segunda del Tribunal Constitucional se admitió la personación de la misma.

7. Sustanciada la pieza separada de suspensión cautelar, en la que el recurrente en amparo acotó su solicitud limitándola a la pena de tres años de prisión, el fiscal interesó su estimación parcial limitada a la pena de tres años de prisión y a su accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. La Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó el ATC 41/2021, de 19 de abril, en el que acordó la suspensión únicamente en cuanto a la pena privativa de libertad.

8. El 19 de mayo de 2021 se recibió en el Tribunal Constitucional testimonio íntegro del procedimiento abreviado núm. 288-2017 y de la ejecutoria núm. 311-2020 del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén.

9. Por diligencia de ordenación de la secretaría de justicia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional de 20 de mayo de 2021 se acordó dar vista de las actuaciones a la parte recurrente, Ministerio Fiscal y parte personada, por plazo común de veinte días a fin de que presentasen las alegaciones que estimasen pertinentes, conforme determina el art. 52.1 LOTC.

10. Mediante escrito presentado el 20 de junio de 2021 la representación procesal de doña Isabel Reyes Reyes formuló alegaciones en las que opone al recurso de amparo el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, en los términos del art. 44.1 a) LOTC.

En relación con la denuncia de vulneración del derecho al juez imparcial, sostiene, con cita de la STC 130/2018, de 12 de diciembre, que el incidente de recusación no agotó la vía judicial previa. Añade que, comoquiera que en el recurso de apelación

interpuesto contra la sentencia del juzgado de lo penal no se planteó la cuestión de la imparcialidad de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, esta no pudo pronunciarse, siendo, por lo demás, la única competente para enjuiciar o resolver en su ámbito territorial todas las actuaciones referentes a la violencia sobre la mujer.

En relación con la denuncia de vulneración del derecho a la prueba considera que el demandante no agotó la vía judicial previa, porque no propuso las pruebas denegadas en primera instancia en el recurso de apelación. En relación con el visionado de la grabación del juicio, apunta que el recurso de apelación del demandante solicitó el visionado del segundo juicio, no el del primero. Considera, por lo demás, irrelevante el libramiento de oficio a las compañías telefónicas, toda vez que en actuaciones obra acta notarial en la que consta que el cambio de cerradura se verificó en una vivienda distinta de la que ocurrieron los hechos. Igualmente el visionado de la grabación del primer juicio oral, pues se trataba de un juicio declarado nulo.

11. Mediante escrito presentado el 22 de junio de 2021 la representación procesal del recurrente en amparo formuló alegaciones, en las que repasa someramente el itinerario seguido en el procedimiento antecedente, subrayando que el segundo recurso de apelación fue resuelto por los mismos magistrados que anularon la sentencia absolutoria, quienes asimismo inadmitieron el incidente de recusación y el ulterior incidente de nulidad de actuaciones. Argumenta que en la sentencia de 11 de abril de 2019, estimatoria del primer recurso de apelación, dichos magistrados no se limitaron a valorar si el delito estaba prescrito, sino que hicieron una valoración de la prueba que, con independencia de su acierto, les contaminó y privó de la necesaria imparcialidad.

En relación con la denegación de las pruebas, aduce que en el segundo juicio oral solicitó la reproducción del CD que contenía la grabación del primero, por considerar que era una prueba fundamental para valorar la declaración de las víctimas. Considera igualmente fundamental el oficio a las compañías telefónicas, para acreditar que fue doña Isabel, la hija del recurrente, quien llamó al cerrajero, lo que pondría de manifiesto la falta de veracidad de las declaraciones que efectuaron sus hijos.

12. Mediante escrito presentado el 2 de julio de 2021 el Ministerio Fiscal formuló alegaciones en las que interesa se dicte sentencia por la que se declare la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en cuanto al derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) y que para el restablecimiento del derecho se declare la nulidad de la sentencia de 29 de junio de 2020 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, y de la providencia del mismo tribunal de 27 de julio de 2020. Igualmente, interesa la retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la deliberación de la sentencia impugnada, con el fin exclusivo de que se dicte otra nueva por un tribunal en cuya composición se respete el derecho fundamental reconocido. Interesa, por el contrario, la denegación del amparo respecto de la vulneración del derecho de defensa en relación con la actividad probatoria.

El fiscal aduce que el incidente de recusación constituye según la doctrina constitucional un medio idóneo para el agotamiento de la vía judicial (STC 231/2002, de 9 de diciembre, FJ 2), que el tribunal tiene el deber procesal de poner en conocimiento de las partes su composición (STC 6/1998, de 13 de enero, FJ 2) y que la predeterminación del órgano judicial que ha de conocer de un recurso no equivale al conocimiento de los magistrados que vayan a intervenir en cada asunto (STC 116/2008, FJ 3). En el presente caso el recurrente no podía conocer la identidad concreta de los magistrados que podrían integrar la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en el momento de formular el recurso de apelación, pues su composición podía variar por múltiples circunstancias. Por ello el planteamiento del incidente de recusación, aunque fuera inadmitido, satisfizo la exigencia de la alegación tempestiva de la vulneración del derecho al juez imparcial, agotando debidamente la vía judicial. Aduce asimismo que la recusación se interpuso en plazo, conforme al art. 223.1.1 LOPJ, que fija un término de diez días desde la notificación de la primera resolución por la que se conozca la identidad del juez o magistrado a recusar, si el conocimiento de la causa de



recusación fuese anterior a aquel. La diligencia de ordenación de 31 de octubre de 2019 fue notificada al procurador del demandante el 6 de noviembre siguiente, que formuló el escrito de recusación el 20 de noviembre de 2019, por lo que estaba dentro de plazo.

En relación con la alegada vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su manifestación del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), el fiscal encuadra la cuestión en el ámbito de la garantía de la imparcialidad objetiva. Es la que previene que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un juez se haya formado sobre el fondo del asunto, al decidir en anterior instancia o al realizar actos de investigación como instructor. Cita pronunciamientos de este tribunal relativos a la afectación de la imparcialidad por revocación de decisiones de sobreseimiento (SSTC 41/2005, de 28 de febrero, FJ 3, y 26/2007, de 12 de febrero, FJ 6) y sobre interdicción de la condena en segunda instancia tras dictarse sentencias absolutorias, o agravación de condena, como consecuencia de una nueva fijación de hechos probados que encuentre su origen en una reconsideración de las pruebas que exijan inmediatez (STC 125/2017, de 13 de noviembre, FFJJ 3 y 5). Doctrina de la que, apunta, partió la reforma procesal operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, en relación con la regulación del recurso de apelación, cuando es la acusación la que invoca el fundamento de error en la apreciación de la prueba, quedando limitadas en tal caso las facultades del tribunal de apelación, como se dice en el preámbulo de la ley, a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esta declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano *a quo*, o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad, lo que se recoge en los arts. 792.2 y 790.2, apartado 3, LECrim.

El fiscal argumenta que los magistrados de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial que dictaron la sentencia de 29 de junio de 2020, que eran los mismos que dictaron la sentencia de 11 de abril de 2019, en la que anularon la sentencia absolutoria del Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén. No se limitaron en esta a hacer un control de regularidad procedimental, ni de calificación jurídica, ni un análisis de la visión incompleta o parcial de las diligencias existentes, sino que se adentraron en la valoración del resultado de todo el material probatorio, significadamente de la prueba personal, constituida por la declaración de las víctimas integrantes del núcleo familiar, esposa e hijos. De este modo, aunque se pronuncian sobre la prescripción, descartándola, lo hacen a partir de diferentes episodios, prolongados en el tiempo, que consideran una conducta única, partiendo de una valoración de la prueba personal que determinó que se formaran una convicción previa sobre el fondo del asunto.

El fiscal rechaza, sin embargo, que se haya vulnerado el derecho a utilizar medios de prueba. Considera que no eran decisivas en términos de defensa ni la denegación de la averiguación de la titularidad del teléfono desde el que se hizo el encargo de cambiar la cerradura de una vivienda, ni la reproducción de la grabación del primer juicio oral. La primera acreditaría un dato irrelevante en el contexto de un delito permanente, sin invalidar la credibilidad de los testimonios de cargo, y la segunda porque lo acontecido en el primer juicio oral no habría de prevalecer sobre la prueba practicada en el segundo juicio oral.

13. Por providencia de 21 de octubre de 2021 se señaló para la deliberación y votación de la presente sentencia el día 25 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso y planteamiento de las partes.

El presente recurso tiene por objeto la sentencia núm. 167/2020, de 29 de junio, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación 893-2019, así como la providencia de 27 de julio de 2020 de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra aquella.

El demandante de amparo atribuye a las resoluciones impugnadas la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE), por haber sido dictadas por los mismos magistrados que dictaron la sentencia núm. 145/2019, de 11 de abril, en el recurso de apelación núm. 247-2019, anulatoria de la sentencia núm. 6/2019, de 8 de enero, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén, que había absuelto al demandante.

Denuncia también la vulneración del derecho a utilizar medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE) por habersele denegado en el acto de juicio oral dos que consideraba esenciales para el ejercicio efectivo de su derecho de defensa; por lo que en el suplico del recurso de amparo a la solicitud de nulidad de las referidas resoluciones de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, añade la solicitud de nulidad del segundo juicio oral y la retroacción de actuaciones al momento previo a dicho enjuiciamiento.

Doña Isabel Reyes Reyes opone al recurso de amparo el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, en los términos del art. 44.1 a) LOTC, porque en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia condenatoria no se recusó a los magistrados integrantes de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, ni se solicitó la práctica de las pruebas denegadas. Rebate asimismo el fundamento de las vulneraciones alegadas porque dicha sección era la única competente para el conocimiento de los delitos de violencia sobre la mujer y porque las pruebas denegadas eran innecesarias.

El fiscal interesa la estimación del recurso de amparo en lo que se refiere a la vulneración del derecho al juez imparcial, pues considera que los magistrados se formaron un juicio previo sobre el fondo del asunto en la sentencia de 11 de abril de 2019, en la que efectuaron una valoración de la prueba personal. Se opone, sin embargo, a la vulneración del derecho a utilizar medios de prueba porque se refiere a dos diligencias que no eran relevantes ni decisivas para su derecho de defensa.

## 2. Óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa.

La representación procesal de doña Isabel Reyes Reyes opone a la totalidad del recurso de amparo el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa, en los términos del art. 44.1 a) LOTC, porque el demandante en su recurso de apelación no recusó a los magistrados de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, como única sección que tiene atribuida en su ámbito territorial el conocimiento de esta materia, ni solicitó la práctica de los medios de prueba que le fueron denegados en la primera instancia. Aduce que el incidente de recusación fue inidóneo y que el recurso de apelación –refiriéndose al interpuesto contra la inadmisión de dicho incidente– constituyó un defectuoso agotamiento de la vía judicial. Examinaremos el fundamento del óbice separadamente para cada uno de los motivos de amparo.

a) Derecho al juez imparcial: Las alegaciones de la representación procesal de doña Isabel Reyes Reyes apuntan a la extemporaneidad del incidente de recusación promovido por el demandante, que fue uno de los motivos aducidos por la Audiencia Provincial en su auto de 5 de diciembre de 2019 para justificar su inadmisión. En este caso el correcto encuadramiento del óbice procesal lo ofrece el art. 44.1 c) LOTC, que exige que la vulneración del derecho constitucional «se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad [...] tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello», toda vez que el incidente de recusación es presupuesto procesal del recurso de amparo en caso de vulneración del derecho al juez imparcial [por todas, STC 91/2021, de 22 de abril, FJ 5.1.1 e)].

En la STC 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4, recordamos que «no puede alegarse en amparo la vulneración del derecho al juez imparcial sin haber planteado en tiempo ante los órganos de la jurisdicción ordinaria la recusación del juez o magistrado cuya imparcialidad se cuestiona, de forma tal que no cabe apreciar la lesión del derecho invocado cuando el recurrente tuvo ocasión de ejercer su derecho a recusar y no

recusó». La carga de denuncia inmediata impuesta en el art. 223.1 LOPJ obedece a que «la concurrencia de una causa de recusación no concede [...] a la parte que cuestiona la imparcialidad de un tribunal la facultad alternativa de optar libremente entre, de un lado, la iniciación del correspondiente incidente haciéndola valer de modo preventivo para apartar al juez sospechoso del conocimiento del asunto y, de otro, la promoción de la anulación de la sentencia o resolución en la que haya intervenido el juzgador presuntamente parcial, una vez dictada esta. Esta última posibilidad solo puede tener acogida, no como ejercicio del derecho a recusar sino, por el contrario, precisamente como remedio posterior de su previa vulneración a consecuencia de haberse impedido a la parte el ejercicio temporáneo del mismo». Se trata de impedir que la causa de recusación «se exteriorice una vez conocida la resolución final del proceso desfavorable a los intereses de la parte, cuando esta abrigaba tales dudas con anterioridad a que se emitiera el fallo».

La premura exigible a la parte debe ser examinada igualmente a la luz del cumplimiento por el tribunal de los deberes de comunicación de su propia composición (arts. 202 y 203.2 LOPJ), cuyo incumplimiento puede representar, en ciertos casos, un serio impedimento para el ejercicio del derecho de recusar, lo que explica a su vez la relevancia que el art. 223.1.1 LOPJ otorga a la notificación de la primera resolución reveladora de la identidad del juez o magistrado, como elemento activador del cómputo del plazo de diez días en el que se deberá promover su recusación.

Si no concurre ninguna causa de recusación, el desconocimiento de la composición exacta del órgano judicial es constitucionalmente inocuo (por todas, STC 105/2016, de 6 de junio, FJ 4), pero si concurre, la buena fe procesal (art. 11.1 LOPJ) impone a la parte la tempestiva recusación de los magistrados cuya intervención en la *litis* le fuera conocida. Esto no significa, pues resultaría de un rigor excesivo y enervante, que sea igualmente exigible una recusación prospectiva de magistrados cuya integración en la sala de justicia no conste, aunque sea predecible. Hemos de recordar que la predeterminación del órgano no implica «un necesario conocimiento de los magistrados que en cada momento vayan a intervenir en la resolución de cada asunto, puesto que la concreta composición de la sección puede verse afectada a causa de traslados, jubilaciones, pase a las situaciones de servicios especiales, excedencia o suspensión de funciones, otorgamiento de comisiones de servicios, licencias o permisos, entre otras posibles circunstancias contempladas en la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, hemos señalado reiteradamente que los tribunales tienen el deber de poner en conocimiento de las partes la composición de la sección o sala que va a juzgar el litigio o causa, pues ello hace posible, entre otras cosas, que aquellas puedan ejercer su derecho a recusar en tiempo y forma a los jueces y magistrados que pudieran incurrir en causa para ello (por todas, SSTC 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6; 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; y 384/1993, de 21 de diciembre, FJ 2)» (STC 116/2008, de 13 de octubre, FJ 3).

La representación procesal del demandante mediante escrito presentado el 8 de noviembre de 2019 puso de manifiesto ante la sección las dudas de parcialidad que le suscitaba la magistrada ponente –cuya designación le había sido notificada el día 6 de noviembre de 2019–, por haber intervenido en la sentencia de 11 de abril de 2019; dudas que hacía extensivas a los otros dos magistrados que aprobaron esta sentencia. Ante estas manifestaciones la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén no hizo pronunciamiento alguno, ni tan siquiera para confirmar o desmentir si los otros dos magistrados que participaron en la citada sentencia iban a integrar el tribunal que resolvería el recurso de apelación pendiente. A continuación el demandante, mediante escrito presentado el día 20 de noviembre de 2019, décimo hábil a contar desde la notificación de la designación de la ponente, promovió formalmente la recusación de esta y, a prevención, la de los otros dos magistrados que habían suscrito la sentencia de 11 de abril de 2019, de los que todavía no tenía constancia fehaciente de que fueran a integrar la sala que juzgaría el recurso de apelación; constancia que solo adquiriría al

serle notificado, precisamente, el auto de 5 de diciembre de 2019 por el que le inadmitían la recusación.

En estas circunstancias, consideramos que el demandante satisfizo el presupuesto procesal de denuncia tempestiva de la vulneración del derecho al juez imparcial en los términos del art. 44.1 c) LOTC, pues en sus escritos de 8 y 20 de noviembre de 2019 manifestó a la Audiencia Provincial las razones por las que estimaba que concurría causa de recusación del art. 219.11 LOPJ en la magistrada ponente y en otros magistrados que podrían integrar la sala de justicia que resolvería su recurso de apelación. Lo hizo antes del pronunciamiento de la sentencia, en tiempo hábil –por lo tanto– para que el tribunal pudiera reparar la vulneración en el caso de que lo hubiera considerado oportuno y razonable. En definitiva, el demandante no infringió el principio de buena fe procesal (art. 11.1 LOPJ) por no haber anticipado la manifestación de las dudas de parcialidad en el mismo escrito de formalización del recurso de apelación, ni hizo un uso inadecuado del incidente de recusación por haberlas manifestado en el rollo de apelación, tras la notificación de la designación de la ponente, dentro del término establecido en el art. 223.1.1 LOPJ. Procede, por estas razones, desestimar este óbice procesal.

La STC 130/2018, de 12 de diciembre, citada en las alegaciones de la representación procesal de doña Isabel Reyes Reyes, establece una doctrina inaplicable al caso, pues lo que afirma es que la resolución judicial que pone término al incidente de recusación no supone el agotamiento de la vía judicial previa cuando se plantea en una fase anterior al inicio del juicio oral; toda vez que en la fase preliminar del juicio oral todavía será posible hacer valer y obtener la reparación de la vulneración del derecho fundamental (como cuestión previa o artículo de previo pronunciamiento) así como en vía de recurso contra la sentencia (FJ 6).

b) Derecho a la prueba: La representación procesal de doña Isabel Reyes Reyes opone el óbice procesal de falta de agotamiento de la vía judicial previa porque el demandante no propuso en el recurso de apelación la práctica de las pruebas denegadas en primera instancia. Se refiere a la facultad prevista en el art. 790.3 LECrim que establece que en el mismo «escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las propuestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables».

Este tribunal viene considerando que el agotamiento de la vía judicial ordinaria en los términos exigidos en los arts. 50.1 a) y 44.1 a) LOTC se malogra cuando no se hace uso de los recursos que son razonablemente exigibles a la parte. También cuando, aun haciendo valer los recursos exigibles, el modo de su utilización priva a los órganos judiciales de la efectiva posibilidad de reparar la vulneración del derecho fundamental; lo que, tratándose de una pretensión de denuncia de vulneración del derecho fundamental a la prueba exige que las pruebas denegadas o no practicadas en primera instancia sean reiteradas por la parte en el recurso de apelación (*vid.* STC 93/2003, de 19 de mayo, FJ 2; en el mismo sentido, SSTC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 2, y 271/2006, de 25 de septiembre, FJ 3, y ATC 77/2006, de 13 de marzo, FJ 4).

Dicho esto, es preciso apuntar que en el presente caso el demandante cuestionó en su recurso de apelación la razonabilidad de la denegación de los dos medios de prueba que había interesado en el acto de juicio oral y que la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén, al resolver el recurso, le ofreció las razones por las que consideraba que dichas pruebas eran innecesarias; una respuesta sobre el fondo de la pretensión, sin oponer reparo alguno por no haber solicitado su reiteración en la segunda instancia. En estas circunstancias, dicha omisión pierde toda relevancia como óbice de admisibilidad del amparo constitucional.

3. Examen de la queja referida a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de imparcialidad del tribunal.

El demandante denuncia que se ha vulnerado su derecho a un proceso público con todas las garantías, en su vertiente de derecho a un juez imparcial, porque el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia que le condenó por un delito de malos tratos habituales en el ámbito doméstico fue desestimado por un tribunal integrado por los mismos magistrados que anulaban su previa absolución en la misma causa y que, por ello, ya había examinado el material probatorio y formado un juicio previo sobre su culpabilidad.

En efecto, como se expone en los antecedentes de esta resolución, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en su sentencia de 11 de abril de 2019 anuló la sentencia de 8 de enero de 2019, de sentido absolutorio, dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Jaén, por haber omitido la valoración de una prueba pericial y por haber descartado la credibilidad de varios testigos de cargo, ordenando la repetición del juicio por un magistrado distinto.

Por razones de método, hemos de aclarar con carácter previo que no procede en este recurso de amparo analizar retrospectivamente si dicha sentencia, que adquirió firmeza, pudo incurrir en desproporción en la tutela de los derechos procesales de las acusaciones en detrimento del derecho del acusado absuelto a no ser sometido a nuevo enjuiciamiento (*ne bis in idem* procesal: SSTC 4/2004, de 14 de enero, FFJJ 3 y 4; 23/2008, de 11 de febrero, FJ 3, y 112/2015, de 8 de junio, FJ 4), sino examinar si los magistrados que la dictaron comprometieron su criterio en grado suficiente para empañar su imparcialidad.

En la STC 121/2021, de 2 de junio, FJ 6.1.1, hemos recordado, sintetizando doctrina precedente, que el derecho al juez imparcial es una garantía fundamental del sistema de justicia y que la imparcialidad judicial comprende dos vertientes: subjetiva y objetiva.

La subjetiva garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, lo que integra todas las dudas que se deriven de las relaciones del juez con aquellas, en tanto que la objetiva asegura que el juez se acerca al *thema decidendi* sin haber tomado postura en relación con él, lo que debe ponderarse en cada caso concreto. También hemos señalado que el instrumento procesal adecuado para hacer valer el derecho al juez imparcial es el incidente de recusación, que puede ser rechazado a *limine*, incluso por el propio órgano recusado.

El recurso de amparo cuestiona la imparcialidad objetiva del tribunal de apelación como consecuencia de haber declarado la nulidad de la primera sentencia absolutoria dictada por el juzgado de lo penal, al conocer el recurso de apelación por error en la apreciación de la prueba interpuesto por la acusación particular. Sostiene que los magistrados integrantes de la sección incurrieron en la causa de recusación décima primera del art. 219 LOPJ, «haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia».

Sobre la función de esta causa de recusación afirmamos en la STC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 3, que «la ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor. Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro –en el juicio o en el recurso– una justicia imparcial. La ley, ante tal riesgo, no impone al juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquel o la recusación por estos, que quede apartado del juicio o del recurso el juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de la instrucción».

En el examen de la contaminación por contacto con el *thema decidendi* la índole de la intervención anterior del juez en el proceso penal es el elemento discriminador en una casuística basada en que «la imparcialidad del juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción de funciones por un mismo

magistrado, en determinados momentos del proceso penal, puede llegar a comprometer la imparcialidad objetiva del juzgador y erigirse en un menoscabo y obstáculo a la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables (STC 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3)» (STC 11/2000, de 17 de enero, FJ 4).

De este modo se han ido configurando unos cánones constitucionales de enjuiciamiento de la imparcialidad que consideran incompatibles las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 225/1988, de 28 de noviembre; 180/1991, de 23 de septiembre, y 56/1994, de 24 de febrero), así como las facultades de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7). Carece de la debida imparcialidad para resolver en segunda instancia el juez que ha conocido del asunto en la primera (STC 238/1991 y STEDH de 23 de mayo de 1991, caso *Oberschlick*), el que ha adoptado medidas limitativas de derechos fundamentales (SSTC 60/1995, en relación con el juez de menores, y 162/1999), o el auto de apertura del juicio oral (STC 310/2000, de 18 de diciembre, FJ 4). No se ha considerado, por el contrario, que comprometa la imparcialidad objetiva del juez la decisión de admisión de una denuncia o una querrela (STC 41/1998, de 24 de febrero, FJ 16), o la que adecua el procedimiento a la naturaleza de la infracción, al calificarla como falta (STC 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6).

Lo decisivo para apreciar la imparcialidad judicial es, tal y como señalamos en la STC 143/2006, de 8 de mayo, FJ 3, «el criterio material que anima la apreciación de la pérdida de imparcialidad más que el concreto tipo de actuación judicial del que pretendidamente se derivaría la pérdida de imparcialidad»; por lo que «deben considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la imparcialidad judicial y, por tanto, vulnerado el derecho al juez imparcial, cuando la decisión a la que se pretende vincular la pérdida de imparcialidad se fundamenta en valoraciones que resulten sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la responsabilidad penal, exteriorizando, de este modo, un pronunciamiento anticipado al respecto».

Resulta relevante, en este sentido, la STC 149/2013, de 9 de septiembre, FJ 4, en la que apreciamos contaminación por contacto con el *thema decidendi* en los magistrados de una sección de Audiencia Provincial que dictaron condena en segunda instancia, tras haber revocado el auto de sobreseimiento provisional dictado en la misma causa, en una resolución que valoró el resultado de una instrucción judicial prácticamente agotada.

A la luz de esta doctrina, el presente recurso obliga a considerar si la Audiencia Provincial de Jaén en su sentencia de 11 de abril de 2019 deslizó valoraciones sustancialmente idénticas a las que serían propias de un juicio de fondo sobre la culpabilidad del acusado. En este punto es obligado recordar que la sentencia no se limita a constatar que el juez de lo penal omitió la valoración de la prueba pericial psicológica realizada a varios de los hijos del demandante, o que rechazó sin argumentación debida la credibilidad del testimonio, lo que hubiera bastado para justificar la nulidad de la sentencia absolutoria, sino que adicionalmente rechaza la prescripción del delito de malos tratos habituales sobre el fundamento fáctico de que los episodios de maltrato narrados por la exmujer y cuatro de los hijos del demandante como acaecidos con posterioridad al mes de marzo de 2010 resultaban creíbles. Se dice: «Dichos episodios que a juicio de esta Sala aparecen suficientemente acreditados con las declaraciones de la esposa e hijos realizadas en el acto del plenario, no pueden tratarse de forma aislada a la situación de maltrato habitual. El delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del CP no puede reputarse prescrito por la sencilla razón de que los actos de violencia psíquica, tras la ruptura de la convivencia, nunca cesaron hasta que se acordó judicialmente la medida cautelar de alejamiento. Hubo violencia psíquica antes y después del cese de la convivencia. El acusado, tras la separación, continuó exteriorizando un mismo ánimo de control y dominación de la denunciante y sus hijos; los golpes en el coche o portal, los acelerones al detectar la presencia de sus víctimas, las miradas desafiantes, sin respeto alguno hacia los derechos ajenos, no eran más que

una muestra de su deseo de seguir perpetuando su dominación y control del núcleo familiar, y atemorizar a sus víctimas. Todo ello es constitutivo de un maltrato habitual, y sancionable como tal, no siendo aceptable el artificioso expediente de desligar cronológica, valorativa y causalmente unos actos de otros, porque todos ellos presentan la nota de violencia psíquica de género, en un contexto temporal bien definido».

Este razonamiento no se limita al ejercicio de la función de control y depuración de la racionalidad de la sentencia absolutoria, elemento que modaliza, en garantía de los derechos procesales básicos de las acusaciones, el error en la apreciación de la prueba cuando se esgrime por estas (art. 790.2.3 LECrim), sino que añade una toma de posición sobre el resultado de la prueba practicada en la primera instancia susceptible de generar dudas objetivas de compromiso de su imparcialidad.

Se ha de declarar, por tal razón, la vulneración del derecho del recurrente a un juez imparcial, lo que conduce al otorgamiento del amparo solicitado, haciendo innecesario resolver sobre la alegada vulneración del derecho a la prueba.

#### FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por don Ildfonso García Fernández y, en su virtud:

1.º Declarar vulnerado el derecho del demandante a un proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE).

2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la providencia de 27 de julio de 2020 y de la sentencia de 29 de junio de 2020, dictadas por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Jaén en el rollo de apelación núm. 893-2019.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento anterior al pronunciamiento de la sentencia para que un tribunal de composición distinta resuelva el citado recurso de apelación.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil veintiuno.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.