

27975 *Sala Primera. Sentencia 205/1997, de 25 de noviembre de 1997. Recurso de amparo 716/1997. Contra Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional resolutorio de recurso de queja interpuesto contra el del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, recaído en el incidente de recusación planteado en sumario ordinario. Supuesta vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: no agotamiento de recursos en la vía judicial.*

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 716/97 promovido por don José Luis Corcuera Cuesta, representado por la Procuradora de los Tribunales doña María Granizo Palomeque, y asistido por el Letrado don Leopoldo Torres Boursault, contra el Auto de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 24 de enero de 1997, resolutorio del recurso de queja interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 8 de noviembre de 1996; recaído en el incidente de recusación planteado en el sumario ordinario núm. 17/95. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Enrique Ruiz Vadillo, quien expresa el parecer de la Sala.

I. Antecedentes

1. Por escrito presentado ante este Tribunal el 21 de febrero de 1997, la Procuradora de los Tribunales doña María Granizo Palomeque, actuando en nombre y representación de don José Luis Corcuera Cuesta, y asistido del Letrado don Leopoldo Torres Boursault interpone recurso de amparo contra el Auto de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 24 de enero de 1997, resolutorio del recurso de queja formulado contra el Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 8 de noviembre de 1996, recaído en el incidente de recusación planteado en el sumario ordinario núm. 17/95.

2. Los hechos relevantes en el presente recurso de amparo son, en síntesis, los siguientes:

A) El recurrente fue citado para comparecer en calidad de imputado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional para el día 25 de octubre de 1996, en el sumario 17/95. Con esa misma fecha planteó incidente de abstención y subsidiariamente de recusación del Magistrado-Juez titular del mismo, don Baltasar Garzón Real que, tramitado conforme a lo dispuesto en los arts. 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la no abstención del recusado, fue resuelto en sentido desestimatorio por Auto de fecha 8 de noviembre de 1996, dictado por el Magistrado competente de la citada Audiencia Nacional.

B) En el propio Auto por el que se resolvía el incidente de recusación, se rechazaron los medios de prueba propuestos por el recusante (documental y testifical) en apoyo de sus pretensiones, a fin de acreditar las tensas relaciones de subordinación habidas en determinado momento entre recusante y recusado, al tiempo que se

incurría, según manifiesta el recurrente, en incongruencia omisiva respecto de la falta de apariencia de imparcialidad objetiva y subjetiva del Instructor, alegadas en base a lo previsto en el art. 219.8 y 9 L. O. P. J., como causas legítimas de la recusación formulada.

C) Con independencia de que, conforme a lo previsto en el art. 228 L. O. P. J., contra la decisión resolviendo definitivamente la recusación no se da recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de hacer valer la nulidad de ésta al recurrir contra la resolución que decide el pleito o causa, se interpuso contra el citado Auto el recurso de queja que autoriza el art. 218 de la L. E. Crim., ante la Sección Tercera de lo Penal de la Audiencia Nacional, con base en lo dispuesto en el art. 238.3 L. O. P. J., a los efectos de agotar cualquier posibilidad de que los órganos jurisdiccionales ordinarios tuvieran oportunidad de reparar la lesión por los cauces que el ordenamiento ofrece, interesando la nulidad de pleno Derecho del Auto recurrido, por estimar el recurrente que en la tramitación del incidente de recusación se había prescindido total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley, y con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes y, en definitiva, a un proceso con todas las garantías con prohibición de indefensión, que vienen amparados por el art. 24.1 y 2 de la Constitución Española y por el art. 6.1. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 4 de octubre de 1979, de aplicación directa por virtud de cuanto dispone el art. 96 C. E.

D) Tras inhibirse la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en favor de la Sección Primera de la misma, fue resuelto el recurso de queja mediante Auto de 24 de enero de 1997, notificado el día 29 de dicho mes y año, que ahora se recurre, indicando el recurrente que lo fue sin poner remedio en este trámite a las causas de nulidad denunciadas en base a la violación de derechos fundamentales, cuando pudo resolver sobre tales extremos, incluso de oficio, al amparo de cuanto previene el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dejando por el contrario subsistentes aquéllas y, sin entrar tampoco en los fundamentos jurídicos de fondo del recurso, lo desestimó, apreciando la concurrencia de un supuesto fraude de ley, sin valorar siquiera, la invocación del art. 218 de la L. E. Crim. ni analizar las causas de nulidad de pleno derecho concurrentes, ni tan siquiera recabar del Juzgado a quo el testimonio que previene el art. 225 de la L. E. Crim.

3. El recurrente fundamenta su queja constitucional en los siguientes extremos:

A) Con fundamento en los arts. 24.1. y 2 C. E., sin perjuicio de otras alegaciones de apoyo, denuncia el desconocimiento en las resoluciones impugnadas de su derecho a la prueba y a la defensa.

B) Igualmente orienta la queja a la conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 C. E.—, por cuanto estima que las resoluciones impugnadas no han dado respuesta alguna a una de las pretensiones que formuló en su momento.

C) El recurso se dirige, no a poner en tela de juicio la resolución que respecta de la recusación formulada se dictó, sino a denunciar vulneraciones constitucionales producidas, según afirma el recurrente, en el propio incidente de recusación. Por ello se solicita en la demanda la anulación de las resoluciones que se impugnan, el reconocimiento de los derechos constitucionales vulnerados y el restablecimiento en ellos del recurrente, mediante la reposición de las actuaciones al momento

en que se resolvió la inadmisión de las pruebas propuestas en el incidente.

4. Por providencia de 13 de junio de 1997 la Sección Segunda de este Tribunal, acordó admitir la demanda a trámite, tener por personado al recurrente por medio de su representación procesal y, a tenor del art. 51 LOTC, librar atenta comunicación a la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de dicha Audiencia, para que en el término de diez días, remitieran, respectivamente, testimonio del rollo de queja núm. 87/96 y del incidente de recusación del Magistrado-Juez del Juzgado de Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional, en el sumario 17/95, interesando al tiempo el emplazamiento de quienes hubieran sido parte en el procedimiento judicial, para que en el término de diez días pudieran comparecer en el presente proceso constitucional.

5. Por providencia de 14 de julio de 1997, la Sección Primera acordó tener por recibidos los testimonios solicitados, y a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de las actuaciones del recurso por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a la Procuradora de los Tribunales señora Granizo Palomeque, para que dentro del expresado término formularan las alegaciones que a su derecho convinieran.

6. El día 31 de julio de 1997 tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el escrito de alegaciones del recurrente. En él se reiteran, básicamente, los mismos argumentos esgrimidos en el escrito de demanda, y argumenta sobre la no concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1 c) LOTC. En definitiva, se solicita a la Sala que dicte Sentencia estimatoria del recurso de amparo.

7. El Ministerio Fiscal presentó su escrito el día 3 de septiembre de 1997, en el que se contienen las siguientes manifestaciones:

A) Antes de entrar en el análisis de los motivos que el demandante alega, estima necesario el Fiscal efectuar algunas consideraciones en relación con los presupuestos procesales cuyo cumplimiento cabe poner en tela de juicio.

La primera cuestión que suscita el recurso se centra en determinar si se ha cumplido, con el rigor que la doctrina de este Tribunal impone, el mandato que se contiene en el art. 44.2 LOTC.

Cabe plantearse la extemporaneidad del recurso de amparo por haber acudido el demandante a un recurso manifiestamente improcedente, el de queja que formalizara ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, si se tiene en cuenta que el Auto de 24 de enero de 1997 que lo resolvió, lo desestima por causa de inadmisión, declara que es improcedente y tilda su formalización de «fraude de ley», respecto del cual reacciona con aplicación del art. 11.2 de la L. O. P. J., desestimando la impugnación por causa de inadmisión.

Si se aplica a esta situación la doctrina reiterada de este Tribunal —entre otros, AATC 109/1982, 25/1983, 718/1986— con arreglo a la cual el plazo de formalización del recurso de amparo es plazo de caducidad, que no admite prórroga artificial por medio de recursos improcedentes, estaríamos ante un caso de extemporaneidad.

Estima, sin embargo, el Fiscal, que no procede estimar esta objeción formal teniendo en cuenta la doctrina que se contiene, entre otras, en la STC 182/1993, según la cual la improcedencia del recurso ha de ser evidente *prima facie*, y en el caso que nos ocupa, debe tenerse en cuenta que, según afirma el recurrente, no obstante la exclusión de todo recurso que establece respecto de

los Autos resolutorios de recusación el art. 228 de la L. O. P. J., el recurso de queja se formalizó con fundamento en la norma genérica del art. 218 de L. E. Crim., lo que aun siendo de muy dudosa corrección técnica, sería compatible con la convicción de su procedencia según el principio de buena fe procesal.

B) Tiene, sin embargo, fundamento más claro, a juicio del Fiscal, la falta de agotamiento de la vía judicial previa de que adolece el recurso formalizado según la doctrina jurisprudencial.

Parte el Fiscal del criterio jurisprudencial sentado por este Tribunal en lo que se refiere a la procedencia del recurso de amparo contra resoluciones que no ponen fin al proceso penal en este caso. Y a este respecto, señala el Ministerio Público que tal vez de modo más terminante en la jurisprudencia más reciente, el Tribunal Constitucional ha venido señalando de modo insistente que, en razón de la subsidiariedad característica de este proceso constitucional, no procede el recurso de amparo hasta que se haya producido un agotamiento absoluto de la vía judicial previa. Por otra parte, la propia jurisprudencia ha venido estableciendo, en línea constante, que el agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial no es un requisito meramente formal, sino una condición legal impuesta de modo ineludible por la naturaleza subsidiaria que corresponde al recurso de amparo, señalando, con la misma insistencia, que no es procedente una interferencia de este Tribunal en el proceso, en tanto no se hayan pronunciado los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de todos los recursos legales procedentes.

La STC 32/1994 puede ser exponente de lo que acaba de consignarse. En el mismo sentido se pronuncia la también reciente STC 174/1994 y la STC 147/1994, citada por la anterior, que insiste en el carácter no meramente formal de esta exigencia.

Desde esta consideración general, parece obvio concluir que, en el caso que nos ocupa, no se ha agotado la vía ordinaria y previa del proceso y los recursos establecidos por la ley en sede jurisdiccional, optándose por acudir con presteza ante este Tribunal cuando es a los órganos de la jurisdicción a quienes la Constitución enciende, de modo primario y directo, la tutela de los derechos fundamentales.

Tratándose de un procedimiento ordinario por delitos, que se halla en fase procesal de instrucción en el curso de la cual se ha tramitado y desestimado el incidente de recusación, queda todavía la posibilidad de hacer las alegaciones oportunas en el plenario y aún en el recurso de casación procedente, de conformidad con lo que establecen los arts. 5.4 y 228 de la L. O. P. J.

Pero si lo expuesto hasta aquí resulta de una consideración general sobre la posibilidad del recurso de amparo contra resoluciones interlocutorias, a conclusión semejante se llega desde un análisis específico del recurso en función de la recusación.

En este punto, debe tenerse muy en cuenta que la recusación no constituye un proceso con sustantividad propia, sino un mero incidente, en el que no rige, propiamente, el principio de doble instancia. Efectivamente, así lo denomina el ATC 136/1992, y así lo designa también el art. 224 de la L. O. P. J.

Por otra parte, y por un claro imperativo legal, no debe perderse de vista que, de conformidad con lo que establece el art. 228 de la L. O. P. J., el incidente de recusación no conduce a una resolución «inapelable», sino que, si el criterio por el que se resuelve no se acepta, cabe su reproducción en el recurso que proceda contra la resolución que ponga fin a la causa. Así lo ha reconocido este Tribunal en providencia de inadmisión a trámite por unanimidad de 11 de febrero de 1992 —dictada en recurso de amparo 2.510/91— entre otras.

Con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional ha decretado la inadmisión a trámite del recurso de amparo cuando no se había hecho uso de que lo prescribe el citado art. 228 de la L. O. P. J., como resulta de la STC 206/1994. En el mismo sentido cabe citar el ATC 929/1988. Y más recientemente con la misma orientación, los AATC 173/1995 y 168/1995 que contienen numerosas resoluciones de este Tribunal en que se fundan.

Es preciso concluir, en suma, que en el caso que nos ocupa se ha incumplido lo que previene el art. 44.1.a) de la LOTC.

Pero, realmente, lo concluyó ya así este Tribunal en un recurso de amparo esencialmente idéntico al presente —el núm. 4.363/96—, formalizado por el mismo recurrente contra el Auto resolutorio de la recusación, en providencia de inadmisión a trámite, acordada por unanimidad, de 16 de diciembre de 1996 en la que aprecia la falta de agotamiento de la vía judicial previa.

Cierto que aquel recurso se formalizó cuando no se había resuelto el de queja, cuya resolución ahora se incluye como impugnada, pero la diferencia no es transcendente si se tiene en cuenta que la providencia citada excluye expresamente este extremo de la causa de inadmisión que aplica.

C) De lo expuesto hasta aquí se infiere, a juicio del Fiscal, que el recurso de amparo formalizado debe ser desestimado por Sentencia por causa de inadmisión a trámite, pero *ad cautelam*, hace una breve consideración acerca de los dos motivos formalizados.

En el motivo primero se denuncia una denegación de prueba en el incidente de recusación que habría vulnerado el derecho del recurrente a utilizar los medios de prueba convenientes a la defensa de su derecho (art. 24.2 C. E.). La vulneración, dice el recurrente, sería doble: limitaría en sí misma el derecho de defensa y la tutela judicial, al no estar motivada.

Pero tal alegato no se ajusta a la configuración que del derecho constitucional en cuestión resulta de la doctrina jurisprudencial. Como es sabido, este Tribunal ha declarado con insistencia —SSTC 205/1991, 33/1992—, que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la propia defensa no enerva la facultad, eminentemente jurisdiccional, de valorar la pertinencia de la prueba propuesta y de denegar, en consecuencia, la que no reúna tal condición.

En el caso presente, la expresión «denegatorio» empleada por el Magistrado-Juez en el Auto de 8 de noviembre de 1996 —fundamento jurídico 2.— niega realmente la pertinencia de la prueba en función de las causas de recusación esgrimidas: niega el engarce con el hecho a probar las causas de recusación esgrimidas, y su eficacia decisiva en la resolución del incidente.

Así pues, aunque no sea modélico, el Auto cumple, al menos de modo mínimo, las exigencias constitucionales: la denegación es función eminentemente jurisdiccional y pone de manifiesto, de modo escueto pero claro, la *ratio decidendi*.

En el motivo segundo, bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24.1 C. E.—, se denuncia una incongruencia en las resoluciones impugnadas referida a la alegación de pérdida de imparcialidad que el recusante alegara de modo autónomo.

Tiene muy en cuenta el Fiscal la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por este Tribunal, que esgrime el recurrente para llegar a la conclusión de que la mera apariencia de pérdida de la imparcialidad objetiva o subjetiva coloca al órgano en la situación de *judex suspectus*. Pero la cuestión, no obstante, requiere operar con la máxima cautela, huyendo de excesos que pueden ser perturbadores. Ciertamente, los derechos constitucionales al Juez imparcial

y al Juez predeterminado en 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, independencia que la propia Constitución —art. 117.1— configura como principio rector del Poder Judicial en todos los órganos que lo ejercen —ATC 108/1986—. A esta consideración responden, seguramente, determinadas declaraciones hechas por la jurisprudencia de este Tribunal, que denotan la exigencia de cierto rigor. Así, el ATC 111/1982, declara que las causas de recusación en la L. O. P. J. integran un sistema de *numerus clausus* incompatible con la aplicación analógica; del mismo modo, el ATC 1091/1988 ha declarado que no basta la duda para la estimación de una causa de recusación; la STC 109/1981 requiere el establecimiento de hechos concretos en que se funde la afirmación de la pérdida de la imparcialidad por el órgano jurisdiccional y, en fin, la STC 47/1982 proyecta la garantía que concreta en ecuanimidad, rectitud, desinterés y neutralidad, sobre un asunto específico.

Entiende el Ministerio Fiscal, en suma, que, al negar el Juzgado la existencia real de las causas de recusación alegadas, responde también a lo que se dice omitido, por cuanto no cabe pensar en una pérdida de apariencia de objetividad fundada si las causas de recusación realmente no existen.

Cierto que por imperativo del art. 10.2 C. E. los derechos fundamentales y las libertades públicas deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y lo convenido en los tratados internacionales suscritos por España, pero en el presente caso, el recurrente potencia e individualiza en exceso el alegato que se dice no tuvo respuesta, enumerando las causas de recusación que formalizará, con olvido de la doctrina de este Tribunal que impone la conexión entre el derecho constitucionalmente declarado y los convenios y tratados internacionales —STC 36/1991.

Tampoco, pues, los motivos alegados, en su caso, deberían ser objeto de estimación, a juicio del Fiscal.

8. Por providencia de 24 noviembre de 1997 se señaló para deliberación y fallo el día 25 de noviembre de 1997.

II. Fundamentos jurídicos

1. Nuevamente se presenta ante este Tribunal una demanda de amparo referida al tema de la recusación que en este caso se fundamenta en las siguientes consideraciones: el ahora demandante planteó, al ser citado en calidad de imputado ante el Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, incidente de abstención y subsidiariamente de recusación del Magistrado-Juez titular que, tramitado conforme a lo dispuesto en el art. 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras la no abstención del recusado, fue resuelto en sentido desestimatorio por Auto de 8 de noviembre de 1996 por el Magistrado-Juez competente. Se queja el recurrente de que, en esta última resolución, se rechazaron los medios de prueba oportunamente propuestos por el recusante (documental y testifical) en apoyo de sus pretensiones a fin de acreditar las tensas relaciones de subordinación habidas en determinado momento entre recusante y recusado, al tiempo, sigue diciendo, que se incurrió en incongruencia omisiva absoluta respecto de la falta de apariencia de imparcialidad objetiva y subjetiva del Instructor, alegadas con base en lo previsto en los arts. 219.8 y 9 L. O. P. J. como causas legales de la recusación formulada.

2. Antes de examinar el tema central que presenta este recurso, es obligado dar respuesta a los problemas que plantea el Ministerio Fiscal, sobre si se han completado o no los presupuestos procesales: en primer lugar, al mandato contenido en el art. 44.2 LOTC respecto al plazo para interponer el recurso de amparo, que es el de veinte días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial, teniendo en cuenta que el demandante en amparo formalizó ante la correspondiente Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional un recurso de queja que fue resuelto por Auto de 24 de enero de 1997 inadmitiéndolo por haberse formulado en fraude de Ley, con aplicación del art. 11.2 L. O. P. J..

La doctrina de este Tribunal, en su STC 182/1993, establece que la improcedencia del recurso ha de ser evidente y *prima facie* lo que, en este caso, podía ofrecer alguna duda teniendo en cuenta que, por una parte, según el art. 228 L. O. P. J., se excluye en los Autos de recusación todo recurso, mientras que, por otra, el art. 218 L. E. Crim. declara que el recurso de queja podrá interponerse contra todos los Autos no apelables del Juez de Instrucción, y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación, lo cual, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, aun siendo de muy dudosa corrección técnica, sería compatible con la convicción de su procedencia, doctrina que, en efecto, es de aplicación al caso de autos.

3. Examinada esta primera cuestión, hemos de abordar el segundo de los problemas de admisibilidad, referido éste a la falta o no de agotamiento de la vía judicial previa.

De acuerdo con el criterio mantenido por este Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, y en los Autos dictados a este efecto, debemos señalar lo siguiente:

A) El recurso de amparo contra una resolución judicial exige que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (STC 1/1981, la primera de una serie ininterrumpida de Sentencias en el mismo sentido y AATC 115/1981 y 478/1983 citados por el ATC 173/1995).

B) Esta exigencia no es un mero requisito de forma (ATC 3/1987 y STC 147/1994), sino que responde a la inequívoca naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, y a su carácter de protección extraordinaria (STC 185/1990 y ATC 3/1987).

C) Por consiguiente, el restablecimiento del derecho presuntamente vulnerado ha de instarse prioritariamente ante los órganos jurisdiccionales por el cauce de los correspondientes recursos.

D) Cuando en una determinada fase del procedimiento judicial, todavía no concluido por Sentencia definitiva, cuando ni tan siquiera ha terminado el proceso penal, se produce una violación de derechos constitucionales reconocidos en el art. 24 C. E., no es ajustado a la LOTC interrumpir, por así decirlo, dicho procedimiento y acudir *per saltum* a este Tribunal, sin haber agotado las vías judiciales procedentes en el marco del propio proceso que se encuentra, como acaba de decirse, todavía 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.

Así las cosas, es obvio que en este caso, no se ha agotado la vía judicial ordinaria en los términos a los que ya hemos hecho referencia, de acuerdo entre otras con las ya citadas SSTC 147/1994 y 174/1994 y ATC 173/1995.

FALLO

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

Ha decidido

Inadmitir el amparo solicitado por don José Luis Corcuera Cuesta.

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

Dada en Madrid, a veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.—Álvaro Rodríguez Bereijo.—Vicente Gimeno Sendra.—Pedro Cruz Villalón.—Enrique Ruiz Vadillo.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 716/97, al que se adhiere el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra

Nuestra discrepancia de esta Sentencia se sitúa en la línea que venimos exponiendo en las deliberaciones de la Sala cuando se plantean inadmisiones de recursos por considerarlos extemporáneos, en tanto que prematuros. Las razones que avalan nuestra postura las dejamos consignadas en el Voto Particular a la STC 63/1996.

1. La subsidiariedad del recurso de amparo [art. 44.1.a) LOTC] no ha de entenderse como un dogma, o postulado intangible, sino como un principio de aplicación flexible que, en algunos casos, ha de dejarse vencer a los riegos de las excepciones.

En el voto particular a la STC 63/1996 afirmamos que «ante la posible conculcación grave de derechos fundamentales cuya preservación se ha frustrado en la vía judicial, el recurso de amparo debe ser admitido, sin aguardar al agotamiento de todos los recursos utilizables ante Jueces y Tribunales».

Tal interpretación flexible de la subsidiariedad debió efectuarse en este asunto. El derecho fundamental al Juez imparcial (art. 24.2 C. E.) fue puesto en cuestión por el recurrente en amparo. El Tribunal Constitucional tenía que pronunciarse al respecto.

2. El recurso de amparo que ahora enjuiciamos se dirige contra un Auto desestimatorio de un recurso de queja interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción num. 5, el cual había desestimado la recusación formulada contra el Juez instructor. Este último Auto fue impugnado en su momento en esta sede constitucional e inadmitido por providencia de la Sección Primera de 16 de diciembre de 1996, de conformidad a lo previsto en el art. 50.1.a), en relación con el art. 44.1.a) LOTC, por falta de agotamiento de todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial, al tratarse de un proceso penal aún no concluido. Se señalaba en la citada resolución de este Tribunal que el Auto que decide, desestimándolo, un incidente de recusación «no supone el agotamiento de la vía judicial previa», y se citaban los AATC 168/1995 y 173/1995, dictados, respectivamente, por la Sala Segunda y Sala Primera de este Tribunal, que resolvieron dos supuestos similares al planteado.

Ahora bien, en la STC 27/1997, recogiendo una doctrina anterior sentada por las SSTC 247/1994, 318/1994 y 31/1995, se dijo: «la regla general (que impide impetrar directamente el amparo constitucional contra resoluciones incidentales recaídas en un proceso penal aún no concluido) admite sin embargo alguna

excepción y en concreto 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» y «ha de ser excepcionada en supuestos específicos en los que de obligar al particular a agotar la vía judicial ordinaria se produciría una injustificada perpetuación en el tiempo de la lesión de su derecho fundamental o se consumaría definitivamente dicha violación, haciéndose imposible o dificultándose gravemente el restablecimiento *in integrum* por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental vulnerado» (fundamento jurídico 2.º).

Aun cuando en este recurso de amparo se alega vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, derecho a la defensa, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y derecho a un proceso con todas las garantías (arts. 24.1 y 2 C. E.), dichas vulneraciones se atribuyen al Auto denegatorio de la pretensión principal del recurrente, esto es, la desestimación de la recusación del Juez instructor, dirigida a poner de manifiesto la supuesta vulneración del derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 C. E.). Pues bien, como se expuso en la Sentencia antes citada (STC 27/1997), cuando se alega infracción del derecho a un Juez imparcial (art. 24.2 C. E.), el Auto que resuelve el incidente de recusación, en el supuesto que el recusado sea un Juez instructor, agota la vía judicial. No debe olvidarse que el art. 228 de la L. O. P. J. dispone que contra la decisión de la recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de que se pueda hacer valer, al recurrir contra la resolución que decide el pleito o causa, la posible nulidad de ésta.

En otras decisiones de este Tribunal (SSTC 138/1994 y 234/1994), en las que se impugnaron Autos desestimatorios de la recusación planteada contra un Magistrado de la Audiencia Provincial de Ávila y contra el Magistrado Juez titular del Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Sebastián, no se apreció el incumplimiento del requisito previsto en el art. 44.1.a) LOTC.

La citada STC 27/1997 declara expresamente: «Porque el recurso de amparo no sólo está dirigido a restablecer, sino también a "preservar" el libre ejercicio de los derechos fundamentales (art. 41.3 LOTC), la doctrina de este Tribunal ha modulado, en ocasiones, la rigurosa observancia de este presupuesto procesal [art. 44.1.a) LOTC]. Así, ha admitido recurso de amparo directo por infracción del derecho al Juez legal (art. 24.2)» (fundamento jurídico 2.º).

3. Debió tenerse en cuenta que el recurrente denunció una indefensión prohibida por el art. 24.1 C. E., puesto en relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2).

Y debió considerarse esa queja, ya que este Tribunal Constitucional ha establecido que se puede sostener un amparo frente a la negativa de prueba, cuando ésta haya provocado indefensión, porque la falta de realización de la prueba (por su relación con los hechos) pudo alterar la decisión final en favor del recurrente. «El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la propia defensa, constitucionalizado por el art. 24.2 C. E., ejercitable en cualquier tipo de proceso e inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal, sin desconocerlo u obstaculizando; e incluso prefiriéndose el exceso en la admisión a la postura restrictiva» (STC 147/1987).

Ahora bien, «el art. 24 no supone un despederramiento de la potestad que corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios para pronunciarse sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, siendo procedente únicamente el examen de tal extremo por el Tribunal

Constitucional en los supuestos de falta total de fundamento o de absoluta incongruencia en la motivación del rechazo del medio que haya sido propuesto o cuando tal motivación haya sido arbitraria o irrazonable» (STC 51/1985); o también «cuando la denegación jurídicamente razonada se produce tardíamente, de modo que genere indefensión, o los riesgos de un prejuicio de dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso —con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia—, o incluso de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria» (SSTC 89/1995, 131/1995).

Del mismo modo, en la primera de las últimas Sentencias citadas, STC 89/1995, se afirmó que «a los efectos constitucionales, además no es indiferente el momento procesal en que los órganos judiciales den a conocer a las partes el juicio sobre la utilidad y la pertinencia de la prueba propuesta, porque (...) si el órgano judicial no traslada a las partes dicho conocimiento hasta el momento de dictar Sentencia definitiva, aparte de incurrir con esa conducta en el riesgo de haber prejuzgado la cuestión principal, ya no le será posible restablecer la supuesta lesión, pues, tratándose de procesos de instancia única, el único remedio posible que le resta al particular es el recurso de amparo directo ante este Tribunal» (fundamento jurídico 6.º).

En el caso presente, el quejoso centra su alegato tanto en la motivación de la inadmisión de la totalidad de la prueba propuesta (prueba documental y testifical), inadmisión que se considera arbitraria e irrazonable (pues, a su entender, anticipa su valoración), como en el momento procesal en que se produce el rechazo de la misma, esto es, en la propia resolución que decide el incidente.

La declaración de impertinencia de la prueba dirigida a poner de manifiesto la vulneración del derecho al Juez imparcial, especialmente en lo referente a la concurrencia de las causas de recusación consistente en «enemistad manifiesta», no resulta acorde con la doctrina de este Tribunal antes expuesta. Enjuiciamiento negativo que se refuerza si tenemos en cuenta que también se ha dicho que «la pertinencia entendida como constatación de la relación de los medios de prueba propuestos con el *thema decidendi*, presupone la configuración de este último, que debe realizarse mediante las operaciones de alegación llevadas a cabo por las partes. En él no debe intervenir el Tribunal, a menos que se trate de datos que sean manifiestos o notorios, porque, en otro caso, el juicio sobre la pertinencia anticipa, aunque sea parcialmente, el juicio de fondo, respecto del cual introduce una apreciación preventiva» (STC 51/1985).

El Auto del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, de 8 de noviembre de 1996, aquí impugnado, declara literalmente: «No ha lugar a practicar prueba alguna, pues, por las propias causas de recusación esgrimidas, el resultado que pudiera darse para nada influiría en el fondo de la decisión».

El Juez negó cualquier valor al resultado de la prueba no practicada (especialmente la testifical) y el razonamiento que le sigue es incongruente con lo anteriormente manifestado y con las alegaciones del recurrente en su escrito, solicitando la práctica de prueba, a saber: se dice que la causa de recusación por enemistad no puede prosperar, toda vez que «ese sentimiento no pasa —si es que llega— de un estado de ánimo unilateral del recusante y no puede hacerse bilateral o recíproco porque según cuenta el propio recurrente o puede opinar un columnista, se discrepa de una ley en su día patrocinada o prefabricada por el departamento ministerial dirigido por el señor Corcuera. No es posible: para que la enemistad justifique una recusación es necesario que

dimane de actos o conductas que afecten en su valoración a los dos protagonistas de la relación humana; el pleno simplemente subjetivo servirá para otros lances, pero no en el ámbito procesal». En el escrito proponiendo la recusación se transcribían párrafos literales de artículos periodísticos a través de los cuales se pretendía poner de manifiesto el antagonismo existente entre recusante y recusado.

No cabe dudar, en suma, de la trascendencia o relevancia de la prueba propuesta por el recurrente y denegada en la resolución que se impugna. Se cumplió la doctrina de este Tribunal (SSTC 116/1983 y 147/1987) para fundamentar la demanda de amparo, puesto que, en este caso, la misma iba dirigida a acreditar la falta de imparcialidad subjetiva del Juez instructor, esto es, la vulneración de un derecho constitucional autónomo (implícitamente incluido en el derecho a un proceso con todas las garantías) y también, como se ha dicho en otras resoluciones de este Tribunal, «constituye la principal exigencia del derecho al Juez legal, que ha de presidir la constitución de los órganos jurisdiccionales penales» (STC 106/1987).

4. Creemos, en definitiva, con el respeto que nos merece la opinión mayoritaria de la Sala, que debió admitirse la demanda y otorgar el amparo, anulando el Auto de la Sección Primera de lo Penal de la Audiencia Nacional, de 24 de enero de 1997, así como el Auto de 8 de noviembre de 1996, del Juzgado Central de Instrucción núm. 5, con devolución de las actuaciones al Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional para la práctica de las pruebas pertinentes en el incidente de recusación.

Madrid, a veinticinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Vicente Gimeno Sendra.—Firmado y rubricado.

27976 Pleno. Sentencia 206/1997, de 27 de noviembre de 1997. Recursos de inconstitucionalidad 1.181/1987 y 1.190/1987. Promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento Vasco contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Votos particulares.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Álvaro Rodríguez Bereijo, Presidente; don José Gabaldón López, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Vicente Gimeno Sendra, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón, don Carles Viver Pi-Sunyer, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, don Tomás S. Vives Antón y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de inconstitucionalidad núms. 1.181/87 y 1.190/87, promovidos, respectivamente, por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y por el Parlamento Vasco contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Ha comparecido el Gobierno de la Nación, representado y defendido por el Abogado del Estado,

y ha sido Ponente el Magistrado don Rafael de Mendizábal Allende, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, mediante escrito recibido en este Tribunal el 8 de septiembre de 1987, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. El recurso se dirige contra la totalidad de la Ley, con la sola excepción de algunos de sus preceptos que se detallan en el escrito de interposición. Subsidiariamente, y por si se entendiera que la Ley recurrida sólo lesiona las competencias dimanantes del art. 17.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (E.A.C.), se impugnan determinados preceptos que también se enumeran en aquel escrito.

El Parlamento Vasco, en escrito presentado el 11 de septiembre de igual año, también promovió recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la misma Ley y, subsidiariamente, contra determinados artículos de la misma.

Ambos recursos fueron admitidos a trámite el 16 de septiembre, dándose traslado de las demandas y de la documentación con ellas acompañada al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno. El Abogado del Estado solicitó, dada su identidad sustancial, la acumulación, que fue acordada por el Pleno del Tribunal en Auto de 27 de octubre.

2. El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña inicia sus alegaciones afirmando que la Ley impugnada culmina un proceso, antes iniciado por la Ley de Ordenación del Seguro Privado, encaminado a sustraer de la órbita competencial de las Comunidades Autónomas, y en particular de la Generalidad de Cataluña, las Mutualidades y Montepíos de Previsión Social ajenos a la Seguridad Social obligatoria, de modo que, de no prosperar los recursos interpuestos contra las citadas normas, las Comunidades Autónomas quedarán privadas de toda intervención en relación a estas instituciones de previsión voluntaria y libre. Este caso es, precisamente, uno de aquellos en los que se ha producido un desapoderamiento de las instancias centrales en beneficio de ciertas Comunidades Autónomas, y en concreto de Cataluña, por lo que es extraño que el legislador estatal haya considerado la materia de su privativa y exclusiva competencia. Ello sólo puede indicar que se ha querido avanzar en una centralización a ultranza o que no se ha sabido interpretar la Constitución y los Estatutos ante la ausencia de una mención expresa respecto a los Planes y Fondos de que trata la Ley impugnada. Después de hacer algunas reflexiones sobre la interpretación de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, se advierte del peligro de una fosilización de las reglas y principios constitucionales, debiendo prevalecer una interpretación acorde con la intención fundacional y, por consiguiente, evolutiva en función de la transformación de las circunstancias. Con esa base, no pueden admitirse los planteamientos que, partiendo de la prefiguración preconstitucional de una determinada materia, erosionen el bloque de la constitucionalidad, debiendo recordarse, a estos efectos, lo previsto en la cláusula derogatoria de la Constitución.

El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña analiza a continuación los objetivos y el alcance territorial de la Ley impugnada y reconoce que en ella pueden encontrarse determinados preceptos susceptibles de ser contemplados desde una óptica económica financiera —así el art. 16.1 o la Disposición final tercera—, pero añade que la finalidad primera y principal a que responde la Ley es alcanzar unos concretos objetivos de protección social mediante la regulación *ex novo* de una nueva in-