

el respeto de las mismas hubiera reclamado que la remisión de la financiación, de no hacerse en los propios presupuestos, se hubiera realizado sin el sometimiento a la condición de que el INAP acordara previamente la concesión de la ayuda, pues todo ello impide que la Generalidad haya ejercido sus competencias de modo efectivo.

Por tanto la remisión que se ha efectuado de los fondos no se atempera a las exigencias constitucionales al respecto.

12. Por último, antes del fallo, debemos pronunciar-nos también sobre el alcance que tiene la vulneración de competencias en que, según hemos visto, incurren algunos preceptos impugnados, en consideración a que, como hemos declarado en otros casos (SSTC 75/1989, de 24 de abril; 13/1992, de 6 de febrero; 79/1992, de 28 de mayo; 186/1999, de 14 de octubre, entre otras), la Orden y Resoluciones impugnadas ya han agotado sus efectos y no procede afectar a situaciones jurídicas consolidadas. Por ello, la pretensión de la Generalidad de Cataluña puede estimarse satisfecha mediante la declaración de titularidad de la competencia controvertida, sin necesidad de anular los preceptos correspondientes.

### 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 parcialmente el conflicto positivo de competencia núm. 3342/95, promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Orden de 4 de mayo de 1995, del Ministerio para las Administraciones Públicas, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de ayudas para el desarrollo de planes de formación en el marco del Acuerdo de formación continua en las Administraciones públicas de 21 de marzo de 1995, y su aplicación por las Resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública de 4 y 30 de mayo de 1995, mediante las que se efectúa la primera y segunda convocatoria, respectivamente, para el ejercicio de 1995 de concesión de ayudas en el marco del citado Acuerdo, y, en consecuencia, declarar que vulneran las competencias de la Generalidad de Cataluña:

1.º Los arts. 1.3 y 2 a) de la Orden de 4 de mayo de 1995.

2.º Las Resoluciones del Instituto Nacional de Administración Pública de 4 de mayo y 30 de mayo de 1995, en tanto se refieran a los planes de formación de los funcionarios propios de la Generalidad de Cataluña.

3.º Desestimar el conflicto positivo de competencia en todo lo demás.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Tomás S. Vives Antón.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Javier Delgado Barrio.—Elisa Pérez Vera.—Roberto García-Calvo y Montiel.—Eugení Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

1061

*Pleno. Sentencia 229/2003, de 18 de diciembre de 2003. Recurso de amparo avocado 4455/99. Promovido por don Francisco Javier Gómez de Liaño Botella frente a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y otras resoluciones, en causa en la que fue condenado por delitos de prevaricación, al instruir el caso Sogecable.*

*Alegada vulneración del derecho al juez imparcial, y supuesta vulneración de los derechos a la legalidad penal (non bis in idem, interpretación del tipo), a la igualdad, a la tutela judicial efectiva, a un proceso con garantías, a un juez imparcial, y a la presunción de inocencia: tramitación de sumario ordinario, en vez de abreviado; inadmisión de recusación por extemporánea; preguntas en el acto del juicio formuladas por el Tribunal; condena penal sobre hechos distintos a una causa sobreseída anterior; que aplica el delito de prevaricación de manera previsible, sin apartarse de la jurisprudencia; y que la funda en prueba de indicios. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, doña Elisa Pérez Vera, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4455/99, promovido por don Francisco Javier Gómez de Liaño Botella, representado por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Moneva Arce y asistido por los Abogados don Jorge Trias Sagnier y doña María Dolores Márquez de Prado y de Noriega, contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 2/1999, de 15 de octubre, que dio fin a la causa especial núm. 2940/97, así como contra los Autos de 16 de junio de 1998, 3 de noviembre de 1998 y 3 de febrero de 1999, dictados en la expresada causa, y contra el Auto de 15 de junio de 1999, dictado en el incidente de recusación tramitado en relación con la misma. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Han sido parte don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, representados por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, y la Asociación de Estudios Penales, representada por la Procuradora doña Gema de Luis Sánchez y asistida por el Abogado don José Emilio Rodríguez Menéndez. Ha sido Ponente el Magistrado don Pablo Cachón Villar, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 28 de octubre de 1999 la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Moneva Arce, en nombre y representación de don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, interpuso recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, dictada en la causa especial núm. 2940/97, que condenó al demandante de amparo, como autor de un delito continuado de prevaricación, a las penas de 18 meses de multa, a razón

de 1.000 pesetas diarias, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostentaba y de los honores que le eran anejos, y con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales. El recurso se formula también contra las demás resoluciones mencionadas en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso de amparo y relevantes para su resolución son, sucintamente expuestos, los siguientes:

a) Con fecha 26 de septiembre de 1997 se interpuso ante el Tribunal Supremo una querrela por la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarrí, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González en la que se imputaba al actual demandante de amparo la comisión de tres delitos de prevaricación por ciertas resoluciones dictadas como instructor del denominado asunto «Sogecable» (diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional), y en el que fueron denunciados los ahora querellantes en el proceso por prevaricación. Dicha querrela dio lugar a la incoación de la causa especial núm. 2940/97, dada la condición de Magistrado de uno de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional del querrellado.

Mediante Auto de 19 de febrero de 1998 la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (compuesta por tres Magistrados) acordó, en contra de la opinión del Ministerio Fiscal, su admisión a trámite y la apertura de diligencias previas, así como la desestimación de otras tres querellas incoadas ante el Tribunal Supremo por otros denunciadores contra el Sr. Gómez de Liaño e inicialmente acumuladas a la causa. En ese mismo Auto se decidió que el procedimiento iniciado con motivo de esta querrela se tramitase por las normas del sumario ordinario.

Con fecha 23 de febrero de 1998 se dictó Auto aclaratorio del anterior, estableciendo que «la apertura de las Diligencias Previas por parte del Excmo. Sr. Instructor, como Delegado de esta Sala y por mandamiento de la misma, lo es tan sólo para que se notifique en debida forma al Ilmo. Sr. Magistrado querrellado la admisión por parte de este Tribunal del escrito de querrela contra el mismo, mas una vez realizado tal trámite se transformará por el Excmo. Sr. Instructor en sumario ordinario y continuará así hasta su finalización». Por Auto de 16 de marzo de 1998, con igual composición de Sala que los dos anteriores, se confirmó el de 19 de febrero, con desestimación de los recursos de súplica interpuestos contra éste. El instructor de la causa dictó sendos Autos el 25 de marzo y el 15 de junio, ambos de 1998, acordando en el primero la incoación de diligencias previas y en el segundo la transformación de dichas diligencias en sumario ordinario.

b) El día 16 de junio de 1998 dictó el instructor de la causa Auto de procesamiento contra el querrellado y ahora recurrente en amparo, el cual formuló recurso de reforma y subsidiario de apelación, a los que se adhirió el Ministerio Fiscal.

Por Auto de 3 de julio de 1998 se desestimó el recurso de reforma, confirmándose el Auto de procesamiento, y se admitió en un efecto el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente. La Sala (con la composición de tres Magistrados, dos de los cuales la habían integrado al dictarse los Autos de 19 de febrero, 23 de febrero y 16 de marzo de 1998) dictó Auto el 3 de noviembre de 1998, desestimando dicho recurso de apelación y ratificando el procesamiento ya acordado, for-

mulando el Ponente Voto particular por entender que debía alzarse el procesamiento.

c) El instructor dictó el 8 de octubre de 1998 Auto de conclusión del sumario.

La representación procesal del querrellado y procesado presentó escrito el 16 de noviembre de 1998 ante la Sala que conocía de la causa, solicitando que «a partir de este momento y antes de abrir la fase intermedia» los Magistrados que integraban aquélla y que habían desestimado la apelación formulada contra el Auto de procesamiento «se aparten del conocimiento de la causa a fin de garantizar a mi representado el pleno derecho a un juez imparcial, conforme a los preceptos legales y doctrina, tanto constitucional como del TEDH, expuesta». Se decía en el cuerpo del escrito que, «a la vista del pronunciamiento de la Sala confirmando el procesamiento del Sr. Gómez de Liaño y leídos tanto los razonamientos del auto de mayoría como los del voto particular, esta parte entiende —y lo hace con todos los respetos— que concurren circunstancias objetivas que permiten cuestionar la imparcialidad del tribunal y que, por tanto, los tres excelentísimos señores magistrados deberían inhibirse del conocimiento de la causa (art. 55 de la LECr)». Se decía también, finalmente, lo siguiente: «Nuestra opinión es que la abstención y subsiguiente sustitución debe operar desde el momento mismo en que se abra la fase intermedia a que se refieren los artículos 627 de la LECr. No en vano, en ese período del proceso, a tenor del art. 632 LECr, el tribunal, después del trámite concedido a todas las partes, tendrá que resolver respecto a las solicitudes de juicio oral o de sobreseimiento. A nadie extrañará que esta parte anticipe su intención de pedir el sobreseimiento libre de la causa con base en el artículo 637.1 de la LECr por no existir indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio motivos a la formación de la causa, criterio que comparte el Ministerio Fiscal, y es sabido que este supuesto, como situación contraria al art. 384 de la LECr, es una resolución de fondo, que tiene carácter definitivo y que equivale a una sentencia absolutoria (STC 34/1983, de 6 de mayo), hasta el punto de que cabe recurso de casación. Se contravendría la doctrina del TEDH y, por supuesto, el artículo 6.1 del Convenio citado, si quienes viesen ahora esta cuestión de fondo fuesen los mismos magistrados en quienes ya anida un claro prejuicio».

La Sala acordó por Auto de 16 de diciembre de 1998 «tener por hechas las alegaciones formuladas por la defensa del Ilmo. Sr. Don Javier Gómez de Liaño, pero sin apartarse del conocimiento de la causa por las razones expuestas en esta resolución». En el razonamiento jurídico primero del Auto se decía lo siguiente: «Con independencia de lo atípico de la pretensión ejercitada en el escrito de la parte procesada, el art. 55 de la LECrim pone de manifiesto que no otorga un derecho a las partes para solicitar la inhibición de un Juez o Magistrado, sino que deben ejercer el derecho a recusar, si lo estiman procedente, y los juzgan incurso en alguna de las taxativas causas de recusación de los arts. 54 de la citada Ley y 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Mas si tal escrito no tenía —pese a su inequívoco suplico— otra finalidad que poner de relieve una sentencia del Tribunal de Estrasburgo, poniendo en conocimiento de esta Sala la doctrina recogida y su aplicabilidad al caso, tampoco puede aceptarse por las razones que se exponen a continuación». Seguidamente la Sala fundamenta la estimación de que «la STEDH de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar), en la que apoya su argumentación el escrito de la defensa, no resulta aplicable al caso de esta causa especial». Mediante escrito de 20 de diciembre de 1998 el procesado interpuso recurso de súplica contra dicho Auto, recurso que fue desestimado por Auto de la misma Sala de 7 de enero de 1999.

d) La Sala, con igual composición que la que dictó el Auto de 3 de noviembre de 1998 y los Autos posteriores, de que se ha hecho mención, dictó Auto el 3 de febrero de 1999 (con un Voto particular discrepante) acordando lo siguiente: «Se confirma el auto de conclusión del sumario dictado por el Instructor en la presente causa. Se abre el juicio oral y se comunica la causa al Ministerio Fiscal, para que dentro del término de cinco días califique los hechos que de ella resulten por escrito». En el segundo de los fundamentos de derecho se dice lo siguiente: «Pese a la solicitud, tanto del Excmo. Sr. Fiscal, como de la defensa del procesado, esta Sala no está conforme con tal petición de sobreseimiento libre en base a no ser los hechos objeto de la causa constitutivos de delito, habida cuenta de que no se han modificado las circunstancias que concurrieron al dictar resolución confirmatoria del auto de procesamiento».

Contra dicho Auto interpuso recurso de súplica el querellado y procesado, a cuya admisión a trámite se opusieron el Ministerio Fiscal y demás partes personas. El recurso fue desestimado por Auto de 19 de febrero de 1999, dictado por la Sala con igual composición de Magistrados que el recurrido, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «La Sala acuerda: Desestimar íntegramente el recurso de súplica interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Doña Pilar Moneva Arce, en nombre y representación procesal del procesado Ilmo. Sr. Don Javier Gómez de Liaño y Botella, contra el auto de esta Sala de 3 de febrero de 1999, que confirmó el auto de conclusión del sumario y la apertura del juicio oral, ordenando la comunicación de la causa al Excmo. Sr. Fiscal para calificación porque la referida resolución pretendidamente impugnada no es susceptible de recurso alguno».

e) Notificado este último Auto el 24 de febrero de 1999 a la representación procesal del querellado y procesado, dicha representación planteó incidente de recusación contra los Magistrados que componían la Sala, y que habrían de juzgarle, mediante escrito presentado el 25 de febrero de 1999 en el Registro General del Tribunal Supremo.

En dicho escrito se imputaba a todos los Magistrados la pérdida de la imparcialidad objetiva y además a uno de ellos la amistad íntima con uno de los Letrados de la parte querellante e interés en la causa. De este incidente conoció la Sala Especial del Tribunal Supremo regulada en el art. 61 LOPJ, la cual, después de admitirlo a trámite, designó Magistrado instructor del incidente de recusación, quien lo recibió a prueba y, una vez practicada la propuesta, remitió las actuaciones a la Sala Especial. Esta dictó Auto el 16 de junio de 1999, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: «La Sala acuerda, sin entrar en el fondo del asunto, desestimar por extemporánea la recusación planteada por D. Javier Gómez de Liaño Botella; todo ello sin hacer una expresa declaración sobre condena en costas procesales». Dicha resolución contó con un Voto particular discrepante, al que se adherieron otros cuatro Magistrados.

f) Con fecha 26 de febrero de 1999 la representación del procesado planteó, como artículo de previo pronunciamiento, la excepción de cosa juzgada, a la que renunció después, con fecha 5 de julio de 1999, renuncia efectuada, según dice la demanda de amparo, para evitar mayores dilaciones ya que aquél se hallaba suspendido de empleo y sueldo desde el procesamiento.

g) El juicio oral se celebró entre los días 14 y 22 de septiembre de 1999 y la Sentencia se dictó el 15 de octubre de 1999 por una Sala compuesta por los mismos Magistrados que habían dictado los Autos de 3 de noviembre de 1998 y 3 y 19 de febrero de 1999. Dicha Sentencia contiene la siguiente declaración de hechos probados:

«1. El 25 de febrero de 1997, el Ilmo. Sr. Juez de Instrucción del Juzgado de Instrucción Central N.º 1 acordó, mediante el auto correspondiente, incoar actuaciones penales como consecuencia de la denuncia de 4 folios, acompañada de tres ejemplares de la revista "Época", presentada el día anterior por D. Jaime Campmany. En dicha denuncia, referida a hechos ocurridos un año antes, se hacía constar que a partir del 1-9-91 y hasta enero de 1996 las Sociedades Sogecable y Canal Plus "han actuado como sociedades paralelas" y que según consta en el Registro Mercantil el importe de los depósitos de los abonados constituidos por el uso de los descodificadores y adaptadores "se encuentra contabilizado en el pasivo del balance de la sociedad Sogecable". Se señala también en la denuncia que "exactamente el 2 de enero de 1996, la Sociedad Canal Plus adquiere la totalidad de las acciones de Sogecable, para, al día siguiente, 3 de enero de 1996, la Junta General de Accionistas de Sogecable acordar su disolución sin liquidación, aunque realizó una cesión global de activos y pasivos a Canal Plus que, a su vez, modificó su denominación social por la de Sogecable". Agregaba el denunciante que "en estas operaciones, al parecer, y según criterio de algunos economistas y juristas, se han utilizado indebidamente los depósitos en garantía de los abonados cuando, por disposición legal, deberían haber permanecido en cuenta aparte". También se denunciaba que "a los nuevos abonados bajo la fórmula de 'impuesto incluido' se les siguió cobrando la misma tarifa (del IVA), lo que representó para la sociedad unas ganancias de 5.500 millones de pesetas, con el perjuicio proporcional para cada abonado».

2. El denunciante no fue citado para ratificar la denuncia ni para recibirle declaración, pero, luego de haber sido declarado el secreto de las actuaciones en auto de 27-2-97, con la conformidad del Fiscal expresada en un breve dictamen de menos de 4 líneas, el Juez oyó al periodista Miguel Platón, quien aportó un documento sin firma de 7 folios, que atribuyó a los Sres. Pérez Escolar, Gerardo Ortega y, probablemente, Ramón Tamames, del que extrajo los datos para el artículo de la revista Época por él suscrito.

3. El mismo 27-2-97 se presentó en la causa ejerciendo la acción popular D. Javier Sáinz Moreno, quien fue tenido por parte acusadora en el auto 28-2-97 no obstante disponer sólo de habilitación profesional para asuntos propios. En dicho auto no se exigió fianza correspondiente. En esta misma resolución el Juez dispuso también: "no ha lugar por el momento, a adoptar medida cautelar alguna, si bien el Presidente del Consejo de Administración, el Consejero Delegado y el Secretario General del Consejo de Administración de Sogecable S.A., más el querellado José A. Rodríguez Gil no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del juzgado".

4. Tanto una como otra resolución fueron recurridas en reforma por los afectados. El Juez desestimó los recursos en los autos de 10.3.97 y 13.3.97.

5. En ejecución de lo dispuesto sobre prohibición de salir del territorio nacional a determinados querellados, el Juez dispuso el 4-4-97, "no autorizar los viajes al extranjero que tienen programados Jesús de Polanco y José Antonio Rodríguez Gil". El Fiscal consideró respecto de esta decisión que "la medida cautelar adoptada—prohibición de salir al extranjero— puede ser desproporcionada en relación con las investigaciones realizadas hasta el presente momento" y, en consecuencia, interpuso recurso de reforma.

6. Posteriormente el Juez autorizó los viajes que había denegado en su resolución de 4-4-97.

7. El 10.4.97 el Fiscal interesó el levantamiento del secreto de las actuaciones. El Juez no accedió, pero poco después dispuso el levantamiento parcial del secreto.

Este auto fue recurrido también por el Fiscal el 17-4-97, diciendo: "entendemos con los máximos respetos, que ni siquiera respecto de aquellas diligencias que el auto impugnado considera procedente mantener reservadas cabe ya el mantenimiento del secreto". El recurso fue desestimado por el Juez por auto de 5-5-97.

8. Mediante auto de 7-5-97 la Audiencia resolvió el recurso de queja contra el auto de 28-2-97 interpuesto por los Sres. Polanco Gutiérrez, Cebrián Echarri y Aranaz Cortezo, dejando sin efecto el auto recurrido en cuanto establecía que los recurrentes "no podrán salir del territorio nacional sin conocimiento y autorización del Juzgado". La Audiencia motivó su decisión en "la falta de fundamento legal y material y por ende la arbitrariedad de la medida adoptada por el Instructor".

9. Asimismo por auto de 13-5-97 la Audiencia estimó el recurso de queja interpuesto por los querellados nombrados en el párrafo anterior y, en consecuencia dejó sin efecto la declaración del secreto del procedimiento, decretado en el dispositivo primero del auto de 27.02.97. En el razonamiento jurídico 5.º la Audiencia dijo que "el secreto, en cuanto a las pruebas periciales en curso no se justifica objetivamente con la protección de la investigación y el valor justicia, que ambos son compatibles con el régimen general de publicidad interna de las diligencias y que sin siquiera como limitación parcial es admisible en tanto ni es imprescindible, necesario, adecuado o proporcional".

10. A continuación el Juez ordenó el levantamiento del secreto, en cumplimiento del auto de la Audiencia, señalando que lo hacía "dejando a salvo la responsabilidad del Instructor por los perjuicios que puedan derivarse para la investigación sumarial". Sin embargo, al día siguiente, 14-5-97, dictó una providencia en la que ordenó: "Ante la incidencia que el levantamiento total del secreto pudiera tener en las investigaciones que actualmente realizan los funcionarios de la Policía Judicial adscritos a esta causa, por la vía más rápida—incluida la telefónica—solicítense información de la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera". La Brigada informó por fax el mismo día—previa comunicación telefónica con el Juez—diciendo: "Dentro del trabajo policial que obra en ese Juzgado, existen diligencias solicitadas, cuyo conocimiento por las partes no perjudica la investigación, porque se va a realizar sobre documentos ya existentes, que no pueden ser modificados externamente, pero existen otros en la actualidad, que de ser aceptados judicialmente, su conocimiento previo por las partes puede hacerlos ineficaces, como por ejemplo la obtención de los datos sobre empleados de la Sociedad de Gestión del Cable, S.A., para tratar de fundamentar posteriormente, mediante toma de declaraciones no preparadas, si esta empresa era o no instrumental de la Sociedad de Televisión Canal Plus, S.A. En cuanto a las gestiones policiales futuras, la Autoridad Judicial tendría que valorar puntualmente si los caminos de esclarecimiento de los hechos que se le ponen de manifiesto, pueden ser o no desvirtuados de existir un conocimiento previo por las partes, puesto que en la investigación económica existe una evidente desproporción entre los medios que utiliza para avanzar en la verdad el instructor y los que posee el investigado para ocultarlo".

11. El 15-5-97 el Juez dictó un auto en el que decretó nuevamente "el secreto parcial de este procedimiento. En concreto de las diligencias de investigación que actualmente y encomendadas por el Instructor, está practicando la Brigada de Delincuencia Económica y Financiera de la Unidad de Policía Judicial". En los razonamientos jurídicos, apoyándose en el informe de la Brigada, sostuvo el Juez que "sin perjuicio de la publicidad sumarial decretada por la Sala el pasado 13 de mayo al estimar el recurso de queja de tres de los querellados, ese secreto debe decretarse de nuevo para el futuro,

aunque sólo sea para las diligencias que desarrolla la policía judicial adscrita al proceso". Este auto fue recurrido en reforma por los querellados, pero no por el Fiscal. El recurso fue desestimado en el auto de 11-3-97, por el propio Instructor.

12. El secreto fue levantado definitivamente mediante auto de 12 de junio de 1997, luego de la comparecencia de los funcionarios policiales presentando su informe pericial y acogiendo el criterio de éstos respecto de la no necesidad del secreto.

13. Uno de los Magistrados que sucedieron al Sr. Juez Gómez de Liaño tras haber sido éste recusado, dictó el 31-7-97 un auto por el que autorizó la salida del territorio nacional del Sr. Polanco entre el 10 y 20 de agosto, tal como éste lo solicitaba y señalando su obligación de comunicar cualquier cambio de domicilio. El otro Magistrado entendió en el auto de 11-11-97, al desestimar un recurso de reforma, que carecía de competencia para modificar las medidas cautelares, atendiendo a la resolución de archivo parcial dispuesta por la Audiencia Nacional.

14. Mediante auto de 26-6-97, dictado en la pieza de situación del Sr. Polanco, el Juez decretó la libertad bajo fianza de 200.000.000 ptas. de éste. En los fundamentos de dicho auto se estableció que "no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de prisión provisional incondicional", que "se rechaza el criterio de la alarma social" pues "en el presente caso no se ha detectado una intranquilidad generalizada" y que "tampoco puede decirse que el imputado tenga absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida y no se han detectado maniobras claras de perjudicar la instrucción".

15. El 5-9-97 fue incoada la Causa Especial N.º 2790/97, como consecuencia del escrito del Excmo. Sr. Fiscal del Estado en el que éste consideró imposible formular querrela, pues era precisa "una inicial concreción de hechos y presuntos autores". La denuncia hacía referencia a la posibilidad de que fueran aplicables los arts. 446, 449, 456, 498 y 450 CP. El Excmo. Sr. Magistrado Instructor designado por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo circunscribió la investigación referente al Ilmo. Sr. Gómez de Liaño a la participación en una "confabulación". La causa fue archivada por auto de 21-10-97, que adquirió por entender el Instructor que dicha confabulación no era constitutiva de delito. En la motivación de este auto se precisó que: "han sido objeto de la instrucción hasta aquí practicadas las tres imputaciones que aparecen en las presentes actuaciones: A) Contra los Sres. Gómez de Liaño ... por la confabulación que ... el Sr. Garzón Real dijo haber conocido extraprocesalmente y que sirvió para fundamentar su abstención en el incidente de recusación, confabulación que en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las Diligencias Previas 54/97, relativas al caso Sogecable, pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aun cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de alguno de los querellados".

h) Los fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida se inician con lo que denomina cuestiones previas, entre las que aborda, en primer lugar, la vulneración del principio *non bis in idem*, dado que el Auto de archivo recaído en la causa especial núm. 2790/97, en la que se investigó la supuesta «confabulación» del actual demandante de amparo con otras personas para que las diligencias abiertas en el asunto «Sogecable» pervivieran el mayor tiempo posible, tenía, a juicio del actor, efectos de cosa juzgada. La Sala estimó, al respecto, que los hechos investigados en aquella causa y en la seguida contra el recurrente eran completamente diversos.

Como segunda cuestión previa, tras un detallado examen de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se rechaza la parcialidad objetiva de la Sala de enjuiciamiento, que el recurrente imputaba a la intervención de la misma en la confirmación de su procesamiento, por cuanto en el Auto dictado al respecto no se realiza un prejuicio sobre el fondo de la cuestión, y menos aún sobre la culpabilidad del procesado, sino que la Sala de apelación se pronuncia sólo sobre la legalidad de la obtención de las pruebas, el respeto del derecho de defensa y la aplicación provisional del derecho material.

La tercera cuestión previa se refiere a la alegada infracción del principio de legalidad en conexión con la tramitación del proceso por las reglas del procedimiento ordinario. El Tribunal Supremo parte de que dicho procedimiento no representa merma alguna del derecho de defensa, a lo que añade que, derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir responsabilidad a Jueces y Magistrados, el proceso dirigido contra un Juez sigue exigiendo ciertas cautelas y garantías procesales para comprobar la consistencia de la acusación contra el Juez, que sólo se pueden salvaguardar a través del procedimiento ordinario, ya que permite una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, inexistente en el abreviado. Tampoco se infringe el principio de igualdad, ya que tras la derogación del antejuicio es el primer proceso en el que la Sala juzga a un Juez, ni el de legalidad, pues el procedimiento está regulado en la ley y no implica perjuicio alguno.

i) La Sentencia considera, en relación con la cuestión de fondo, que los hechos probados son constitutivos de un delito continuado de prevaricación continuada del art. 446.3 del Código penal. Tal actuación prevaricadora se refiere a las resoluciones que a continuación se indican, las cuales se valoran como objetivamente injustas y como dictadas por el procesado, ahora recurrente en amparo, a sabiendas de su injusticia, en la instrucción de las diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de la Audiencia Nacional:

1) Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones, después de que, declarado el secreto por Auto de 27 de febrero de 1997, había sido éste dejado sin efecto por Auto de 13 de mayo de 1997, dictado por la Sección correspondiente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El Auto de 15 de mayo fue dictado conociendo el Juez que el secreto había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia. El oficio policial de 14 de mayo no se refiere a hechos o a elementos nuevos, y la aparente fundamentación judicial del Auto (apoyada en el carácter instrumental de una sociedad, que ya constaba acreditado en el proceso) demuestra un manifiesto abuso de las facultades que la Ley concede al Juez de Instrucción para limitar el derecho de defensa de las partes, burlando la decisión de la Audiencia y extralimitándose respecto de lo establecido por un Tribunal Superior al que debía acatamiento. En definitiva, se afirma que el Auto, «con fundamentos inexistentes y datos tergiversados, ha reimplantado el secreto en evidente contradicción con el auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía que estaban ya acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantarse el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones».

2) Auto de 28 de febrero de 1997, que prohibió la salida del territorio nacional de tres de los entonces denunciados sin conocimiento ni autorización del Juzgado, ratificado por el Auto de 13 de marzo de 1997. Se afirma que la medida fue adoptada sin que existiera

habilitación legal que permitiera imponer a un inculpado, respecto del que no existen razones para ordenar su detención, una prohibición para salir del territorio, lo que es especialmente grave al afectar a un derecho fundamental (art. 19 CE). También se reprocha que la decisión se adoptó sin motivación y en un momento en el que la denuncia interpuesta carecía de corroboración.

3) Auto de 26 de junio de 1997, dictado en la pieza de situación de don Jesús de Polanco. Pese a que el Juez estimó que no existía riesgo de huida, impuso una fianza al inculpado que carecía de sentido, pues no había nada que asegurar. Por tanto no se daban los presupuestos para acordar la medida, la cual era, además, desproporcionada para contrarrestar un peligro que el propio Juez declaró inexistente. En ese momento el Juez sabía que el secreto había sido declarado como una medida desproporcionada por la Audiencia, no existía damnificado alguno en el proceso ni peligro alguno de que lo hubiera desde que se fusionaron «Canal Plus» y «Sogecable». Por último se apartó del informe pericial de Hacienda sobre el asunto.

j) La Sentencia contiene el fallo siguiente: «Que debemos condenar y condenamos al procesado don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella, como autor responsable de un delito continuado de prevaricación ya definido, cometido al dictar los tres autos que han sido objeto de esta causa, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dieciocho meses de multa a razón de 1.000 ptas. diarias, y a la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por el tiempo de quince años, con pérdida definitiva del cargo que ostenta y de los honores que le son anejos, así como con la incapacidad para obtener durante el tiempo de la condena cualquier empleo o cargo con funciones jurisdiccionales o de gobierno dentro del Poder Judicial o funciones jurisdiccionales fuera del mismo, así como al pago de las costas procesales producidas incluidas las de la acusación particular y excluidas las correspondientes a la acción popular. En caso de impago de la multa impuesta la responsabilidad personal subsidiaria se establece en un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas». Esta Sentencia condenatoria cuenta con el Voto particular discrepante del Magistrado al que inicialmente se había asignado la ponencia, a la que posteriormente renunció.

3. El recurrente fundamenta su demanda de amparo en diversas vulneraciones de derechos fundamentales, que se expondrán en el orden de la misma:

a) Se denuncia, en primer lugar, la vulneración del principio de legalidad (art. 25 CE), por la inadecuación de procedimiento elegido para tramitar la causa.

Las normas procesales por las que se rigió el proceso seguido contra el recurrente fueron las del sumario ordinario previsto en la LECrim, en contra de la opinión del recurrente y del Ministerio Fiscal, quienes mantuvieron la posición de que se siguiera el trámite del procedimiento abreviado previsto en los arts. 779 y siguientes LECrim.

En opinión del actor el principio de legalidad (art. 25.1 CE) no se agota con la concreción de tipos delictivos, ni con el rango formal de las normas que lo componen, sino que hay algo más, que es la dimensión procesal jurisdiccional, de forma que la tramitación del proceso, por unas u otras normas, no puede quedar al arbitrio del Juez, ya que aquéllas son de orden público. Según la STC 196/1997 el principio de reserva de ley en materia procesal atribuye al legislador la función de regular en exclusiva el proceso, y el Juez no puede alterar las normas del mismo. Se afirma también que el art. 24 CE, como el 9.3 CE, impiden la arbitrariedad judicial,

obligando al juez a respetar las normas procesales.

Discute la demanda, en contraposición con lo expresado en las resoluciones impugnadas, que el proceso ordinario por delitos ofrezca mayores garantías para el recurrente, sosteniendo que, por el contrario, ha determinado serios perjuicios. Entre otros, la publicidad y la amenaza al honor de una persona que genera el Auto de procesamiento, y que ni siquiera una Sentencia absoluta puede reparar. Además el procesamiento llevó consigo la suspensión de empleo y sueldo del actor. Por otra parte se denuncia que la instrucción sólo fue amplia en el tiempo, pero no en las diligencias que se llevaron a cabo, y que ni siquiera el régimen de recursos que cabe contra el Auto de procesamiento aumenta tales garantías en comparación con el procedimiento abreviado, visto que también es recurrible el auto que acuerda continuar este último.

b) En segundo lugar se denuncia la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada igualmente de la inadecuación de procedimiento.

La tramitación de la causa por las normas del proceso común de la LECrim, y no por las del procedimiento abreviado, ha supuesto para el recurrente también una vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE). La desigualdad que invoca estriba en que, de acuerdo con una certificación de la Secretaría del Tribunal Supremo que aporta con la demanda, de todas las causas seguidas ante dicho Tribunal contra personas aforadas por delito de prevaricación o por los cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, la única que se ha seguido por los trámites del sumario ha sido la abierta contra el Magistrado recurrente, mientras que las demás lo han sido por las normas del procedimiento abreviado. Ello supone un tratamiento jurídico distinto respecto de los demás imputados del Tribunal Supremo, sin que exista justificación objetiva y razonable que lo justifique, pues el Tribunal, apartándose de sus precedentes, ha aplicado una tramitación procesal distinta a la observada con otros aforados.

c) En tercer lugar se denuncia una nueva vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por violación del principio *ne bis in idem* en su dimensión procesal.

Según la demanda la causa especial núm. 2790/97, seguida contra el actual demandante de amparo y contra otro Magistrado por la comisión de supuestos delitos de prevaricación, y la causa especial 2940/97, cuya Sentencia aquí se recurre, se siguieron por los mismos hechos, produciéndose una dualidad de procedimientos penales lesiva del principio *non bis in idem* en su dimensión procesal, que se integra en el art. 25.1 CE. Para ello el recurso analiza, en primer lugar, la identidad entre las causas especiales núm. 2790/97 y 2940/97, que resultaría del escrito de denuncia del Fiscal General del Estado, del Auto de incoación de diligencias previas, de la imputación, de la unión de testimonio de todos los autos recaídos en el asunto «Sogecable», de las certificaciones y dictámenes del Fiscal en este asunto, de las declaraciones prestadas por imputados y testigos y del delito perseguido en la causa núm. 2790/97 (prevaricación). A esta causa se acumularon otras querellas, inicialmente admitidas a trámite, también por prevaricación, formuladas contra el demandante de amparo y contra un Fiscal, que posteriormente fueron archivadas por haber sido objeto de investigación en dicha causa.

En segundo lugar, con apoyo en el ATC 246/1992, viene a concluir que el Auto de archivo recaído en las diligencias previas núm. 2790/97 tiene valor de cosa juzgada, pues sería equiparable a un Auto de sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito. A dicho sobreseimiento libre se hubiera llegado también

si la causa especial núm. 2790/97 hubiese sido seguida por los trámites de sumario ordinario.

Partiendo de la identidad de los hechos (en ambos procesos fue investigada la posible conducta prevaricadora del recurrente) y de la eficacia de cosa juzgada del Auto de archivo, es posible concluir —en opinión del actor— que se han seguido dos procedimientos penales por unos mismos hechos y que, al ser condenado en la causa especial núm. 2940/97, habría resultado infringida la prohibición de *bis in idem*.

Por último también entiende el recurrente que con tal actuación se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), ya que la apertura de un nuevo procedimiento por unos hechos ya investigados y archivados conculca la prohibición de lo que el Derecho anglosajón denomina *double jeopardy*, y que no es otra cosa que evitar, no sólo el doble castigo por los mismos hechos, sino el riesgo de que le sea impuesto. E invoca también el art. 24.1 CE, en su vertiente de derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

d) Como cuarto motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, generadora de indefensión (art. 24.1 CE), derivada de la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente.

En efecto, el demandante de amparo recusó a la Sala del Tribunal Supremo llamada a juzgarle al poner en duda la imparcialidad objetiva de la misma y la subjetiva de uno de sus componentes. Admitido inicialmente a trámite el incidente, y designado instructor al efecto por la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ, ésta finalmente lo inadmitió al considerar que la formulación de la recusación era extemporánea. Tal decisión se aparta de la ley, porque, si la Sala Especial estimaba que la recusación era extemporánea debió decirlo así al comienzo de la tramitación, tal y como se deduce del art. 223.1 LOPJ, y no una vez concluida aquélla. Por otra parte el Auto de 16 de junio de 1998 interpreta indebidamente el art. 56 LECrim. al llegar a la conclusión de que el mismo impide proponer la recusación una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, cuando el legislador se refiere al comienzo de las sesiones del juicio y no al inicio de la fase intermedia del proceso penal, tal como ha interpretado en otras ocasiones el mismo Tribunal Supremo y se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 138/1991, 238/1991, 232/1992, 119/1993, 282/1993, 384/1993 y 142/1997). Además, y en todo caso, la recusación fue planteada cuando la parte tuvo los datos necesarios para hacerlo, es decir, tras el Auto de 3 de febrero de 1999, por el que se desestimó el sobreseimiento libre de la causa y fue acordada la apertura del juicio oral, pues fue en ese momento cuando se adoptaron decisiones trascendentales que afectaban a la imparcialidad de la Sala y cuando el actor tuvo pruebas sobre el interés de uno de los Magistrados en el asunto.

El hecho de que la Sentencia condenatoria de 15 de octubre de 1999 dedique un largo razonamiento a abordar el fondo de la recusación planteada, en lo que respecta a la imparcialidad objetiva, no ha subsanado los vicios anteriores, porque dicha Sala no es la competente para ello y porque, al actuar de esa manera, incurrió en una forma de incongruencia *extra petita* al pronunciarse sobre algo que no le correspondía ni se le pedía, sin olvidar que la citada Sentencia guarda silencio sobre la falta de imparcialidad subjetiva.

e) En quinto lugar se plantea autónomamente la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y al Juez imparcial (arts. 24.1 y 24.2 CE). En opinión del recurrente la falta de pronunciamiento al que estaba

obligada la Sala Especial del Tribunal Supremo sobre el fondo de la recusación hace necesario el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Sostiene la demanda que concurren causas objetivas que determinaron la pérdida de imparcialidad de los Magistrados que lo juzgaron, al haberse formado convicciones previas y que asimismo concurren causas subjetivas en uno de ellos que determinaron su ausencia de imparcialidad por amistad íntima con uno de los abogados de los querellantes y por el interés de dicho Magistrado en la causa. Finalmente dicha imparcialidad fue también demandada en el curso del proceso respecto del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal, dado el interés del mismo Magistrado, manifestado durante el juicio.

A continuación analiza detenidamente cada uno de los motivos por los que, en su opinión, la Sala enjuiciadora perdió la imparcialidad.

1) Causas objetivas que determinaron la pérdida de la imparcialidad de los Magistrados, al haberse dictado determinadas resoluciones —fundamentalmente las de confirmación del procesamiento y denegación del sobreseimiento libre— que hicieron que adquiriesen un prejuicio y actuasen prevenidos en las siguientes fases del proceso. Cita como hechos contaminantes las siguientes resoluciones: Auto de 19 de febrero de 1998, de admisión de la querrela, en la medida en que en el mismo se manifiesta que los datos de la querrela «revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código Penal, como resoluciones injustas»; Auto de 16 de marzo de 1998, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el Auto de admisión de la querrela, en el que la Sala, integrada por dos de los Magistrados que después se encargaron de juzgar al demandante, desestimó el recurso habida cuenta que las razones tenidas en cuenta por la Sala al admitir la querrela no se habían desvirtuado; Auto de 3 de noviembre de 1998, desestimatorio del recurso de apelación formulado contra el Auto de procesamiento, en el que los mismos Magistrados de la Sala que luego habían de dictar la Sentencia condenatoria se pronunciaron sobre la no vulneración del principio *non bis in idem*, confirmaron la denegación de diligencias probatorias ya rechazadas por el Instructor y se pronunciaron sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad; Auto de 3 de febrero de 1999, que confirmó el de conclusión del sumario y denegó el sobreseimiento libre de la causa, en el que los mismos Magistrados declararon que «no se han modificado las circunstancias que concurrieron al dictar la resolución confirmatoria del auto de procesamiento»; Auto de 19 de febrero de 1999, desestimatorio del recurso de súplica interpuesto contra el anterior y que, sin entrar en el fondo del asunto, lo desestimó por considerar que la ley no prevé tal recurso.

Con apoyo en la STEDH recaída en el caso *Castillo-Algar*, la demanda sostiene que los Magistrados que confirmaron el Auto de procesamiento y acordaron la apertura del juicio oral, rechazando así el sobreseimiento de la causa, adquirieron unos prejuicios invalidantes para conocer y fallar el asunto y manifestaron anticipadamente un juicio de culpabilidad. Esta conclusión se apoya en las siguientes razones: a) para resolver el recurso de apelación contra el procesamiento, el Tribunal tuvo un conocimiento extenso del asunto, pues se testimonió todo el sumario; b) en el Auto citado anteriormente se abordó la naturaleza del procedimiento aplicado y la denegación de diligencias por el Instructor, lo que significó pronunciarse previamente sobre aspectos que aparecieron en el juicio oral; c) en dicho Auto el Tribunal se pronunció ya sobre el principio *non bis in idem*, lo que indica que aquél tenía formado un criterio sobre ello y que su juicio estaba contaminado; d) la lectura

del fundamento jurídico 5 del Auto resolutorio del recurso contra el procesamiento permite comprobar que los Magistrados examinaron los hechos, emitieron un juicio de probabilidad y atribuyeron los mismos al recurrente; e) el juicio sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y de rechazo del sobreseimiento implicaba que los hechos fueron examinados por la Sala y que ésta estimó que sí eran delictivos.

2) Causas subjetivas de pérdida de imparcialidad de uno de los Magistrados por amistad íntima con un abogado de los querellantes, y por el interés indirecto de dicho Magistrado en la causa.

El demandante de amparo sostiene que, nada más conocer la composición de la Sala, empezó a albergar dudas sobre la imparcialidad de dicho Magistrado, debido a la expresada causa. Por ello, según afirma, estuvo varias veces dispuesto a formular la recusación, y si no lo hizo hasta el 25 de febrero de 1999 fue porque esperó que el citado Magistrado se abstendría antes. La prueba practicada en el incidente de recusación puso de manifiesto, a juicio del demandante, esta relación, hasta el punto de que quedó probada la condonación de unos honorarios a un cliente, efectuada por el Abogado, por razón de la amistad con el mencionado Magistrado. Ambos, Letrado y Magistrado, compartían intereses profesionales, debido a que el primero, en su etapa de vocal del Consejo General del Poder Judicial, fue quien promovió la candidatura del segundo a Magistrado del Tribunal Supremo (año 1988), al tiempo que este último lo apoyó para que aquél alcanzase la cátedra de Derecho penal. Quedó también probado que el Magistrado llegó a enviar clientes al despacho del Abogado y que, como consta de la declaración prestada por un Fiscal, mostró gran interés por el asunto «Sogecable», pidió a éste una copia de la querrela interpuesta contra los directivos de esta entidad y le hizo el comentario, después de leerla, de que allí no había nada. Todos estos datos acreditarían, en opinión del actor, que entre ambos existía amistad y que la misma era íntima y suficiente para justificar la recusación del Magistrado, así como para inhabilitarle de seguir conociendo de la causa.

De otro lado, el expresado Magistrado tenía aversión a lo que significó el caso «Sogecable», por el que mostró un enorme e indisimulado interés, paralelo a los intereses de los querellantes del Sr. Gómez de Liaño.

Al no haber analizado la Sala Especial del Tribunal Supremo estas circunstancias, no habría respetado el derecho del recurrente a un juez imparcial.

3) Por último se denuncia el interés mostrado durante el juicio por el Presidente de la Sala, que el recurrente deduce de su iniciativa y actitud al interrogar a determinados testigos y al procesado, tratando de suplir las deficiencias de las acusaciones y de cooperar o favorecer la pretensión condenatoria de dichas partes, lo que revela su pérdida de imparcialidad.

f) Como sexto motivo de amparo se denuncia la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE). Este derecho fundamental, en opinión del recurrente, se habría visto afectado en dos de sus vertientes: aplicación analógica *in peius* del tipo penal e interpretación extensiva *in malam partem* de la norma, de tal manera que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que lo juzgó habría «reconstruido» y «adaptado» el tipo de prevaricación del art. 446 del Código penal con la finalidad de subsumir en él la conducta atribuida al recurrente.

Por lo que respecta al elemento subjetivo del delito de prevaricación, el art. 446 del Código penal exige que la resolución injusta sea dictada «a sabiendas» (esto es, según el recurrente, con una clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido, que precisa de prueba), mientras la Sala sentenciadora, al

objetivar la «injusticia» (estableciendo que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho tiene lugar cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los métodos e interpretación del Derecho aceptable en tal Estado), prescinde del elemento subjetivo exigido por el Código penal, considerando suficiente para que se dé el delito con que la resolución sea manifiestamente injusta.

Por otra parte, respecto del elemento objetivo, la Sentencia se conforma con la mera ilegalidad de la resolución, siendo lo cierto que esta «ilegalidad» no supone la concurrencia del elemento objetivo, sino que la misma ha de ser patente, manifiesta y grosera.

Tal forma de entender el tipo delictivo sólo ha sido vista así por dos de los Magistrados de la Sala. Ni los dos Magistrados que sucedieron al demandante de amparo en la instrucción del caso «Sojecable», ni los Magistrados de la Sección Segunda de la Audiencia Nacional, ni tampoco el Ministerio Fiscal lo habían entendido así. Como tampoco entendieron de esa manera el tipo penal el Instructor de la causa especial núm. 2790/97 o el Ponente de la Sentencia recurrida, que formuló Voto particular al respecto.

g) Se denuncia, en séptimo lugar, una nueva vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) derivada de la arbitraria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación.

Según la demanda la Sentencia que ha condenado al Sr. Gómez de Liaño se ha apartado de la hasta entonces unánime doctrina jurisprudencial sobre el delito de prevaricación. Cita en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1996, en la que se condena a otro Juez y en la que el elemento objetivo se configura exigiendo que, «de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carezca de toda explicación razonable, es decir, sea a todas luces contraria a Derecho». Se dice asimismo en dicha Sentencia lo siguiente: «Y así esta Sala viene con frecuencia utilizando los términos “patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico”, “tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera”, y otros semejantes, que ponen de relieve el que no basta una mera ilegalidad ... En conclusión, los diferentes delitos de prevaricación exigen como elemento objetivo la absoluta notoriedad de la injusticia, faltando el elemento cuando se trata de apreciaciones que en uno y otro grado son discutibles en Derecho». Por el contrario en el presente caso se rebajan las exigencias objetivas y se dicta Sentencia en contra de la opinión de uno de los Magistrados de la Sala y del Ministerio Fiscal, por lo que se sostiene que la injusticia no debía ser tan manifiesta.

En cuanto al elemento subjetivo «a sabiendas» demandado por el tipo, esa misma Sentencia citada lo configura como la actuación «con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta», y otras resoluciones del Tribunal Supremo como «la conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia», doctrina abandonada en la Sentencia recurrida sin una explicación razonable. No se halla en toda ella ni un sólo razonamiento sobre el dolo de autor, sobre la voluntad deliberada de faltar a la justicia, ni sobre la conciencia de la injusticia. Se le condena, sencillamente, porque las resoluciones son objetivamente injustas y porque, dada la formación técnica del condenado, éste debía saber que lo eran.

Cita a continuación el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1997, en el que la Sala compuesta por dos de los Magistrados que dictaron la Sentencia recurrida en amparo deses-

timan una querrela interpuesta contra el propio demandante de amparo.

En consecuencia se ha producido un cambio de criterio o una aplicación desigual de la doctrina jurisprudencial sin causa razonable, por razón de la mera oportunidad, lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley. Nos encontramos, como señala el voto particular, ante “una resolución irrazonablemente divergente de otras anteriores, un supuesto aislado o resolución insólita, nunca un cambio de criterio razonable y *pro futuro* de la línea jurisprudencial mantenida hasta nuestros días».

h) Como último motivo de amparo se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de pruebas de cargo en que fundamentar la conclusión condenatoria.

El recurso sostiene que el camino seguido para llegar a los hechos probados es el de las meras presunciones, sin lógica ni razonabilidad suficiente. Los hechos probados habrían sido contruidos desde el más puro voluntarismo, a base de inferencias meramente personalistas, cuando no con «medias verdades» e ignorando el resultado de la prueba practicada en el juicio oral. Los razonamientos jurídicos que permiten llegar a esos hechos son irrazonables, en el sentido de ilógicos y tan abiertos que no pueden llegar a probar lo que se pretende. No existe prueba, ni siquiera de indicios, para afirmar que las resoluciones fueron injustas y, mucho menos, que se dictaron con la intención de que así resultaran. Para llegar a tal conclusión examina los tres Autos presuntamente prevaricadores para integrarlos con los datos fácticos que, a juicio del recurrente, están probados y han sido omitidos.

En primer lugar, respecto de lo afirmado en la Sentencia en relación con el Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplantó el secreto parcial de las actuaciones, se señala: 1) Que la denuncia presentada por don Jaime Campmany no fue ratificada porque la LECrim no lo exige (arts. 256 a 269). 2) Que el secreto de las diligencias fue decretado a petición del Fiscal, con el fin de asegurar el resultado de la investigación, por tiempo de un mes, sin perjuicio de sus prórrogas. 3) Que ante el recurso de reforma interpuesto por los denunciados el Fiscal pidió que se confirmase el Auto. 4) Que el día en que la Sala ordenó el levantamiento del secreto el instructor ordenó el alzamiento del mismo inmediatamente. 5) Que, ante los trabajos que venían realizando los Inspectores de la Brigada de Delincuencia Económica, el Fiscal y el Juez comentaron el caso y fue dictada una providencia solicitando información de los policías expertos para conocer si era necesario un nuevo sigilo. 6) Que el informe policial dice que el conocimiento previo por las partes de las diligencias pendientes, de ser aceptadas judicialmente, podría hacerlas ineficaces, ante lo que fue decretado el secreto parcial (Auto de 15 de mayo de 1997), «para el futuro, aunque sólo sea para las diligencias que desarrolla la policía judicial adscrita al proceso». 7) Que el secreto, por tanto, se refiere a lo que está haciendo la Brigada de Delincuencia Económica, no a lo que ya está hecho. 8) Que la Sentencia omite que este segundo secreto parcial se acordó tras oír al Fiscal y que éste, al contestar al recurso de reforma de los denunciados, dijo que procedía mantener el Auto, sin que fuera formulado recurso de queja. 9) Que el 12 de junio de 1997 la policía contesta que ya no es necesario el secreto y, en vista de ello, se alza. 10) Que los denunciados, pese a no recurrir en queja contra este Auto declarando el segundo secreto, acuden a la Sala pidiendo el cumplimiento de la resolución de ésta de dejar sin efecto el secreto de las actuaciones, y por dicha Sala se contesta que «al haberse levantado el secreto ... queda carente de contenido lo peticionado». El Presidente de la Sección

que dictó el mismo declaró en el juicio que la Sala que él presidía no dedujo el tanto de culpa, lo que ratificó el Fiscal General del Estado, quien manifestó que «aquello no constituía en ningún caso delito de prevaricación». El levantamiento del secreto por el Juez fue llevado a cabo cuando la Sala así lo ordenó y, más adelante, cuando la policía manifestó que no había motivo para mantenerlo. De aquí que, como señala el Voto particular, quede patente la ausencia de dolo en el acusado.

En segundo lugar, por lo que se refiere al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se estableció que el Consejero Delegado de «Sogecable», un tercer Consejero y el auditor necesitarían autorización del Juzgado para salir del territorio nacional, se sostiene que el relato de hechos probados que concierne a este Auto es incierto porque: 1) Este Auto, que lo es de admisión a trámite de la querrela interpuesta contra «Sogecable», motiva que no procede adoptar medida cautelar, personal o real, contra los querrelados, si bien, con el objeto de que en cualquier momento puedan proporcionar los datos necesarios para la investigación, tanto el Presidente del Consejo de Administración, el Consejero Delegado como el auditor precisarán de autorización judicial para salir del territorio nacional. 2) Este Auto fue recurrido por «Sogecable» y el Fiscal pidió que fuese rechazado el recurso; el Fiscal, por tanto, no recurrió la medida, sino la decisión del Juez de no conceder el permiso al Sr. Polanco, para el 25 de abril, porque se estaba a la espera de unos documentos. 3) Respecto de la resolución que desestimó el recurso de reforma, el demandante, entre otros razonamientos, especifica que dicha resolución se adoptó para evitar otras más gravosas; recurrida esta resolución también en queja, el Fiscal pidió que se confirmase la medida y la Sala, en cambio, estimó parcialmente el recurso. 4) Después de dos viajes no autorizados momentáneamente, el 21 de abril de 1997 se autorizaron los pedidos por los Sres. Polanco y Rodríguez Gil; previamente el Sr. Cebrián había viajado a París y Méjico, e incluso un mes antes el Sr. Aranaz había viajado a Bosnia. 5) Los Magistrados que luego sustituyeron al recurrente mantuvieron las prohibiciones de salida. Por lo demás las resoluciones, no sólo fueron apoyadas por la Fiscalía, sino que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional no estimó, al revocar el Auto de 28 de febrero de 1997, que el mismo fuera injusto.

En tercer lugar, y en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, que decretó la libertad provisional de don Jesús de Polanco con fianza de 200.000.000 pesetas y otras medidas cautelares, sostiene el actor que no existe prueba que autorice una conclusión fáctica como la que hace el Tribunal. Por el contrario, la prueba documental, las declaraciones del Sr. Gómez de Liaño, del Juez que lo sustituyó en la instrucción, de un funcionario del Juzgado y del propio Sr. de Polanco, acreditaron: 1) Que este último (el Sr. de Polanco) prestó declaración los días 20 y 23 de junio de 1997, a cuyo término se celebró la comparecencia prevista en el art. 504 bis.2 de la LECrim; en ésta las acusaciones pidieron, desde la prisión provisional del mismo, hasta su libertad con fianza. 2) Que el 26 de junio de 1997 el recurrente en amparo legalizó la situación de aquél decretando su libertad con las medidas que constan en el Auto de tal fecha; la cuantía de la fianza era razonable, e incluso baja en relación con otras que habitualmente se imponen en la Audiencia Nacional. 3) Que el Auto anterior fue recurrido en reforma por el Sr. Polanco y a dicho recurso se opuso el Fiscal, quien pidió la confirmación de las medidas cautelares; 4) Que el Sr. Gómez de Liaño se apartó de la causa el 17 de julio de 1997, y el Magistrado que lo sustituyó desestimó la reforma; 5) Que el Ministerio Fiscal se opuso al recurso de queja y el expresado

Magistrado informó a favor del mantenimiento del Auto. La Sala, finalmente, estimó el recurso y consideró que era suficiente con que el Sr. de Polanco estuviese a disposición del Juzgado.

Junto a ello es de destacar que las solicitudes de ausencia, pese a las medidas acordadas en el Auto citado, fueron concedidas o denegadas por otros Jueces distintos al recurrente, que lo sustituyeron después de que éste fuera recusado.

De todo lo anterior resulta, no sólo que la decisión del actor fue ajustada a Derecho, sino que sus medidas fueron mantenidas por otros Jueces, pese a que incluso el Ministerio Fiscal había pedido la supresión de algunas y que la Sala había archivado provisionalmente la causa en lo que a los delitos de apropiación indebida y estafa concernía. Mientras que el Sr. de Polanco estuvo a disposición del recurrente durante doce días, con el resto de los Jueces lo estuvo hasta diez meses.

En definitiva, se pretende que el Tribunal Constitucional verifique que los hechos probados no son tales y que el razonamiento que lleva de éstos a los hechos constitutivos de delito es irrazonable por ilógico o excesivamente abierto. Por el contrario en la causa seguida contra «Sogecable» existían hechos de los que se desprenderían motivos suficientes para investigar, dada la apariencia delictiva de los mismos, y el Fiscal instó la práctica de diligencias respecto de ellos. Por ello ni tan siquiera consta la injusticia de los Autos, y menos aún que la intención del recurrente fuese contravenir el Derecho. El simple dato de que el actor haya instruido una causa penal y que haya dictado resoluciones luego revocadas por el Tribunal Superior no es prueba ni indicio de que haya prevaricado.

A la vista de las anteriores alegaciones suplica el recurrente que se dicte Sentencia en la que se otorgue el amparo solicitado, declarando la vulneración de los derechos fundamentales antes citados y anulando la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1999, el Auto de procesamiento, el que confirmó el mismo, el que denegó el sobreseimiento y el pronunciado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación sin entrar en el fondo de la misma.

Mediante sucesivos otrosíes se solicita la suspensión provisional de la ejecución de la Sentencia y que el trámite de alegaciones se sustituya por la celebración de vista oral (de conformidad con el art. 52.2 LOTC).

4. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal, de fecha 13 de abril de 2000 se acuerda, a tenor de lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder un plazo común de diez días al Ministerio Fiscal y al solicitante de amparo para que formulen alegaciones en relación con la carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda.

5. El día 27 de abril de 2000 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el escrito de alegaciones de la representación procesal del recurrente, en el que se reproducen y ratifican las expuestas en la demanda de amparo, insistiendo en que la misma no carece de contenido constitucional y argumentando *a fortiori* que la ausencia de doble instancia derivada del carácter de aforado del demandante de amparo hace especialmente necesario que el Tribunal Constitucional conozca de este asunto.

6. Mediante escrito de fecha 4 de mayo de 2000 presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal:

a) Rechaza, en primer lugar, la lesión del principio de legalidad (art. 25 CE) por inadecuación del proce-

dimiento, recordando que el citado principio tiene vigencia respecto del derecho penal material pero no en el ámbito procesal. Tampoco desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) tendría la queja contenido constitucional, pues la elección del procedimiento ordinario no le ha causado indefensión procesal constitucionalmente relevante.

b) Respecto de la pretendida vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada de la inadecuación del procedimiento, afirma el Fiscal que, ni se aporta término de comparación válido (pues no lo son las causas incoadas con posterioridad a ésta, ni las anteriores en que no consta la idéntica composición personal del Tribunal), ni puede afirmarse que la elección de las normas del procedimiento ordinario supongan discriminación alguna.

c) En cuanto a la violación del principio de legalidad (art. 25.1 CE) o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) por incumplimiento del *ne bis in idem* procesal, sostiene el Ministerio Fiscal que los hechos objeto de la causa especial 2790/97 no son los mismos que los del proceso del que trae causa el presente recurso, como destacan tanto la Sentencia recurrida en el fundamento jurídico primero como el Voto particular.

d) Rechaza igualmente el Ministerio Fiscal la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la desestimación por extemporánea de la recusación de los Magistrados que habían de componer la Sala llamada a juzgarlo, porque el recurrente tuvo conocimiento de la composición de la misma —a efectos de la imparcialidad objetiva— desde que se constituyó con el Auto de conclusión del sumario, dando traslado a las partes para que alegaran lo pertinente, y si no presentó en ese momento la recusación incumplió lo dispuesto en el art. 223.1 LOPJ. Y, en cuanto a la imparcialidad subjetiva, la propia demanda reconoce que se tenía conocimiento de las causas que se alegan desde hacía bastante tiempo y la Sala Especial del art. 61 LOPJ así lo considera probado, señalando además que no puede considerarse probada la amistad íntima entre el Magistrado y el Abogado de los denunciados.

e) Por lo que respecta a las alegaciones relativas al derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE) sostiene inicialmente el Ministerio Fiscal que concurre la causa de inadmisión de falta de agotamiento de la vía judicial previa, pues el agotamiento exige la utilización en tiempo y forma de los medios procesales al alcance del recurrente, quien, al no haber actuado así (planteando extemporáneamente el incidente), no dio ocasión al órgano judicial para reparar el derecho fundamental que se dice vulnerado. No obstante, para el caso de que no se estimara así por el Tribunal, analiza las cuestiones de fondo, sosteniendo que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe ser admitido el motivo relativo a la falta de imparcialidad objetiva del Tribunal sentenciador derivado de ser el mismo que dictó el Auto de confirmación del procesamiento.

f) Se rechaza en sexto lugar la alegación relativa a la vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) por interpretación analógica *in malam partem* del tipo de prevaricación, afirmando que la argumentación del recurrente pone de relieve tan sólo su discrepancia con la calificación jurídica efectuada por la Sentencia, lo cual constituye un problema de subsunción de los hechos en la norma, que es una cuestión de legalidad ordinaria.

g) Respecto de la lesión del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada de la arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación, sostiene el Fiscal que no se aporta término de comparación válido, por incumplirse el requisito de identidad del órgano judicial, que ha de

entenderse referido a la idéntica composición de la Sala que dictó la Sentencia de contraste.

h) Por último, en relación con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), entiende el Ministerio Fiscal que lo que plantea el recurrente no es un supuesto de vacío probatorio, sino su discrepancia con la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal sentenciador. Tras un amplio análisis de la doctrina constitucional acerca de la presunción de inocencia, se afirma que no nos encontramos ante un supuesto de vacío probatorio, sino que la Sentencia acoge las pruebas practicadas (documental consistente en las resoluciones calificadas de injustas y amplia testifical) y las valora libremente en conciencia, sin que corresponda a este Tribunal, desde la perspectiva de este derecho fundamental, ninguna otra constatación.

En atención a todo lo expuesto interesa la inadmisión, por carencia manifiesta de contenido constitucional (art. 50.1.c LOTC), de todos los motivos de amparo, excepto el quinto, respecto del cual propone la inadmisión por falta de agotamiento de la vía judicial previa, y, subsidiariamente, la inadmisión de los submotivos referidos a la falta de imparcialidad subjetiva, por carencia de contenido, y la admisión del referido a la falta de imparcialidad objetiva.

7. Por providencia de 29 de mayo de 2000 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite la demanda de amparo y requerir al Tribunal Supremo para que remitiera testimonio íntegro de la causa especial núm. 2940/97 y emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, a excepción del demandante de amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional. Por dicha providencia se acuerda, igualmente, formar la correspondiente pieza separada se suspensión.

Posteriormente, a petición del Ministerio Fiscal y al amparo del art. 88 LOTC, se solicita también la remisión de las actuaciones correspondientes a la causa especial núm. 2790/97, que fue archivada, y al incidente de recusación núm. 5/99.

8. Mediante escrito que tuvo su entrada en el Registro General de este Tribunal el día 8 de junio de 2000 se personó en el presente recurso de amparo el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González. Mediante un escrito presentado el día 13 de junio de 2000, la Procuradora de los Tribunales doña Gema de Luis Sánchez se personó en nombre de la Asociación Estudios Penales, bajo la dirección letrada de don José Emilio Rodríguez Menéndez.

9. Recibidos los testimonios de las actuaciones requeridas, el día 14 de julio de 2000 la Sección Primera acuerda dar vista de las mismas, por plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en dicho término, puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

10. El 9 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones la representación procesal de la Asociación de Estudios Penales rechazando la existencia de vulneración alguna de derechos fundamentales y solicitando la desestimación de todos los motivos de amparo.

Se rechazan en primer lugar las vulneraciones vinculadas a la inadecuación del procedimiento seguido, por entender que la Sentencia impugnada nada resuelve sobre el procedimiento y que el recurrente debió agotar la vía de los recursos ordinarios contra la resolución que acordaba la tramitación por el cauce sumario, cosa que no hizo, sin que, por lo demás, pueda apreciarse merma

de garantías en la elección de dicho cauce procesal. Se rechaza igualmente la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de *ne bis in idem* por no existir la identidad objetiva y subjetiva que pretende el recurrente. Tampoco se aprecian vulneraciones del derecho a la tutela judicial efectiva, ni del derecho al juez imparcial, derivadas de la desestimación por extemporánea de la recusación formulada por el demandante de amparo, pues dicho incidente fue debidamente resuelto, sin que entonces se interpusiera recurso de amparo y sin que quepa imputar vulneración alguna a la Sentencia ahora recurrida. Respecto de la alegada vulneración del principio de legalidad, sostiene esta parte que de los hechos probados de la Sentencia se deduce que concurrían todos los elementos del delito de prevaricación; y en cuanto a la pretendida vulneración del principio de igualdad se afirma que no ha existido una modificación de la jurisprudencia respecto del delito de prevaricación que la justifique. Finalmente se rechaza la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sosteniendo que existe prueba de cargo y que el demandante de amparo se limita a poner de relieve su particular valoración de los hechos, facultad que corresponde en exclusiva al juzgador.

11. El día 11 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones el demandante de amparo, ratificándose en lo expuesto en la demanda, reproduciendo brevemente los motivos de amparo y las alegaciones allí realizadas. Se añade al comienzo una precisión respecto de las resoluciones impugnadas (que no serían sólo la Sentencia de 15 de octubre de 1999, sino también el Auto de procesamiento de 16 de junio de 1998, el que lo confirmó, de fecha 3 de noviembre de 1998, el que denegó el sobreseimiento libre, de fecha 3 de febrero de 1999 y el Auto de 15 de junio de 1999, dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación por extemporánea) y se denuncia la vulneración del derecho a la doble instancia penal en este supuesto, con referencia al Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, conforme al cual España incumple las garantías del art. 14.5 del Pacto con su actual regulación del derecho de casación. Por último, respecto de la falta de imparcialidad subjetiva de dos de los Magistrados, se aportan nuevas resoluciones posteriores relativas a la tramitación y ejecución del indulto solicitado por el recurrente, que en su opinión demuestran la beligerancia y hostilidad que hacia él tienen los referidos magistrados. Mediante otrosí se solicita la remisión de la totalidad de las cintas de audio en las que están grabadas las sesiones del juicio oral.

12. El mismo día presentó sus alegaciones el Ministerio Fiscal. Tras resumir los antecedentes de hecho, recordar cuáles son las resoluciones judiciales recurridas y cuál es el ámbito de la jurisdicción constitucional, analiza —como hiciera en el trámite de admisión— cada uno de los motivos de amparo en el orden expuesto por el recurrente:

a) En primer lugar considera que debe ser desestimada la queja relativa al principio de legalidad (art. 25.1 CE) por inadecuación del procedimiento. Tras rechazar los posibles óbices procesales (pues, pese a que las resoluciones que directamente dispusieron el procedimiento aplicable no fueron recurridas en tiempo y forma, tanto el instructor como la Sala entraron en el fondo de esta cuestión al resolver los recursos de reforma y apelación contra el Auto de procesamiento) reproduce la argumentación realizada en el trámite de admisión respecto de la inadecuada ubicación de la queja en el marco del principio de legalidad, al referirse éste al Derecho penal material, es decir, a la tipificación de las con-

ductas y la determinación de las penas, y no al procesal, por lo que la misma debería incardinarse en el art. 24 CE. Desde la perspectiva de dicho art. 24 CE debe igualmente rechazarse, porque ni se alega ni se justifica la existencia de indefensión material constitucionalmente relevante derivada de la elección del proceso ordinario en lugar del abreviado, y la cuestión, ampliamente debatida en el proceso, ha recibido respuesta razonada y fundada en Derecho por parte de los órganos judiciales.

b) Por lo que respecta a la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE), derivada igualmente de la inadecuación del procedimiento, se insiste en que el término de comparación aportado no es válido (pues no lo son las causas incoadas con posterioridad a ésta, ni las anteriores en que no consta la idéntica composición personal del Tribunal), a lo que se añade que la cuestión de la elección del procedimiento ordinario recibió una respuesta fundada en las resoluciones judiciales y no puede afirmarse que en sí misma suponga discriminación alguna.

c) En cuanto a la violación del principio de legalidad (art. 25.1 CE) o del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24. 2 CE) por incumplimiento del *ne bis in idem* procesal comienza señalando el Ministerio Fiscal que, tal y como se ha planteado la queja, el problema es más bien de orden procesal. También entiende que el Auto dictado en la causa especial 2790/97 es equivalente a un sobreseimiento libre. Sin embargo, como señalan todas las decisiones dictadas al respecto en el proceso, incluidos los Votos particulares, los hechos objeto de aquella causa especial no son los mismos que los del proceso del que trae causa el presente recurso, habiéndose ofrecido una respuesta razonada y fundada a esta pretensión.

d) Por lo que se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), derivada de la decisión de la Sala Especial del art. 61 LOPJ de desestimar por extemporánea la recusación de los Magistrados que habrían de componer la Sala de enjuiciamiento, entiende el Ministerio Fiscal que la queja carece de contenido y debe ser desestimada, pues el recurrente ha recibido una respuesta razonada y fundada en Derecho, basada en una interpretación del art. 56 LECrim (discutible, pero razonada, y que no rebasa los límites de la legalidad ordinaria) y del art. 223.1 LOPJ, por no haber reaccionado el recurrente tan pronto como tuvo conocimiento de las posibles causas de abstención y recusación.

e) En cuanto a la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y, en concreto, a un Juez imparcial (art. 24.2 CE), comienza dando por reproducido lo expuesto en el trámite de admisión, en cuanto a la concurrencia de causas de inadmisión, por falta de agotamiento de la vía judicial previa (respecto de la imparcialidad objetiva de la Sala y subjetiva de un Magistrado), al haberse planteado la recusación extemporáneamente, sin dar ocasión al órgano judicial para reparar el derecho fundamental que se dice vulnerado, y por falta de invocación previa en el proceso, en el caso de la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal.

No obstante, para el caso de que no se estimara así por el Tribunal, analiza las cuestiones de fondo, entendiendo que el amparo debería ser otorgado respecto de la falta de imparcialidad objetiva. Entiende el Ministerio Fiscal que, ni el Auto de admisión de la querrela, ni el desestimatorio de la súplica, implican contaminación, pues no entrañan la realización de acto de investigación alguno. Por lo que respecta al Auto de confirmación del de procesamiento constata el Fiscal, en primer lugar, que el testimonio de particulares remitido a la Sala evidencia que el contacto de ésta con el material instructorio fue escaso, por no decir nulo, y que tanto

el preámbulo como el resumen final del Auto no revelan predisposición alguna por parte del Tribunal. No obstante, en el razonamiento jurídico quinto, al entrar a examinar los hechos considerados como presuntamente prevaricadores en el Auto de procesamiento, constata que existen afirmaciones no contenidas en este Auto, ni en el desestimatorio de la reforma contra el mismo, respecto de la existencia de indicios racionales de criminalidad, lo cual evidencia que la Sala no se limitó a comprobar la correcta aplicación del Derecho por parte del instructor, sino que entró a valorar los hechos, siquiera fuera indiciariamente, y asumió que existían indicios racionales de criminalidad, lo que, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habría determinado la contaminación y la pérdida de imparcialidad objetiva del Tribunal. Una contaminación que se extendería también al Auto de confirmación del de conclusión del sumario y de apertura del juicio oral.

Por lo que respecta a la pérdida de imparcialidad subjetiva, se rechaza tanto respecto del Presidente del Tribunal (afirma el Ministerio Fiscal que de las preguntas formuladas durante el juicio no se desprende que estén dirigidas en un determinado sentido, sino encaminadas al mejor esclarecimiento de los hechos), como respecto de otro Magistrado (afirmando, en cuanto a éste, que, ni se ha aportado prueba de la amistad íntima con el Letrado de los querellantes, ni del interés directo o indirecto en el proceso en el que el recurrente fue condenado).

f) En cuando al sexto motivo de amparo (vulneración del principio de legalidad, art. 25.1 CE, por aplicación analógica *in malam partem* del tipo de la prevaricación), entiende el Ministerio Fiscal que carece de contenido constitucional, al no ser cierto que la Sentencia condenatoria prescinda del elemento subjetivo del tipo, como pretende el recurrente, sino que en la fundamentación jurídica se alude a ambos elementos del tipo, se analizan de forma razonada y se subsumen los hechos en la norma. El recurrente discrepa de la calificación jurídica efectuada por la Sentencia, planteando en realidad un problema de subsunción de los hechos en la norma, que es una cuestión de legalidad ordinaria.

g) Se rechaza igualmente la pretendida lesión del principio de igualdad (art. 14 CE) por arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al no aportarse término de comparación válido, pues la Sentencia aportada fue dictada por tres Magistrados distintos de los que dictaron la recurrida en amparo, por lo que se incumple el requisito de identidad del órgano judicial. Por otro lado la Sentencia ofrece una explicación razonada y fundada en Derecho del requisito de que la injusticia sea manifiesta, que no puede ser controlado más que de forma externa por este Tribunal.

h) Por último, respecto de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), sostiene el Ministerio Fiscal que el recurrente no trae ante este Tribunal un supuesto de vacío probatorio (pues existe prueba directa de la existencia de los autos objeto de enjuiciamiento, e indirecta, valorada mediante un razonamiento lógico exteriorizado, tanto del carácter injusto de las resoluciones, como de que las mismas fueron dictadas a sabiendas de su injusticia), sino su discrepancia con la valoración de las pruebas llevada a cabo por el Tribunal sentenciador, que constituye competencia exclusiva de éste, fragmentando el resultado probatorio.

13. El día 13 de septiembre de 2000 presentó sus alegaciones la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, solicitando la desestimación de la demanda de amparo.

a) Se rechaza, en primer lugar, la pretendida vulneración del art. 25 CE por inadecuación del procedimiento, ya que la cuestión planteada no guarda relación alguna con el precepto constitucional que cita, que debería ser examinada desde la óptica del art. 24 CE, y desde esa perspectiva no se alega ni se acredita indefensión material. Por lo demás se afirma que no existe vulneración de norma procesal alguna, pues el hecho de que se trate de una causa especial implica una derogación de las reglas generales del art. 14 LECrim, y obliga a una interpretación de la normativa procesal integrándola con el mayor número de garantías posible, que es lo que habría hecho el Tribunal Supremo.

b) A continuación se rechaza la pretendida vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) derivada del procedimiento seguido, pues, ni hay discriminación, ni estamos ante un cambio de criterio judicial, ni la decisión de seguir el procedimiento ordinario es arbitraria, sino que la Sala Segunda del Tribunal Supremo indica que nos encontramos ante la primera ocasión en que se juzgaba a un Magistrado de la Audiencia Nacional tras la desaparición del antejuicio.

c) Respecto de la denunciada vulneración del principio de legalidad (*ne bis in idem*) del art. 25.1 CE se afirma que no concurren los presupuestos precisos para apreciar cosa juzgada en el presente supuesto, pues no hay identidad sustancial entre los hechos enjuiciados y los que dieron lugar a la causa especial 2790/97, ni existe una resolución firme apta para cerrar la posibilidad de pronunciamiento judicial posterior.

d) También se rechaza la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por haberse inadmitido por extemporánea la recusación de los magistrados de la Sala que había de juzgarle, pues la Sala Especial del art. 61 LOPJ ha resuelto ésta mediante un Auto fundado en derecho que colma el derecho a la tutela judicial del recurrente.

e) En relación con la denunciada falta de imparcialidad de los Magistrados que dictaron la Sentencia condenatoria, esta parte la considera inadmisibles (por incumplir el requisito del agotamiento de la vía judicial previa, al haber planteado extemporáneamente la recusación, y no haberse invocado formalmente en el proceso la falta de imparcialidad subjetiva del Presidente) y carente de fundamento. Desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva se destaca que la Sentencia recurrida no exterioriza rasgo de parcialidad alguno y que de las decisiones previas tampoco cabe deducir la existencia de prevenciones en los jueces, sino que, al admitir la querrela a trámite, los Magistrados se limitaron a constatar que los hechos podían ser constitutivos de delito, lo cual no anticipa la decisión final adoptada; al confirmar en apelación el procesamiento se limitaron a constatar que el Instructor no había actuado de forma procesalmente indebida y que su apreciación de la existencia de indicios no era arbitraria; al confirmar el Auto de conclusión del sumario la Sala actuó conforme a lo unánimemente solicitado por las partes, y al abrir el juicio oral se limitó a dar cumplimiento a la previsión del art. 645.2 LECrim. Desde la perspectiva de la imparcialidad subjetiva, se afirma que la amistad entre un Magistrado y un Letrado de la parte no es causa de recusación en nuestro Derecho, que carece de todo fundamento la alegación del interés en la causa del Magistrado recusado en tal concepto y que no puede desprenderse animadversión alguna hacia el recurrente de la actuación del Presidente del Tribunal durante el juicio, sino la prudente intención de aclarar algunos puntos concernientes a los hechos objeto del proceso y comprendidos en los escritos de acusación.

f) La supuesta vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE) derivada de la interpretación del tipo de

prevaricación se entiende que carece de relevancia en este proceso de amparo, por cuanto no es misión del Tribunal Constitucional interpretar la legalidad ordinaria.

g) Igualmente carente de contenido se considera el séptimo motivo de amparo, por supuesta vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), derivado del apartamiento de la doctrina previa en cuanto a la interpretación del delito de prevaricación, por cuanto la Sentencia de contraste aportada no fue dictada por los mismos Magistrados que la recurrida en amparo, ésta se encuentra perfectamente fundada en Derecho y no se aprecia contradicción con la jurisprudencia precedente.

h) Finalmente, en relación con la invocada vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), sostiene que lo que el recurrente pretende es una nueva valoración y revisión de las pruebas por parte de este Tribunal, analizando parcial y fragmentariamente la prueba practicada. La Sentencia recurrida se basa en pruebas de cargo y está exhaustivamente motivada a través de un razonamiento sometido a los criterios de la lógica, la razón y la experiencia.

14. Mediante providencia de 30 de octubre de 2000 la Sala Primera de este Tribunal acuerda no haber lugar a lo interesado en el primer otrosí del escrito de alegaciones del recurrente respecto de la remisión de las cintas de vídeo donde están grabadas las sesiones del juicio oral, por obrar en las actuaciones una pieza separada con las actas del juicio.

15. En la pieza separada de suspensión, después de haber presentado el recurrente escrito de desistimiento de la petición de suspensión, se dictó Auto con fecha 11 de julio de 2001 en el que se acuerda tener a aquél por desistido de la solicitud de suspensión de la ejecución de la Sentencia de 15 de octubre de 1999, e igualmente se acuerda el archivo de la pieza separada correspondiente.

16. El 9 de enero de 2002 la representación procesal del recurrente presentó un escrito en el que solicita que se incorporen a lo actuado, al efecto de poder aportar un término de comparación válido, dos Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en relación con las alegaciones relativas a la vulneración de los principios de legalidad e igualdad derivada de la arbitraria modificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del delito de prevaricación judicial.

17. Mediante sendos escritos de 16 y 17 de diciembre de 2001 los Magistrados de la Sala Primera de este Tribunal don Roberto García-Calvo y Montiel y don Javier Delgado Barrio formulan respectivamente su abstención en el presente recurso de amparo, siendo ambas abstenciones aceptadas por la Sala, mediante providencia de 11 de febrero de 2002.

18. Posteriormente, en sesión celebrada el día 12 de febrero de 2002, el Pleno de este Tribunal acordó, de conformidad con lo establecido en el art. 10 k) LOTC, a propuesta del Presidente, recabar para sí el conocimiento de este recurso de amparo.

El día 23 de febrero de 2002 el Pleno acordó tener por presentado el escrito del recurrente de fecha 9 de enero de 2002, junto a las fotocopias de los Autos del Tribunal Supremo de 21 de septiembre y 12 de noviembre de 2001, concediendo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para ampliar sus respectivos escritos de alegaciones a la vista de la documentación aportada.

Igualmente dicha providencia acordó aceptar la abstención formulada por el Magistrado don Tomás S. Vives Antón.

19. El día 15 de marzo de 2002 la representación procesal del recurrente presentó un escrito en el que ampliaba sus alegaciones en relación con los motivos de amparo sexto y séptimo. Sostiene el recurrente que los Autos aportados constituyen término idóneo de comparación respecto de la interpretación que la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo realiza del delito de prevaricación, de la que se habría apartado la Sentencia recurrida en amparo sin fundamentación razonable y sin pretensión de continuidad o firmeza, como demuestra el hecho de que en resoluciones posteriores, como las que se aportaron, se haya reiterado lo que constituía la línea jurisprudencial tradicional (no es suficiente la mera ilegalidad para considerar una resolución prevaricadora, sino que sea «fragrante, clamorosa, grosera o llamativa» y realizada con plena conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad).

20. La representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González presentó sus alegaciones el día 16 de marzo de 2002. Sostiene esta parte que el escrito del recurrente era extemporáneo y que no aporta nada nuevo, al no constituir estos Autos un término de comparación válido, porque la Sala que condenó al recurrente no estaba integrada por los mismos Magistrados que dictan las resoluciones ahora invocadas y los supuestos enjuiciados no son ni siquiera comparables. Se aporta una Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 11 de diciembre de 2001, posterior a la enjuiciada en el proceso de amparo, en la que se aplica la misma doctrina que la que se sustenta en la ahora impugnada.

21. El día 17 de mayo de 2002 presentó su escrito de ampliación de alegaciones la representación procesal de la Asociación de Estudios Penales, manifestando su sorpresa por la admisión en este momento procesal de dos fotocopias de Autos del Tribunal a fin de intentar fundamentar la pretendida vulneración de los arts. 14 y 25 CE. Insiste esta parte en que no se ha producido vulneración alguna, pues no hay identidad sustancial entre los supuestos de hecho que se pretende comparar, ni se ha producido discriminación alguna.

22. El Ministerio Fiscal evacua el trámite de alegaciones mediante escrito presentado en 21 de marzo de 2002, en el que afirma, como ya hiciera en su momento respecto de la Sentencia de 1996, que los Autos aportados no son término de comparación válido, porque las Salas que los dictaron no tenían la misma composición que la que dictó la Sentencia aquí recurrida y porque ésta ha dado una respuesta razonada y fundada acerca de los requisitos que justifican la incardinación de la conducta en el tipo de prevaricación, no siendo posible más que un control externo en sede constitucional.

23. El día 17 de mayo de 2002 se presenta un nuevo escrito por parte de la representación procesal del recurrente, en el que se solicita que se tenga por aportado el Auto de 14 de mayo de 2002, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictado en la causa especial 4-2002, a efectos de fundamentar el apartamiento voluntarista y carente de fundamentación del criterio jurisprudencial mantenido con regularidad en casos anteriores y posteriores en que incurrió la Sentencia impugnada.

24. El día 16 de julio de 2002 el Pleno de este Tribunal acordó tener por presentado el escrito del recurrente de fecha 17 de mayo, junto a la fotocopia del Auto aportada, concediendo a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para ampliar sus respectivos escritos de alegaciones, a la vista

de la documentación aportada.

El día 31 de julio de 2002 amplía sus alegaciones el recurrente, reproduciendo lo expuesto en su escrito de 17 de mayo y anteriores, insistiendo en que la Sentencia que le condenó es una resolución insólita, que se apartó por mero voluntarismo y sin fundamentación del criterio jurisprudencial anterior y posterior.

El mismo día 31 de julio presentó su escrito de ampliación de alegaciones la representación procesal de don Jesús de Polanco Gutiérrez, don Juan Luis Cebrián Echarri, don Gregorio Marañón Beltrán de Lis y don Francisco Pérez González, reiterando lo alegado en su escrito de 15 de marzo de 2002 respecto de la falta de concurrencia de los requisitos necesarios para que se estime vulnerado el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y aportando una nueva Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 26 de febrero de 2002, en la que se acogen, citándola expresamente, los presupuestos de la Sentencia ahora recurrida en amparo. Igualmente destaca que el Auto aportado por el recurrente, no sólo no se aparta de la Sentencia impugnada, sino que la cita expresamente.

El día 9 de septiembre de 2002 presenta su escrito de ampliación de alegaciones el Ministerio Fiscal, en el que da por reproducido lo alegado en escritos anteriores. Tras analizar las resoluciones que pretenden someterse a comparación, entiende el Fiscal que no puede afirmarse que la Sentencia recurrida sea una resolución aislada, sino que inicia una línea jurisprudencial, seguida al menos por dos Sentencias posteriores e incluso por los Autos citados por el recurrente, de la que no puede desprenderse vulneración alguna, ni del principio de igualdad, ni del principio de legalidad, desde la perspectiva de enjuiciamiento que corresponde a este Tribunal.

25. Mediante providencia de 1 de octubre de 2002 el Pleno de este Tribunal acordó no haber lugar a la admisión del escrito del recurrente de fecha 2 de septiembre y la documentación con él aportada, consistente en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 25 de julio de 2002, en el asunto *Perote Pellón c. España*, por tratarse de documentación que consta en los archivos oficiales a los que este Tribunal tiene acceso directo, devolviéndose a la Procuradora del recurrente dicho escrito y documentación adjunta.

26. Por providencia de 16 de diciembre de 2003 se fijó para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 18 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se interpone contra la Sentencia de 15 de octubre de 1999, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en la causa especial 2940/97, que condenó al recurrente como autor de un delito continuado de prevaricación. Igualmente se cuestionan otra serie de resoluciones dictadas en el curso del procedimiento cuya nulidad también se solicita (el Auto de procesamiento, el que confirmó el mismo, el que denegó el sobreseimiento y el dictado por la Sala Especial del art. 61 LOPJ, que desestimó la recusación).

La demanda articula un total de ocho motivos de amparo, en los que se denuncian diversas vulneraciones del principio de legalidad (art. 25.1 CE, por inadecuación de procedimiento, por violación del principio *non bis in idem* procesal —también puesta en conexión con el derecho al proceso con todas las garantías y el derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes— y por aplicación analógica *in malam partem* del tipo penal de prevaricación), del principio de igualdad ante la Ley

(art. 14 CE, derivadas de la inadecuación del procedimiento y de la interpretación del precepto penal aplicable llevada a cabo por el Tribunal Supremo en este caso, rompiendo injustificadamente con su anterior doctrina), del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE, por arbitrariedad en la elección del procedimiento aplicable, causante de graves perjuicios, y por la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente), del derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial (arts. 24.1 y 24.2 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Posteriormente, en el trámite de alegaciones del art. 52 LOTC, se alega la vulneración del derecho al doble grado de jurisdicción en materia penal, expresando que ha sido juzgado en única instancia, sin posibilidad de segunda instancia o recurso de casación. Esta nueva pretensión supone una ampliación extemporánea del objeto del proceso que no puede ser tomada en consideración, pues de conformidad con nuestra conocida y reiterada doctrina las únicas quejas que pueden ser atendidas en esta vía de amparo constitucional son las que la parte actora deduce en su demanda, al ser ésta la rectora del proceso, la que acota, define y delimita las pretensiones a las que hay que atenerse para resolver el recurso (por todas, SSTC 74/1985, de 18 de junio, FJ 1; 96/1989, de 29 de mayo, FJ 1; 132/1991, de 17 de junio, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 1; 14/2003, de 28 de enero, FJ 1).

El Ministerio Fiscal sostiene que las alegaciones relativas a la vulneración del derecho al Juez imparcial deben ser inadmitidas por falta de agotamiento de la vía judicial previa, al haberse planteado la recusación extemporáneamente, sin dar ocasión al órgano judicial para reparar el derecho que se dice vulnerado, y por falta de invocación previa en el proceso de la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal. De no estimarse así, solicita el otorgamiento del amparo por falta de imparcialidad objetiva de la Sala de enjuiciamiento, que se habría contaminado al dictar el Auto que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de procesamiento, pues entró a valorar indiciariamente los hechos y asumió que existían indicios racionales de criminalidad. Respecto de las restantes alegaciones entiende el Fiscal que carecen de contenido y deberían desestimarse.

2. A la vista del elevado número de alegaciones conviene precisar a continuación cuál ha de ser el orden en que hemos de examinar las quejas del demandante de amparo, en atención a los criterios expuestos en nuestra jurisprudencia (entre otras, SSTC 307/1993, de 25 de octubre, FJ 1; 116/1997, de 23 de junio, FJ 1 *in fine*; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 2; 19/2000, de 31 de enero, FJ 2; 96/2000, de 10 de abril, FJ 1; 31/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 70/2002, de 3 de abril, FJ 2), que otorgan prioridad a aquéllas de las que pueda derivarse la retroacción de las actuaciones y, dentro de éstas, a aquéllas que determinan la retroacción a momentos anteriores, lo que haría innecesario nuestro pronunciamiento sobre las restantes.

En atención a dichos criterios nuestro análisis comenzará por aquellas alegaciones de contenido estrictamente procesal, y en concreto por la relativa al *non bis in idem* procesal (pues su estimación determinaría la prohibición constitucional de articulación del proceso del que trae causa el presente amparo), continuando por la cuestión de la inadecuación del procedimiento, siguiendo por la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación y, en su caso, por el análisis del derecho a un juez imparcial. A continuación habrán de analizarse, también en su caso, los motivos de recurso de contenido material (principio de igualdad, presunción de inocencia y principio de legalidad).

Por otra parte debe recordarse que este Tribunal no está vinculado por las erróneas invocaciones de los preceptos constitucionales llevadas a cabo por los recurrentes. Como de forma reiterada viene sosteniendo nuestra jurisprudencia, al solicitante de amparo no se le exige tanto que la invocación del derecho supuestamente vulnerado se lleve a cabo mediante la concreta identificación del precepto constitucional donde se proclama, ni tampoco mencionando su *nomen iuris*, cuanto que se acote suficientemente el contenido del derecho constitucional violado, permitiendo así un pronunciamiento del Tribunal sobre la infracción aducida (por todas, SSTC 167/1987, de 28 de octubre, FJ 1; 184/1992, de 16 de noviembre, FJ 2; 80/1994, de 14 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 19/2001, de 29 de enero, FJ 3; 154/2001, de 2 de julio, FJ 2).

3. El principio *non bis in idem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material.

Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, «en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar —a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional— un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme». Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3.b).

Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in idem*, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues «la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento».

No obstante, como también precisa esta Sentencia, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales ha de realizarse por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, ha de partirse de la acotación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales y de la calificación jurídica de estos hechos realizada por ellos, «dado que, de conformidad con el art. 44.1.b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer “de los hechos que dieron lugar al proceso” en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan

en amparo, y, dado que el art. 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable» (STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5).

4. La aplicación de la doctrina que acaba de exponerse al presente supuesto exige tomar como punto de partida las resoluciones judiciales impugnadas, al objeto de determinar cuáles son los hechos y la calificación jurídica de los mismos que ha de servirnos de base para valorar si existió o no una duplicidad de procedimientos por los mismos hechos.

El demandante de amparo denuncia que la causa especial núm. 2940/97, que finalizó con la Sentencia condenatoria ahora recurrida en amparo, se siguió por los mismos hechos que la causa especial núm. 2790/97, la cual concluyó con un Auto de archivo de fecha 21 de octubre de 1997, que, según sostiene aquél, produce efectos de cosa juzgada, al ser equiparable a un Auto de sobreseimiento libre fundamentado en no ser los hechos constitutivos de delito.

La causa especial núm. 2790/97 se había incoado a partir de una denuncia interpuesta por el Fiscal General del Estado ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que a su vez se fundamentaba en el contenido de un Auto de abstención del instructor del incidente de recusación formalizado contra el Sr. Gómez de Liaño en las diligencias previas núm. 54/97. Pues bien, dicha causa especial tenía por objeto —según se hace constar en el Auto de archivo de la misma, de 21 de octubre de 1997— investigar, junto a otros hechos irrelevantes a los efectos del presente recurso, si había existido o no una confabulación o conspiración entre el ahora recurrente en amparo y otras tres personas, fraguada en diversas reuniones celebradas entre ellos, «confabulación que, en síntesis, habría consistido en el acuerdo de estos cuatro para que las diligencias previas 54/97, relativas al caso “Sogecable”, pervivieran el mayor tiempo posible en una labor prospectiva, aun cuando no existiera base para ello, considerando conveniente tomar medidas de prisión respecto de algunos de los querrelados» (razonamiento jurídico 3). En ese Auto se sostiene que de la prueba practicada se desprende que no existen datos que pudieran acreditar, ni siquiera de forma indiciaria, la realidad de la pretendida confabulación ante lo cual se acuerda el archivo de las actuaciones, al amparo del art. 789.5.1 LECrim, «porque de las diligencias practicadas en la presente instrucción, que hay que considerar agotada, no aparecen ni siquiera indicios de que la tan repetida confabulación haya existido».

Por lo que respecta a la causa especial núm. 2940/97, la misma se incoa a raíz de una querrela presentada contra el ahora demandante de amparo, a quien se imputaba la comisión de tres delitos de prevaricación del art. 446.3 CP, cometidos en el desarrollo de su labor como Juez instructor de las diligencias previas 54/97 del Juzgado Central de Instrucción núm. 1. En concreto, como destaca el Auto de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querrela, se reputan como conductas prevaricadoras el haber dictado una serie de Autos decretando inicialmente y luego reimplantado el secreto de las actuaciones, prohibiendo a determinados querrelados el salir del territorio nacional sin autorización del Juzgado y decretando la libertad provisional de don Jesús de Polanco, imponiéndole una fianza de doscientos millones de pesetas.

El Tribunal Supremo entendió que los hechos de una y otra causa no eran los mismos, habiéndosele planteado la cuestión hasta en tres ocasiones: a) en el recurso de reforma formalizado contra el Auto de procesamiento,

siendo desestimada dicha cuestión en el Auto que confirmó el procesamiento, de 3 de julio de 1998, dictado por el Magistrado instructor; b) en el recurso de apelación interpuesto contra el procesamiento, habiéndose pronunciado la Sala también sobre esta cuestión en sentido desestimatorio en el Auto de 3 de noviembre de 1998, que también confirma el procesamiento; y c) finalmente, en la Sentencia condenatoria, con igual resultado.

En el razonamiento jurídico segundo del Auto de 3 de julio de 1998 el instructor sostiene que en la causa archivada «no se le atribuían [al recurrente] los mismos hechos que en el presente sumario, sino otros por lo que es claro que no existe identidad en los hechos objeto de investigación en uno y otro procedimiento, ni, por tanto, incidencia en la misma cuestión».

En el Auto de 3 de noviembre de 1998 la Sala afirma (razonamiento jurídico tercero) que lo que plantea el recurrente bajo la invocación del principio *non bis in idem* es un problema de «cosa juzgada», equiparando el archivo con el sobreseimiento libre, pero que del examen del Auto de archivo de la causa especial núm. 2790/97, «tanto en su contenido fáctico como jurídico, y puesto en comparación con la querrela de que ahora se trata y con el mismo Auto de procesamiento, se infiere que no existen los requisitos subjetivos ni objetivos que esa excepción de cosa juzgada requiere para ser aceptada». Sigue diciendo el expresado Auto de 3 de noviembre lo siguiente: «En efecto, en la primera causa los sujetos pasivos de la acción criminal entablada eran dos personas, el Sr. Gómez de Liaño y el Sr. G., mientras que en ésta solamente es el primero; en el aspecto fáctico, los hechos del proceso que ahora tratamos contienen una delimitación concreta y determinada, cual son los tres delitos de prevaricación que se achacan al denunciado, mientras que el contenido de la causa 2790/97 es más amplio y difuso, y en ella sólo aparece denunciada la prevaricación dentro de un conjunto de sucesos y de modo tangencial».

La Sentencia de 15 de octubre de 1999, por su parte, al comienzo de la fundamentación jurídica, sin pronunciarse acerca de si los autos de archivo tienen o no efecto de cosa juzgada, afirma que el objeto de ambas causas era completamente diverso: «Mientras el presente proceso se refiere a la posible injusticia de tres autos concretos que pudieron limitar derechos fundamentales de los inculpados, la causa núm. 2790/97 se refirió a la eventual “confabulación” del Juez con otras personas, algunas ajenas al Poder Judicial, para iniciar una causa contra determinados inculpados». Señala la Sentencia que ello se deduce del Auto de archivo, afirmando a continuación lo siguiente: «Es claro, entonces, que el archivo se limitó a la averiguación de la existencia de una posible conspiración (llamada en el auto “confabulación”), que por lo demás en las fechas que debió haber tenido lugar, ya no era punible en relación al delito de prevaricación. Por otra parte, la diferencia entre participar en una conspiración (acto preparatorio especialmente penado) y la ejecución de los delitos para los que tuvo lugar la conspiración es tan clara en el derecho vigente que no ha sido puesta en duda por nadie. Estas conclusiones se ven reforzadas por el hecho de que el interrogatorio al que se sometió en dicha causa al Juez aquí imputado no se refirió a la posible injusticia de los Autos dictados el 28-2-97, el 15-5-97 y el 26-6-97, que son objeto de este proceso».

5. Del análisis de las resoluciones judiciales que acaban de ser mencionadas se desprende que los hechos objeto de investigación y examen en la causa especial núm. 2790/97, que concluyeron con el expresado Auto de archivo, se refieren a la presunta celebración de una serie de reuniones entre el demandante de amparo y

otras tres personas, en las que se habría fraguado una conspiración para que las diligencias previas núm. 54/97, de las que él era instructor, pervivieran el mayor tiempo posible, aunque no existiera base para ello, esto es, una conspiración para la prevaricación. En definitiva, se trata de una supuesta confabulación cuya existencia no se considera acreditada, ni siquiera de forma indiciaria, y que, según destaca la Sentencia de 15 de octubre de 1999, aun de haberse acreditado no sería punible al no estar expresamente prevista en el Código penal la punición de la conspiración para la prevaricación, debiendo recordarse al efecto que, conforme al art. 17.3 CP, la conspiración para delinquir sólo se castiga en los casos especialmente previstos por la ley.

En lo que se refiere a la causa especial núm. 2940/97, ésta tiene también su origen en ciertas conductas del recurrente en la instrucción de las diligencias previas núm. 54/97 en relación con el asunto «Sogecable». Pero los hechos que se le imputan en este caso son diferentes, pues se refieren a tres actuaciones concretas llevadas a cabo en dicha causa (los Autos dictados el 28 de febrero, el 15 de mayo y el 26 de junio, todos ellos de 1997, relativos a la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial, a la reimplantación del secreto —en este caso, parcial— de las actuaciones y a la imposición de una fianza para garantizar la libertad provisional de uno de los denunciados), conductas que, desde el momento inicial del procedimiento, se consideran indiciariamente constitutivas de presuntos delitos de prevaricación y no de actos preparatorios de tal delito.

Por tanto, como acertadamente destacan las resoluciones judiciales impugnadas, a la vista del sustrato fáctico que sirve de base a la incoación de una y otra causa y de la calificación jurídica de las conductas atribuidas en ambas al ahora demandante de amparo, puede afirmarse que no existe identidad entre los hechos que se imputan al recurrente en la causa que da lugar al presente recurso de amparo y los de la causa especial núm. 2790/97, que resultó archivada. En consecuencia no concurre el presupuesto para la aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem* procesal y no puede apreciarse la vulneración denunciada.

6. Bajo la invocación de los arts. 14 y 25.1 CE denuncia el demandante de amparo la inadecuación del procedimiento elegido para tramitar la causa, que se rigió por las normas del sumario ordinario y no por las del procedimiento abreviado, como en su opinión hubiera sido procedente y como viene haciendo el Tribunal Supremo en todas las causas seguidas por delito de prevaricación contra personas aforadas. Desde este planteamiento del recurrente, la queja debe rechazarse.

Por lo que respecta al principio de legalidad, como se desprende del tenor literal del art. 25.1 CE (a cuyo tenor «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento») y de la jurisprudencia constitucional, éste hace referencia a la necesaria predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones, refiriéndose exclusivamente a las normas penales o sancionadoras sustantivas y no a las procesales (SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 9.b; 141/1998, de 29 de junio, FJ 3), no incluyendo entre sus garantías el derecho de la parte a ser enjuiciado por unas determinadas normas procesales, lo que afectaría —en su caso— a los derechos consagrados en el art. 24 CE.

Respecto del principio de igualdad (art. 14 CE) la pretendida vulneración del mismo, derivada de la elección de las normas del procedimiento ordinario, carece de fundamento al no aportarse un término de compa-

ración válido para llevar a cabo el juicio de igualdad. No lo constituye la genérica certificación aportada por el recurrente, en la que solamente consta que desde el 1 de enero de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1998 en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo se han incoado una serie de causas especiales (de las que se menciona el número de la causa, el delito por el que se incoa y el tipo de procedimiento, sin ninguna otra circunstancia) seguidos contra personas aforadas por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos que han seguido los trámites del procedimiento abreviado. Aparte el hecho de que, como indica la Sentencia impugnada, es éste el primer caso en que la Sala juzga a un Juez después de ser derogadas las normas del antejuicio, es lo cierto que con los datos que acaban de exponerse no puede afirmarse que se pongan a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios para entrar a valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada, lo que constituye la esencia de la desigualdad aplicativa, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, entre otras). Dado que según jurisprudencia constante, corresponde al recurrente la carga de aportar ese término de comparación (por todas, SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 375/1993, de 20 de diciembre, FJ 3; 190/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 57/2001, de 26 de febrero, FJ 2, 152/2002, de 15 de julio, FJ 2), el incumplimiento de dicha carga impide otorgar dimensión constitucional al debate sobre la legalidad procesal aplicable desde la perspectiva del principio de igualdad.

Por lo tanto nuestro enjuiciamiento se llevará a cabo desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, perspectiva también planteada por el recurrente, al afirmar que el art. 24 CE, en relación con el art. 9.3 CE, impiden la arbitrariedad judicial, obligando al juez a respetar las normas procesales, lo que nos llevará, con carácter previo, al análisis de la resolución judicial mediante la que se acordó seguir los trámites del procedimiento ordinario y las que la confirmaron.

7. La decisión de que la instrucción se siguiera como sumario ordinario se adopta, sin que se explicita la motivación, en el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querrela. Como quiera que en dicho Auto se acordaba al mismo tiempo la incoación de diligencias previas y la tramitación de la instrucción como sumario ordinario, se dictó el Auto de aclaración de 23 de febrero, según el cual «la apertura de las diligencias previas por parte del Excmo. Sr. Instructor, como Delegado de esta Sala y por mandamiento de la misma, lo es tan sólo para que se notifique en debida forma al Ilmo. Sr. Magistrado querellado la admisión por parte de este Tribunal del escrito de querrela contra el mismo, mas una vez realizado tal trámite se transformará por el Excmo. Sr. Instructor en sumario ordinario y continuará así hasta su finalización». De acuerdo con ello el instructor incoó las diligencias previas mediante Auto de 25 de marzo de 1998 y transformó las diligencias en sumario ordinario por Auto de 15 de junio de 1998.

El ahora recurrente en amparo no planteó la cuestión que ahora nos ocupa —tramitación por sumario ordinario— hasta la formulación del recurso de reforma contra el Auto de procesamiento (de fecha 16 de junio de

1998), solicitando que se declarase la nulidad de todas las actuaciones desde la incoación de sumario ordinario. En la resolución de dicho recurso, por Auto de 3 de julio de 1998, el instructor desestima tal pretensión (razonamiento jurídico primero). Afirma, en primer lugar, que «reconoce el recurrente que cuando se acordó por la Sala que, al iniciarse la instrucción penal, se siguieran los trámites del procedimiento ordinario, no recurrió tal decisión» y añade que, aun cuando conforme al art. 779 LECrim la instrucción debería seguirse por los trámites del procedimiento abreviado, «la privación de la posibilidad de apelación y casación que en su caso va a determinar el que se haya de seguir la instancia ante esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, puede serle compensada mediante el ofrecimiento de las mayores garantías que para el justiciable depara el procedimiento ordinario, entre ellas la de que su procesamiento pueda ser objeto de recurso de apelación si el presente de reforma no prosperara». Y dice asimismo dicha resolución que «por otra parte obvio es que el procedimiento ordinario en sí mismo no determina merma de garantías y no hay duda de su compatibilidad con los principios recogidos en el art. 24 de la Constitución».

En el Auto de 3 de noviembre, que desestima el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, la Sala se pronuncia sobre la cuestión en el razonamiento jurídico tercero, insistiendo en que «la elección de este trámite procesal (sumario ordinario) sólo tuvo por finalidad, amén de llevar a cabo una más completa investigación de lo sucedido y denunciado, garantizar una mejor y más amplia defensa del querellado, pues es obvio que tales garantías son menores y quedan muy restringidas en el llamado procedimiento abreviado hasta tal punto que muy poco después de ser admitida a trámite la querrela y con levísima investigación se puede abrir el juicio oral y a través de este acuerdo sentar en el banquillo al querellado». Sigue diciendo dicho Auto que «por el contrario, para que así suceda en el procedimiento ordinario es preciso, en primer lugar, la apertura de un periodo de investigación amplio sobre los hechos denunciados y su autoría para después, si se llega a la conclusión de que existen indicios racionales de criminalidad, dictarse por el instructor una resolución fundada en derecho cual es el auto de procesamiento contra el que caben diversos recursos, reforzándose así las garantías defensivas del que puede ser acusado». Ese plus de garantías se considera especialmente necesario tras la desaparición del trámite del «antejuicio» en el enjuiciamiento de los miembros de la carrera judicial. Por lo demás se afirma que la elección del procedimiento no ha causado indefensión de ningún género y que la consecuencia de suspensión de empleo y sueldo derivada del procesamiento se hubiera podido producir igualmente en la tramitación del procedimiento abreviado.

Finalmente la Sentencia de 15 de octubre de 1999 vuelve sobre esta cuestión —planteada por el recurrente como cuestión previa— empleando los mismos argumentos: que la elección del procedimiento ordinario no implica vulneración alguna de las garantías procesales, ni de ningún derecho fundamental y que, derogadas las normas que regían el antejuicio para exigir responsabilidad criminal a Jueces y Magistrados, «el proceso dirigido contra un juez sigue exigiendo ciertas cautelas que se derivan de la esencia misma de la función judicial». Indica la Sentencia que en especial debe ofrecerse al Juez afectado la «posibilidad de una revisión de la instrucción antes del juicio en sentido estricto, que permitiera garantizar que su derecho de defensa había sido respetado, las pruebas que se pretendían utilizar habían sido legalmente obtenidas y que la aplicación del derecho pretendido no era manifiestamente inconsistente», y que en realidad «tales garantías y cautelas sólo se

podrían salvaguardar mediante el procedimiento ordinario que permitía recurrir el auto de procesamiento, que requiere, como es sabido, una mayor solidez que la habitualmente dada en la práctica al auto del art. 790.7 LECrim». Por lo demás, se sostiene que el procedimiento está previsto en la ley, que su elección no vulnera el principio de igualdad, porque es el primer Juez al que se juzga tras la derogación de las normas del antejuicio, que la solución adoptada beneficia y no perjudica y que tampoco se lesiona el derecho de defensa, sino que éste se garantiza con mayor amplitud.

8. De la lectura de la fundamentación dada por los órganos judiciales a la decisión de instruir la causa por los trámites del procedimiento ordinario cabe concluir que se aplicaron unas normas de procedimiento previstas en la ley, que constituyen además el proceso de referencia respecto de todos los otros, y cuya elección no fue arbitraria, irrazonable o incurra en error patente, como se desprende de la motivación explicitada en las mismas, sino fundada en buenas razones, fundamentalmente el otorgamiento de mayores garantías y posibilidades de defensa al encausado, por lo que tampoco cabe apreciar vulneración alguna desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Y desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), hemos afirmado reiteradamente (entre otras muchas, SSTC 161/1985, de 29 de noviembre, FJ 5; 48/1986, de 23 de abril, FJ 1; 32/1994, de 31 de enero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 27; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6; 97/2000, de 18 de mayo, FJ 3; 228/2000, de 2 de octubre, FJ 1; 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4) que las infracciones de las normas o reglas procesales sólo constituyen una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías si con ellas se ocasiona una merma relevante de las posibilidades de defensa. Y en el presente caso, aun admitiendo que la elección de las normas del procedimiento ordinario constituyera una irregularidad procesal, ni se alega ni se justifica en la demanda de amparo la existencia de tal indefensión constitucionalmente relevante derivada de la elección del procedimiento ordinario en lugar del abreviado. Es más, los órganos judiciales sostienen que el procedimiento elegido amplía las posibilidades de defensa y ofrece mayores garantías, al prever un régimen de recursos contra el Auto de procesamiento que no existe en el procedimiento ordinario. Los perjuicios que el recurrente atribuye al Auto de procesamiento (publicidad, amenaza del honor, suspensión de empleo y sueldo) son efectos inherentes a la decisión de procesamiento acordado, pero no generadores de indefensión, efectos que además, como destaca el Ministerio Fiscal, igualmente podrían haberse producido en la tramitación de un procedimiento abreviado.

En conclusión, tampoco desde la perspectiva de las garantías esenciales del proceso justo y de la tutela judicial efectiva cabe apreciar vulneración alguna, derivada de la elección de las normas del procedimiento ordinario para la tramitación del proceso.

9. Analizaremos a continuación la denunciada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) derivada de la inadmisión por extemporáneo del incidente de recusación formulado por el recurrente.

Como más detalladamente se expuso en los antecedentes, del examen de las actuaciones se constata que el ahora demandante de amparo recusó a la Sala del Tribunal Supremo llamada a juzgarle, al poner en duda la imparcialidad objetiva de la misma y la subjetiva de uno de sus miembros. El incidente se formuló mediante escrito presentado en el Registro General del Tribunal Supremo el día 25 de febrero de 1999, fue admitido

inicialmente a trámite, se designó instructor, se tramitó conforme a lo legalmente previsto, se recibió a prueba y fue finalmente desestimado por la Sala Especial del Tribunal Supremo prevista en el art. 61 LOPJ, mediante Auto de 16 de junio de 1999, sin entrar en el fondo del asunto, por considerar extemporánea la recusación planteada.

El primero de los reproches que el recurrente formula contra la anterior resolución es que, tras la inicial admisión a trámite del incidente, mediante providencia de 4 de marzo de 1999, y la subsiguiente tramitación del mismo, la Sala ya no podía inadmitirlo por extemporáneo, pues el art. 223.1 LOPJ sólo contempla esta posibilidad al comienzo de la tramitación, pero no una vez concluida ésta, apoyando esta argumentación en nuestro ATC 226/1988, de 16 de febrero, FJ 1.

Con independencia de lo que este Tribunal decidiera en un caso concreto acerca de la posibilidad o conveniencia de desestimar por extemporáneo un incidente de recusación contra uno de sus Magistrados una vez admitido a trámite (interpretando la legalidad procesal que él mismo tenía que aplicar), lo cierto es que lo que aquí se cuestiona es una interpretación de la legalidad procesal, llevada a cabo por los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les corresponde en exclusiva ex art. 117.3 CE, que no cabe calificar de arbitraria o irrazonable como pretende el recurrente, aunque carezca de previsión legal expresa, sin que, por otra parte, se denuncie efecto material de indefensión alguno derivado de que la inadmisión se realizase, no en un primer momento, sino tras la tramitación del incidente. Debe recordarse al respecto que este Tribunal ha declarado reiteradamente, en relación con los incidentes de recusación, que los defectos procesales en ellos producidos únicamente tienen relevancia constitucional si revisten una incidencia material concreta (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 6/1998, de 13 de enero, FJ 2; 136/1999, de 20 de julio, FJ 4). Pues bien, tal incidencia material ni se alega ni se fundamenta en la demanda de amparo.

No obstante, al margen del momento procesal en que se produjera, la queja principal se plantea en relación con la decisión misma de inadmitir el incidente de recusación por extemporáneo, cuestión de la que pasamos a ocuparnos a continuación.

10. Nuestra jurisprudencia, de manera constante desde las primeras resoluciones de este Tribunal, viene sosteniendo que las causas de recusación y de abstención previstas por la ley se orientan a la preservación de la imparcialidad judicial, y que el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (SSTC 42/1982, de 12 de julio, FJ 3; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

También hemos afirmado que, al constituir «el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión» (SSTC 137/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3), el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación «implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de

salvaguardar aquella imparcialidad del juzgador protegida constitucionalmente» (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3).

Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afecten a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea *prima facie* descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 234/1994, de 20 de julio, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Por otra parte es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4).

11. La aplicación al caso de esta doctrina exige analizar las circunstancias fácticas y procesales que rodearon la interposición del incidente y la argumentación de la resolución judicial que lo desestima por extemporáneo sin pronunciarse sobre el fondo.

Del examen de las actuaciones se deduce que el incidente de recusación se promovió mediante escrito presentado el día 25 de febrero de 1999, al día siguiente de la notificación del Auto de 19 de febrero de 1999, que desestima el recurso de súplica contra el Auto de apertura del juicio oral (Auto de 3 de febrero de 1999, notificado el día 5 de febrero de 1999). Dicho incidente se formula por el recurrente contra los tres Magistrados que componían la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que habría de juzgarle, alegando dos tipos de causas. En primer lugar, con base en los arts. 219.10 LOPJ y 54.12 LECrim, la falta de imparcialidad objetiva, al haber dictado una serie de resoluciones en fase procesal anterior (fundamentalmente los Autos de confirmación del procesamiento y de denegación del sobreseimiento libre) que condicionaban su neutralidad a la hora de afrontar la fase final de enjuiciamiento. En segundo lugar, al amparo de los arts. 219.8 y 9 LOPJ y 54.9 y 10 LECrim, la falta de imparcialidad subjetiva de uno de esos tres Magistrados, por su amistad íntima con el Abogado de los querellantes y su interés directo o indirecto en la causa. En ambos casos lo que se alega es que la concurrencia de dichas causas inhabilitaba a los Magistrados recurridos para formar parte del Tribunal encargado del enjuiciamiento.

El Auto de 16 de junio de 1999 sostiene que el escrito de recusación padece el vicio procesal de extemporaneidad porque «se presentó después de la apertura del juicio oral como fase del proceso —regulación de la Ley de enjuiciamiento criminal— y no “tan luego” como se tuvo conocimiento de las causas de tal recusación —regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial—. Ante ello se acuerda desestimar la recusación planteada sin entrar en el fondo.

A tal conclusión se llega desde un examen de las normas reguladoras de la recusación previstas tanto en la Ley de enjuiciamiento criminal como en la Ley Orgánica del Poder Judicial, interpretando que el art. 56 LECrim impide conocer de las recusaciones propuestas una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral. A partir de esta interpretación destaca que el Auto acordando la apertura del juicio oral es de fecha 3 de febrero de 1999; que fue recurrido en súplica por el recusante sin que en ese momento ejercitara recusación alguna; que el recusante había sugerido la abstención sin plantear la recusación en forma mediante escrito de 16 de noviembre de 1998 y que el escrito por el que se formula el incidente tiene fecha de 25 de febrero de 1999. De todo lo cual concluye: «a) Que la parte recurrente alegó la actual recusación bastante después de tener todos los elementos necesarios para sustentar, según su criterio, la misma, y a pesar de ello, en vez de plantear, una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, la recusación pretendida, recurrió únicamente en súplica la reforma de dicho Auto. b) Que lo anterior es aplicable a la recusación tanto en su aspecto objetivo o procesal, basado en la pérdida de la imparcialidad al haberse formado el Tribunal cuestionado convicciones previas, como en su aspecto subjetivo o sociológico con razón a la amistad íntima que une al Magistrado D. E.B.Z. con el Letrado de la parte querellante, D. A.G.C., la que además en principio puede carecer de toda base real o legal».

Frente a esta argumentación el recurrente sostiene que la interpretación que la Sala Especial del Tribunal Supremo realiza del art. 56 LECrim es incorrecta, pues cuando el legislador marca como límite temporal máximo para la interposición de la recusación el comienzo del juicio oral («nunca después de comenzado el juicio oral, a no ser que el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad») se refiere al comienzo de las sesiones del juicio y no al de la fase intermedia del proceso penal. Y, en todo caso, que la recusación se planteó cuando la parte tuvo los datos necesarios para hacerlo, pues las sospechas de la falta de imparcialidad objetiva del Tribunal llamado a juzgarle se concretan cuando el Tribunal, mediante Auto de 3 de febrero de 1999, desestima el sobreseimiento libre de la causa y decide abrir el juicio oral, Auto que quedó firme tras la desestimación del recurso de súplica interpuesto contra el mismo.

12. Hemos de comenzar señalando que, si bien la normativa procesal aplicable en cuanto a los plazos en el planteamiento de la recusación no es inequívoca, no corresponde a este Tribunal —desde el control externo al que se limita nuestra competencia— decidir cuál es la interpretación correcta de los preceptos en cuestión, en concreto, si el art. 56 LECrim. se refiere al Auto de apertura del juicio oral o al comienzo de las sesiones del mismo, o cómo ha de interpretarse el «tan luego como se tenga conocimiento de la causa» del art. 223.1 LOPJ, sino tan sólo hemos de pronunciarnos respecto a si la interpretación llevada a cabo por el órgano judicial en su aplicación al caso concreto resulta constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 24.1 CE.

También hemos de recordar —como hiciéramos en la STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 3, en relación con la inadmisión por extemporáneo de un incidente de recusación—, que «la determinación del *dies a quo*, como todo lo relativo al cómputo de los plazos, constituye una cuestión de legalidad ordinaria, en la que no podemos entrar salvo que se fije de manera irracional o arbitraria o produzca indefensión (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 32/1989, de 13 de febrero, FJ 2; 65/1989, de 7 de abril, FJ 2; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ

único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4; 66/2000, de 13 de marzo, FJ 4, y 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas)».

Y en el presente supuesto la interpretación que realiza la Sala Especial de los arts. 56 LECrim y 223.1 LOPJ —aun existiendo otras menos rigurosas, que hubieran permitido un examen sobre el fondo de la cuestión planteada— es sin duda una interpretación posible de la legalidad procesal, que, teniendo en cuenta una serie de datos obrante en autos, expresamente reseñados en la resolución judicial (que el recurrente sugirió la abstención, sin plantear la recusación en su escrito de 16 de noviembre de 1998; que interpuso un recurso de súplica frente al Auto de apertura del juicio oral, dictado el 3 de febrero de 1999, sin ejercitar recusación alguna; y que hasta el 25 de febrero de 1999 no se interpone la recusación), le permite concluir que el incidente de recusación se planteó fuera del plazo legalmente previsto para ello. Tal conclusión se halla, por tanto, razonada y fundada en Derecho y no puede calificarse de irracional o arbitraria, ni generadora en sí misma de indefensión. Por todo ello, la decisión de inadmisión del incidente de recusación ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

13. Habiendo sido inadmitido por extemporáneo el incidente de recusación y no existiendo, por tanto, un pronunciamiento sobre el fondo por parte de los órganos judiciales, ello impide nuestro pronunciamiento acerca de la alegada vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), en relación con la falta de imparcialidad subjetiva del Magistrado don E.B.Z. y con la falta de imparcialidad objetiva de la Sala por haber dictado ciertas resoluciones con carácter previo al enjuiciamiento, por falta de agotamiento de la vía judicial previa (art. 44.1.a LOTC), como sostiene el Ministerio Fiscal.

En efecto, reiteradamente nuestra jurisprudencia ha venido exigiendo el planteamiento de la recusación en tiempo y forma, siempre que sea posible, para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión, pues las exigencias derivadas de la subsidiariedad del recurso de amparo impiden a este Tribunal un pronunciamiento sobre el fondo que no haya sido precedido de otro por parte de los órganos judiciales, existiendo un cauce procesal idóneo para ello, por causas sólo imputables al recurrente (por todas, SSTC 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y las allí citadas). Como afirmábamos en STC 52/2000, de 28 de febrero, FJ 3, «no se trata de cerrar la vía del amparo constitucional con un enfoque formalista, sino de cumplir una función práctica: dar a los propios órganos judiciales la posibilidad de reparar las vulneraciones de derechos procesales que puedan cometer, ellos mismos o los Tribunales sobre los que ostentan competencia de recurso; y reservar al recurso de amparo ante este Tribunal Constitucional el carácter subsidiario que le ha atribuido la Constitución».

Ahora bien, junto a las anteriormente reseñadas el recurrente denuncia una tercera causa de pérdida de imparcialidad del Tribunal, referida al interés mostrado por el Presidente del mismo durante el acto del juicio, que con su iniciativa y actitud al interrogar al procesado y a dos testigos habría evidenciado una tendencia a favorecer los intereses de las acusaciones en el proceso. Respecto de esta alegación sí hemos de pronunciarlos, dado que la misma no está afectada por el planteamiento extemporáneo del incidente de recusación.

14. Nuestra jurisprudencia ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)

otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

Ahora bien, ello no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio. Al respecto hemos afirmado lo siguiente: «Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim, no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio judicis* prevista en el art. 729.2 LECrim, que pudiera llevar a desconocer las exigencias insitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto» (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

En el presente caso lo que se reprocha al Presidente del Tribunal es haber formulado una serie de preguntas al acusado y fundamentalmente a los testigos, preguntas que versaron sobre los hechos objeto de acusación (pues todas ellas se refieren a la actuación del propio Juez y del Fiscal en la instrucción de la causa en la que se dictaron los Autos presuntamente prevaricadores) y que pueden entenderse razonablemente llevadas a cabo al efecto de alcanzar el grado preciso de convicción para la adopción de una decisión, sin ser manifestación de una actividad inquisitiva encubierta, sustituyendo a la acusación, ni una toma de partido a favor de las tesis de ésta. Por lo demás tampoco puede sostenerse que la formulación de tales preguntas haya generado indefensión alguna al demandante de amparo, pues pudo alegar al respecto lo que estimó oportuno en el acto de la vista. En conclusión, cabe afirmar que ni de la formulación de las citadas preguntas, ni del contenido de las mismas pueda apreciarse la denunciada pérdida de imparcialidad judicial, debiendo ser desestimada también esta alegación.

15. Una vez rechazadas las alegaciones de carácter estrictamente procesal, analizaremos a continuación las de carácter material, comenzando por la relativa al principio de legalidad (art. 25.1 CE).

Como más ampliamente se expuso en los antecedentes, el recurrente sostiene que la aplicación al pre-

sente caso del delito de prevaricación previsto en el art. 446 CP se fundamenta en una interpretación extensiva *in malam partem* y en una aplicación analógica del tipo penal a supuestos no comprendidos en él. En concreto se afirma que la Sala sentenciadora prescinde del elemento subjetivo exigido por el Código penal (que la resolución injusta sea dictada «a sabiendas»), objetivando la «injusticia» y considerando suficiente para que exista el delito con que la resolución sea manifiestamente injusta. Por otra parte, respecto del elemento objetivo, entiende el recurrente que la Sala se conforma con la mera ilegalidad de la resolución, cuando la injusticia ha de ser «patente, manifiesta y grosera», lo que no sucede en el presente caso.

Tanto el Ministerio Fiscal como las otras partes personadas consideran, por el contrario, que la alegación debe ser desestimada, sosteniendo el Fiscal que no es cierto que la Sentencia condenatoria prescinda del elemento subjetivo del tipo, sino que en la fundamentación jurídica se alude a ambos elementos del tipo, cuya concurrencia se analizan de forma razonada, subsumiendo los hechos en la norma. Lo que subyace a la queja del recurrente es una mera discrepancia con la calificación jurídica efectuada por la Sentencia, planteando un problema de subsunción de los hechos en la norma que es una cuestión de legalidad ordinaria.

16. Así delimitado el problema a analizar, debemos comenzar recordando que nuestra jurisprudencia viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del principio de legalidad en materia penal tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, en situación de sujeción estricta a la ley penal, estándoles vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan (entre otras muchas, SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 2).

Por lo que respecta al alcance del control que el Tribunal Constitucional puede ejercer respecto de la interpretación y aplicación de los preceptos sancionadores efectuados por los órganos judiciales, nuestra doctrina parte de que toda norma penal admite diversas interpretaciones como consecuencia natural, entre otros factores, de la vaguedad del lenguaje, el carácter genérico de las normas y su inserción en un sistema normativo relativamente complejo (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3), y de que la función de interpretar y aplicar la legislación vigente, subsumiendo en las normas los hechos que llevan a su conocimiento, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 117.3 CE, sin que pueda este Tribunal sustituirlos en dichas tareas, ni determinar cuál de entre todas las interpretaciones posibles de la norma es la más correcta, ni qué política criminal concreta debe orientar esa selección (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3). En otras palabras, «es ajena al contenido de nuestra jurisdicción la interpretación última del contenido de los tipos

sancionadores y el control de la corrección del proceso de subsunción de los hechos probados en los preceptos aplicados» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Por tanto, en este ámbito nuestro papel como jurisdicción de amparo «se reduce a velar por la indemnidad del derecho indicado y, con ello, la de los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial de lo penalmente ilícito que lo informan», verificando «si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a aquellos valores» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; citándola SSTC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4). Además desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el respeto de los órganos judiciales al tenor literal de la norma, ni a la mera interdicción de la arbitrariedad, el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que, más allá de estas constataciones, nuestra jurisprudencia exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión, desde las pautas axiológicas que inspiran nuestro ordenamiento constitucional y desde los modelos de interpretación aceptados por la comunidad jurídica, pues sólo de este modo puede verse en la decisión sancionadora «un fruto previsible de una razonable administración judicial o administrativa de la soberanía popular». «Dicho de otro modo, no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

En definitiva, nuestro canon de enjuiciamiento constitucional, configurado a partir de la STC 137/1997, es el siguiente: cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca hasta tal punto de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de criterios o modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4; 167/2001, de 16 de julio, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

17. Sentado cuanto antecede hemos de examinar a continuación cuál es el precepto aplicado y la interpretación que del mismo realiza la resolución judicial impugnada para justificar la subsunción de los hechos en el mismo.

El precepto aplicado es el art. 446.3 CP, cuyo tenor literal es el siguiente: «El Juez o Magistrado que, a sabien-

das, dictare sentencia o resolución injusta será castigado: 3.º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictare cualquier otra sentencia o resolución injustas». Los dos primeros apartados de este precepto (respecto de los cuales, por contraposición, se define el tipo de resolución a que se refiere este apartado tercero) contemplan los supuestos de «sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito» (apartado primero) y «sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta» (apartado segundo).

Señala la Sentencia de 15 de octubre de 1999, en el segundo de sus fundamentos jurídicos sobre el fondo, que el delito de prevaricación del art. 446 CP «se comete por el juez que dictare, a sabiendas, sentencia o resolución injusta», destacando que en su forma dolosa, a diferencia de la imprudente, no se exige que la injusticia de la resolución sea manifiesta, pero sí que el juez haya obrado «a sabiendas». «Ello no significa —como erróneamente se ha dicho en ocasiones— que este delito dependa exclusivamente de la actitud interna del autor. Por el contrario, el delito de prevaricación exige —como todos los delitos— la comprobación de un tipo objetivo (la acción de dictar resolución injusta) y de un tipo subjetivo (haber realizado la acción a sabiendas de su injusticia o habiendo tenido a la vista una sentencia o resolución manifiestamente injusta)».

Con este punto de partida en el fundamento jurídico tercero destaca que el delito de prevaricación requiere, ante todo, que la sentencia o resolución judicial pueda ser considerada «como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes», de modo que «la prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales». Afirma que en ese sentido han de interpretarse las adjetivaciones utilizadas por la jurisprudencia respecto de la antijuridicidad de la resolución como «flagrante y clamorosa», «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «que puede ser apreciada por un lego», adjetivaciones que «suelen reemplazar a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho». Y establece a continuación lo siguiente: «De esta manera la jurisprudencia ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido paralelamente interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del Juez o funcionario que dicte sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas. En la STS[CHL1] 1/1996 (causa especial núm. 2830/94) esta Sala subrayó que la jurisprudencia requiere que el carácter injusto del acto sea objetivo, remitiéndose al respecto a antiguas sentencias del Tribunal Supremo ... Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia».

A continuación rechaza la subjetivización del delito de prevaricación defendida por el Ministerio Fiscal, afirmando, con cita de la STS[CHL2] 1/1996, que la injusticia se da cuando «quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate», que «el juez ... sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita», y que «puede recurrir, según su parecer, al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sis-

temático, etc., pero su decisión deber provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece». Y añade lo siguiente: «Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley —en su caso— y no la del Juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho (art. 1 CE)».

Y tras otra serie de consideraciones se afirma que: «Por todo lo expuesto la Sala reitera el carácter objetivo de la injusticia, señalando, además, que el apartamiento de la función judicial propia del Estado de derecho se da cuando, como se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación del derecho aceptables en tal Estado de Derecho. En dichos casos, serán siempre aplicables los conocidos adjetivos de “manifiestamente contraria a la ley”, “flagrante y clamorosa”, “grosera”, “llamativa”, etc., pues estaremos ante un apartamiento grave del imperio del derecho».

Ahora bien, a reglón seguido se destaca que el carácter objetivo de la injusticia de la resolución «no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito. Se trata de una cuestión más simple: la injusticia del acto no depende de la opinión o de la convicción del Juez, sino de la relación de aquél con las normas y principios del ordenamiento jurídico. A ello se debe sumar el elemento subjetivo a sabiendas».

Finalmente se advierte de que no es posible trasladar la construcción jurisprudencial elaborada para las prevaricaciones de funcionarios a la prevaricación judicial (exigiendo en ocasiones que la arbitrariedad sea «esperpéntica» o «que pueda ser apreciada por cualquiera»), pues un Juez «que tiene la máxima calificación jurídica no puede ser tratado como un funcionario, cuya profesión puede no tener ninguna connotación jurídica».

18. Una vez establecidas las anteriores pautas, la Sentencia analiza cada una de las resoluciones judiciales en que se fundamenta la acusación y justifica en cada caso la concurrencia de los elementos del delito de prevaricación.

a) Así, respecto del Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplanta el secreto del sumario, tras haber sido revocado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el Auto en el que se había decretado inicialmente el secreto, por entender que no era imprescindible, ni necesario, ni adecuado ni proporcionado, se destaca, en primer lugar, que cuando se dictó este Auto «el Juez sabía que el secreto de la causa había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia. Es decir, que el cumplimiento material de la decisión de la Audiencia exigía que no se reimplantara el secreto sobre la base de los mismos elementos que existían en la causa y que habían sido considerados insuficientes por el Tribunal de alzada para justificar la medida».

A continuación se analizan una serie de hechos que revelan el carácter meramente aparente del fundamento de la reimplantación del secreto, algo que para la Sala es tan claro «que demuestra un manifiesto abuso de las facultades que la ley acuerda al Juez de instrucción

para limitar el derecho de defensa», para concluir lo siguiente:

«Una motivación que tergiversa los hechos de la causa constituye un apartamiento grave de la ley, pues carece de todo respaldo en ella. El juez no ignoraba estos extremos y, en consecuencia, obraba "a sabiendas", pues tenía conocimiento de lo actuado en la causa y procuró conscientemente disimularlo mediante la justificación formal de la petición policial. Ni siquiera poniéndonos en la más estricta y restringida de las formulaciones jurisprudenciales se podría negar que cualquiera, aunque no sea jurista, puede constatar la injusticia del Auto dictado por el juez el 15-5-97, dado que, con fundamentos inexistentes y datos tergiversados ha reimplantado el secreto, en evidente contradicción con el Auto de la Audiencia, respecto de hechos que sabía estaban ya acreditados, de documentos que ya se encontraban en la causa y respecto de diligencias pendientes que no apuntaban a la prueba de hechos que hubieran sido desconocidos por la Audiencia al levantar el secreto (inclusive parcial) de las actuaciones».

b) En cuanto al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se prohibía la salida de España a alguno de los inculpados, se destaca, en primer lugar, que del Auto dictado que desestima la reforma contra el anterior (Auto de 13 de marzo de 1997) se desprende que «el Juez sabe y conoce que no existe una habilitación legal que permita imponer a un inculpadado, cuando no existieren razones para ordenar su detención, en los términos del art. 486 y ss LECrim, una prohibición para salir del territorio». A continuación se afirma que «ningún método de interpretación permite deducir o inducir del art. 486 LECrim que es posible restringir el derecho fundamental garantizado por el art. 19 CE, de entrar y salir libremente de España de personas respecto de las que no se dan los presupuestos para ordenar al menos su prisión y antes de contar con una mínima corroboración de la veracidad de la denuncia. La circunstancia de que el derecho de entrar y salir del territorio de España sea un derecho fundamental hace más grave la infracción de la ley, dado que, de acuerdo con el art. 53 CE, los derechos del capítulo II título I CE "sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos"».

Y tras otra serie de consideraciones se afirma, de nuevo, que la medida adoptada no tiene fundamento en la ley, que afecta a un derecho fundamental de modo grave, que ningún método interpretativo permitiría inducir o deducir del art. 486 LECrim una limitación del derecho fundamental como la del Auto de 28 de febrero de 1997 y que el Juez sabía que la ley no contemplaba la citada medida, que la misma restringía un derecho fundamental y que tenía graves consecuencias para los interesados. «Tampoco en este caso ofrece ninguna duda que se trata de una ilegalidad que cualquiera podía percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECrim sabe que el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo de su derecho del art. 19 CE, cuando —se insiste— no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e inclusive grosera».

c) Finalmente, en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, dictado en la pieza de situación personal de don Jesús de Polanco, en el que se acuerda su libertad provisional, fijando una fianza de doscientos millones de pesetas, se afirma la arbitrariedad de la fianza impuesta, «toda vez que el Juez se apartó totalmente de la ley que debería haber aplicado. Pero no sólo no se daban los presupuestos formales para decretar la libertad bajo fianza, sino que además, la suma impuesta resultaba

verdaderamente desproporcionada para contrarrestar un peligro que el mismo Juez declaraba inexistente, como lo puso de manifiesto el Auto de la Audiencia Nacional de 19-2-98 (FJ 3)». A renglón seguido se sostiene que «desde el punto de vista subjetivo no cabe duda que el Juez obró a sabiendas», analizando una serie de datos objetivos de los que deduce esta afirmación (el conocimiento de la revocación del secreto por la Audiencia; el conocimiento de la inexistencia de damnificado alguno en la causa y de la inexistencia de peligro alguno).

Finalmente, se afirma que «también en este caso es evidente que la injusticia del Auto puede ser percibida por cualquier persona, aunque sea lego en derecho, toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales e inclusive de la instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de "manifiestamente ilegal", de "flagrante", etc. Nadie podría negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada».

19. Del examen del conjunto de los razonamientos esgrimidos en la Sentencia, tanto en relación con el delito de prevaricación en abstracto como de su concurrencia en el caso concreto, cabe concluir que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de prevaricación al presente supuesto es acorde con las exigencias del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

En efecto, partiendo del tenor literal del precepto, comienza diferenciando entre el tipo objetivo (dictar una resolución injusta) y el tipo subjetivo (realizar la acción a sabiendas de su injusticia), efectuando una serie de precisiones en relación con el carácter objetivo de la injusticia, que pueden resumirse en la idea de que ésta concurrirá cuando la aplicación del Derecho se haya realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho (a lo que se reconducen los adjetivos habitualmente empleados en la jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución). Precisando, a continuación, que al carácter manifiestamente injusto de esa resolución ha de sumarse el haberla dictado a sabiendas para que ocurra el delito. Y en la posterior aplicación de esos criterios generales a cada uno de los supuestos enjuiciados se constata por la Sala enjuiciadora la existencia de resoluciones objetivamente injustas (a partir del análisis de las circunstancias fácticas obrantes en la causa y de la regulación legal aplicable) y se afirma que se dictaron «a sabiendas», aportando datos objetivos en los que el órgano judicial fundamenta esta afirmación y teniendo en cuenta que el Juez conocía la ley a aplicar y el alcance objetivo de la misma.

Por tanto, en contra de lo sostenido por el recurrente, con esa interpretación no se niega el elemento subjetivo del delito (lo que sería manifiestamente contrario al tenor literal del precepto), sino que se afirma que junto a él existe un elemento objetivo (lo que también viene exigido por el tenor literal del precepto), rechazando interpretaciones conforme a las cuales la injusticia se caracteriza sólo por una actitud subjetiva del Juez al aplicar el Derecho. Tampoco es cierto que se devalúe el elemento objetivo, conformándose con la mera ilegalidad de la conducta, apartándose así de la exigencia de que la antijuridicidad sea «patente, manifiesta y grosera», sino que —como expresamente señala la Sentencia— se trata de dotar de contenido sustantivo a tales calificativos, atendiendo al bien jurídico protegido por el delito y al papel que

los órganos judiciales desempeñan en un Estado de Derecho, que es precisamente el de aplicar únicamente el Derecho, sometiéndose al mismo. Es más, en la valoración de la injusticia de las resoluciones en el caso concreto se afirma que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); que es «manifiesta, llamativa e inclusive grosera» la contradicción con la norma y perceptible por «cualquiera que sepa castellano» (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997) y que es «manifiestamente ilegal» y «flagrante» la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Por lo demás, y desde la perspectiva de control que nos compete, cabe afirmar que tal interpretación del delito de prevaricación y tal subsunción de los hechos en el mismo es posible a la vista del tenor literal del precepto y no puede calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran. En efecto, afirmar que el delito de prevaricación tiene un componente objetivo y otro subjetivo, como cualquier tipo delictivo; que la existencia de uno y otro es independiente y que el carácter injusto de la resolución concurrirá cuando el juez se aparte de la función judicial que le es propia, desconociendo su obligación de aplicar el Derecho conforme a los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho, es una interpretación no contraria a la orientación material de la norma, que tiene en cuenta el bien jurídico protegido por la misma y los fines a los que se orienta (lo que se hace explícito en la Sentencia impugnada) y que encuentra respaldo en la doctrina científica acerca de este delito.

Por todo lo anteriormente expuesto ha de rechazarse la existencia de la denunciada vulneración del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

20. Estrechamente relacionada con la anterior alegación se encuentra la relativa a la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), derivada de la arbitraria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación.

Sostiene el recurrente que la Sentencia que le condena se ha apartado de la hasta entonces doctrina jurisprudencial unánime sobre el delito de prevaricación, cambio de criterio que carece de toda justificación razonable y que se debe a razones de mera oportunidad y a un mero voluntarismo selectivo. Cita como término de comparación la Sentencia del Tribunal Supremo 1/1996, de 4 de julio, en la que se condena a otro Juez como autor de un delito de prevaricación. También cita un Auto del Tribunal Supremo, de 5 de noviembre de 1997, en el que se inadmite una querrela interpuesta contra el propio demandante de amparo, por la presunta comisión de otro delito de prevaricación.

Posteriormente aporta otra serie de Autos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (Autos de 21 de septiembre y 12 de noviembre de 2001; Auto de 14 de mayo de 2002 y Auto de 23 de julio de 2002). Ciertamente tal aportación se hace, según ya señala el Ministerio Fiscal, no como término de comparación para fundamentar la alegada vulneración del principio de igualdad (pues se trata de resoluciones posteriores a la Sentencia ahora impugnada), sino como prueba de la existencia de una doctrina consolidada —aunque en su momento sólo hubiera sido aportada una Sentencia, la de 4 de julio de 1996—, doctrina que se habría mantenido tras la Sentencia de 15 de octubre de 1999, ahora impugnada, de la que ésta se habría apartado injustificadamente.

En todas estas resoluciones se exige, según el demandante de amparo, respecto del elemento objetivo del tipo, que la injusticia sea evidente, patente, notoria,

carente de toda explicación razonable, manifiesta, expone de una clara arbitrariedad o irrazonabilidad, flagrante, clamorosa o grosera, apreciable por cualquiera. Y, desde el punto de vista subjetivo, que sea dictada con plena conciencia de su carácter injusto, de la ilegalidad o la arbitrariedad. Y de tales exigencias se apartaría injustificada e inmotivadamente la Sentencia recurrida en amparo.

21. Como recordábamos en el fundamento jurídico sexto de esta Sentencia, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal corresponde al demandante de amparo la carga de aportar un término de comparación válido, los precedentes de los que la resolución impugnada se habría apartado, poniendo así a disposición de este Tribunal los elementos de juicio necesarios para poder valorar si un mismo órgano judicial, en supuestos sustancialmente idénticos, ha resuelto en sentido distinto sin ofrecer una adecuada motivación de su cambio de criterio, o sin que la misma pueda deducirse razonablemente de los términos de la resolución impugnada (SSTC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 29; y 102/2000, de 10 de abril, FJ 2).

A los efectos del cumplimiento de la expresada carga procesal nuestra jurisprudencia ha afirmado, en lo que a la resolución del presente recurso puede interesar, que dicha exigencia no queda cubierta citando cualquier precedente o uno aislado, sino una concreta y definida orientación jurisprudencial de la que sean predicables los rasgos de generalidad, continuidad y firmeza (SSTC 142/1985, de 23 de octubre, FJ 1; 48/1987, de 22 de abril, FJ 2; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 4; 11/1995, de 16 de enero, FJ 7; 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 57/2001, de 30 de marzo, FJ 2), sin perjuicio de que pueda ser eficaz, excepcionalmente, la invocación de un precedente siempre que sea inmediato en el tiempo y exactamente igual el supuesto fáctico desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (STC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 9, citada a su vez por la STC 140/2003, de 14 de julio, FJ 4). También hemos sostenido que la aplicación del principio de igualdad exige un elemento de «alteridad», no pudiendo someterse a contraste dos resoluciones judiciales referidas a la misma persona (SSTC 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 4; 162/2001, de 5 de julio, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 2). Por otra parte, respecto de la identidad del órgano judicial, hemos exigido, no sólo la identidad de Sala, sino también, en su caso, la de Sección, al considerar a éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (entre otras, SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 34/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5; 32/1999, de 22 de abril, FJ 4; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 26 de abril, FJ 4; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 2).

En atención a todo lo anteriormente expuesto puede afirmarse que en el presente supuesto no se ha aportado término de comparación válido que permita formular a este Tribunal un juicio en relación con el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, según se razona seguidamente.

No puede ser término de comparación el Auto de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1997 porque se trata de una resolución referida

al propio demandante de amparo, no concurriendo por ello el aludido elemento de «alteridad», sin que por otra parte concurren en este caso las circunstancias que hacen aplicable nuestra doctrina acerca de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos de arbitrariedad, como sucedió en el caso resuelto por la STC 162/2001, de 5 de julio, FFJJ 2 y 4.

Y tampoco constituye término de comparación válido la única Sentencia aportada por el recurrente en su demanda de amparo, relativa a la condena por prevaricación de otro Juez. En primer lugar porque constituye un único precedente, cuyo carácter aislado no puede acreditar, por sí mismo, la existencia de una línea jurisprudencial consolidada y constante de la que se hubiera apartado la Sentencia impugnada en amparo. En segundo lugar porque su sustrato fáctico (conversión de dos testigos en imputados, constitución en prisión de uno de ellos, constitución en prisión de varios querellados, todo ello sin datos objetivos que pudieran fundamentar o justificar tales medidas) carece, respecto del supuesto de autos, de la similitud necesaria para que, de modo excepcional, pueda un único precedente fundamentar la apreciación de la vulneración del principio de igualdad.

En consecuencia no acredita el recurrente que se haya producido un cambio arbitrario y no motivado de criterio en la resolución judicial recurrida contrario al principio de igualdad en la aplicación de la ley, consagrado en el art. 14 CE.

22. No obstante lo expuesto, aun admitiendo como término de comparación esta Sentencia y el Auto de 5 de noviembre de 1997, junto a los Autos aportados por el recurrente con posterioridad a la interposición de la demanda de amparo (que, según ya se indicó, no podrían demostrar un apartamiento del precedente, pero sí el carácter aislado e insólito de la resolución impugnada y la existencia de voluntarismo selectivo), un examen comparativo de todas esas resoluciones y de la Sentencia del 15 de octubre de 1999 no permite llegar a la conclusión de que exista el denunciado cambio injustificado e inmotivado de la doctrina jurisprudencial en relación con el delito de prevaricación, según se razona a continuación en el presente y en el siguiente fundamento jurídico.

En efecto, de la lectura de aquellas resoluciones judiciales se desprende que tanto la Sentencia y Auto invocados en la demanda de amparo como los Autos posteriormente aportados parten —al igual que la Sentencia aquí recurrida— de la distinción entre el elemento objetivo y el subjetivo en el delito de prevaricación.

Respecto del primero, la Sentencia 1/1996 manifiesta expresamente que no basta una mera ilegalidad que pudiera ser corregida por vía de recurso, sino que el Derecho penal se reserva «para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irrazonabilidad de la resolución de que se trate conforme al principio de intervención mínima»; exigiendo el elemento objetivo «la absoluta notoriedad en la injusticia, faltando tal elemento cuando se trate de apreciaciones que en uno u otro grado son discutibles en Derecho». Y respecto del segundo se exige «actuar con plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta».

En cuanto al Auto de 5 de noviembre de 1997 éste afirma, respecto del elemento objetivo, que «la injusticia ha de ser clara, patente y manifiesta, de tal modo que de producirse cualquier duda razonable se produciría la atipicidad de la conducta», y señala, en cuanto al elemento subjetivo, que ha de haber una «intención deliberada de faltar a la justicia», de modo que «es preciso que el sujeto sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta, por contraria a la Ley, y que a pesar de ello se dicte conscientemente».

Por su parte, los Autos posteriormente aportados —con cita expresa de la Sentencia aquí impugnada tanto en el Auto de 21 septiembre de 2001 (FJ 5), como en el de Auto de 14 de mayo de 2002 (FJ 2) y en el de 23 de julio de 2002 (FJ 1)— insisten en que no basta una mera ilegalidad sino que «la actividad delictiva característica del delito de prevaricación consiste en el ejercicio de la función jurisdiccional en contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico, de modo que la resolución judicial de que se trata suponga un auténtico “torcimiento del derecho”, por constituir una manifiesta ilegalidad, tan grosera y evidente que revele por sí la injusticia, el abuso y el plus de antijuridicidad necesario para la infracción penal; supone, en definitiva, el apartamiento de la función jurisdiccional propia del Estado de Derecho por haberse aplicado la norma jurídica desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables. Debe tratarse, pues, de resoluciones manifiestamente contrarias a la ley, flagrantes, clamorosas, groseras, llamativas —que todos estos calificativos ha utilizado la jurisprudencia— realizadas con plena conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad —a sabiendas—» (Auto de 21 de septiembre de 2001, FJ 5). Igualmente el Auto de 12 de noviembre de 2001 hace referencia a «la injusticia objetiva de las resoluciones judiciales (patente, flagrante, clamorosa, grosera, llamativa...)» y al elemento subjetivo, «cuya concurrencia puede ser acreditada mediante una razonable inferencia del conjunto de datos objetivos acreditados en la causa, entre ellos, y de modo particular, la evidencia y la relevancia de la injusticia» (FJ 3). En la misma línea, el Auto de 14 de mayo de 2002, tras una extensa cita literal de la Sentencia de 15 de octubre de 1999 en su FJ 2, afirma en el FJ 3 que «por resolución injusta hemos de considerar aquella que es contraria al ordenamiento jurídico, pero con un plus de antijuridicidad que caracteriza al delito, de modo que su conculcación sea palmaria, evidente, clamorosa, grosera, y en definitiva, pueda ser apreciable por cualquiera». Finalmente, el Auto de 23 de julio de 2002 señala en su FJ 1 que «el delito se comete cuando el juez adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por tanto, se dará cuando el Juez toma decisiones que no puedan ser derivadas de la ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos por la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la ley por alguno de estos métodos, no se la podrá considerar como aplicación de la ley vigente, sino como un acto voluntarista del juez».

23. Pues bien, si se comparan tales afirmaciones con las realizadas por la Sentencia recurrida en amparo —recogidas en los anteriores fundamentos 17 y 18— puede comprobarse que esta resolución no constituye un supuesto aislado o insólito que quiebre una línea jurisprudencial consolidada, pues no es cierto —como sostiene el demandante de amparo— que se devalúen las exigencias del tipo objetivo, conformándose con la mera ilegalidad, ni que se prescindiera del elemento subjetivo «a sabiendas».

Por el contrario, la Sentencia recurrida, en lo que se refiere al elemento objetivo, expresamente señala que los adjetivos habitualmente utilizados por la jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución («flagrante y clamorosa»), «clara y manifiestamente contraria a la ley», «esperpéntica», «que puede ser apreciada por un lego») reemplazan «a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del derecho» y que tales calificativos han de ser interpretados en el sentido de que exista «un grave apartamiento del derecho en perjuicio

de alguna de las partes» y que la prevaricación consiste «en el abuso de la posición que el derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales». Por tanto en las precisiones doctrinales acerca del elemento objetivo del delito no puede apreciarse un apartamiento de los precedentes jurisprudenciales, sino a lo sumo una concreción del contenido sustantivo de los términos habitualmente empleados por la jurisprudencia, profusamente razonada y motivada. Ello se ve confirmado cuando, al valorar la injusticia de las resoluciones en el caso concreto, se sostiene —como ya destacamos en el FJ 19— que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); y que es «manifiesta, llamativa e inclusive grosera» la contradicción con la norma y perceptible por «cualquiera que sepa castellano» (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997); y que es «manifiestamente ilegal» y «flagrante» la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Y en relación con el elemento subjetivo se afirma expresamente que el carácter objetivo de la injusticia «no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito», y que a la injusticia objetiva del acto ha de sumarse el elemento subjetivo «a sabiendas». Y en la concreción de esa exigencia respecto de cada una de las resoluciones dictadas en el presente caso se afirma expresamente que el Juez obraba «a sabiendas», lo que se infiere de los datos objetivos obrantes en las actuaciones y del conocimiento que el Juez tenía de lo actuado en la causa y de las normas legales a aplicar.

Por otra parte, como han puesto de relieve el Ministerio Fiscal y alguna de las partes personadas, existen también Sentencias posteriores dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, las SSTs de 11 de diciembre de 2001 y de 26 de febrero de 2002) en las que se recoge expresamente la doctrina de la resolución recurrida en amparo, lo que viene a reforzar la tesis de la inexistencia de voluntarismo selectivo.

En atención a todo lo expuesto debemos concluir que no ha existido una arbitraria modificación del la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE).

24. Finalmente se alega por el recurrente la vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) por inexistencia de prueba de cargo en la que sustentar la conclusión condenatoria.

Sostiene el recurrente que no existe prueba, ni siquiera de indicios, para afirmar que las resoluciones dictadas eran injustas y mucho menos que fueran dictadas con la intención de que así resultaran. Afirma, igualmente, que los hechos probados se construyen desde el más puro voluntarismo, sobre la base de inferencias personalistas que ignoran el resultado de la prueba practicada en el acto del juicio y a través de razonamientos ilógicos o tan abiertos que no pueden llegar a probar lo que se pretende. Para fundamentar estas afirmaciones examina cada uno de los Autos, aportando datos fácticos que, a su juicio, resultaron probados y han sido omitidos por el Tribunal.

Conviene comenzar recordando que, conforme a la doctrina de este Tribunal, desde STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio y en esta sede constitucional, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por lo tanto «sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo

válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado» (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

Constituye también reiterada doctrina de este Tribunal la afirmación de la «radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad», y que «nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino en el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él» (por todas, STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3).

Por otra parte, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) que parta de hechos plenamente probados y b) que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3).

Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En dicho último caso este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la inmediación. Por ello se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento «cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14).

25. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto ha de conducir, necesariamente, a rechazar la existencia de la vulneración denunciada.

En efecto, conforme a lo expuesto en el primero de los fundamentos jurídicos sobre el fondo de la Sentencia impugnada, la prueba de cargo de los hechos consiste, fundamentalmente, en los documentos que constituyen las diligencias núm. 54/97 del Juzgado Central de Ins-

trucción núm. 1 de la Audiencia Nacional. A ello se añaden, respecto de algunas cuestiones, las declaraciones prestadas por el propio acusado en el acto del juicio y por los Fiscales Sres. G. y F., así como el Policía Sr. Z. V., en lo que concierne a su propia actuación procesal en las citadas diligencias.

Nadie discutió en el proceso la existencia de los Autos que la Sentencia considera prevaricadores, ni su autoría por parte del demandante de amparo, extremos respecto de los que existe prueba directa, consistente en la documental referida. Las cuestiones controvertidas a probar serían, por tanto, la injusticia de tales resoluciones y su carácter doloso (el haber sido dictadas a sabiendas). En ambos casos, nos encontramos ante elementos del delito no susceptibles de prueba directa, sino que la acreditación de su concurrencia exige una inferencia y una valoración por parte del Tribunal sentenciador, a partir de otros hechos acreditados en la causa, proceso que en el presente supuesto se realiza en los siguientes términos:

a) Respecto del Auto de 15 de mayo de 1997, que reimplanta el secreto de las actuaciones, el Tribunal Supremo pone de manifiesto, en primer lugar, una serie de datos fácticos acreditados en las actuaciones. Así, entre otros, la implantación inicial del secreto, mediante Auto de 27 de febrero de 1997, inmediatamente después de incoarse la causa, cuando «en ese momento en la causa sólo se contaba con la denuncia, no ratificada, un ejemplar del informe que había servido para el artículo publicado en la revista "Época" (ver folios 2169/2176) de siete folios y sin firma»; la revocación del citado Auto por la Audiencia Nacional por estimarlo innecesario, inadecuado y desproporcionado; la existencia de un oficio policial relativo a las diligencias a practicar; y, finalmente, el propio Auto en el que se reimplanta el secreto respecto de las diligencias de investigación encomendadas a la Brigada.

A partir de dichos datos se pone de manifiesto por el Tribunal que el acusado sabía, cuando reimplantó el secreto, que el mismo había sido declarado innecesario, inidóneo y desproporcionado por la Audiencia, lo que ha sido admitido tanto por el Juez como por el Fiscal; que el oficio policial obrante al folio 285, que es el único fundamento del Auto que reimplantó el secreto, no se refiere ni a hechos, ni a documentos nuevos, y que el carácter instrumental de «Sogecable» ya estaba claramente verificado en la causa (como se desprende de los interrogatorios de los inculcados y del informe del Ministerio de Hacienda). A esos datos se unen, al entender del Tribunal, otros, como la inexistencia de damnificados por las supuestas irregularidades; que de los informes policiales posteriores no se desprenda la práctica de diligencia alguna sobre hechos nuevos o nuevos documentos y que toda la investigación realizada careciera por completo de utilidad para determinar la tipicidad de los hechos; así como la innecesariedad del secreto de la causa «para volcar en el informe policial los datos proporcionados por los bancos».

Y a partir de todos estos hechos el Tribunal infiere el carácter meramente aparente del fundamento de la reimplantación del secreto, entendiendo que hubo un manifiesto abuso de las facultades que la ley otorga al Juez de instrucción, la innecesariedad del secreto dictado, la conculcación manifiesta del art. 302 LECrim y la conciencia del Juez de todos estos extremos, lo que le lleva a concluir que obraba «a sabiendas», pues «tenía conocimiento de todo lo actuado en la causa y procuró conscientemente disimularlo mediante la justificación formal de la petición policial». Es ésta una inferencia que no puede considerarse ni falta de lógica, ni excesivamente abierta o indeterminada. En efecto, la reim-

plantación del secreto sumarial, tras su inicial revocación en los términos en que la misma se produce, sin que ni de los datos precedentes ni de los posteriores pueda deducirse en absoluto su necesidad —partiendo, como nos es obligado, de la apreciación probatoria hecha por la Sala—, puede lógicamente interpretarse como un manifiesto abuso de derecho, que permite afirmar la injusticia de la resolución por la que se acuerda y su dictado «a sabiendas», dada la posición procesal del Juez en la causa.

b) Respecto del Auto de 28 de febrero de 1997, que prohíbe a algunos de los procesados la salida del territorio nacional, se ponen de manifiesto por el Tribunal los siguientes hechos: el Auto fue dictado tres días después de la incoación del procedimiento y sin motivación alguna; el Fiscal se pronunció a favor del mantenimiento, sin fundamento alguno; el Juez desestimó el recurso de reforma afirmando que, aunque la ley no contemple la medida, se trata de una cautela instrumental que tiende a asegurar la presencia de los imputados en el proceso; posteriormente se deniega la autorización para salir del territorio español a dos de los imputados, si bien días después la autorización es concedida; y finalmente la Audiencia Nacional revocó el Auto por considerarlo arbitrario.

A la luz de estos datos, y tras rechazar los argumentos de descargo, el Tribunal Supremo concluye que el Juez conocía cuando dictó este Auto la inexistencia de habilitación legal que le permitiera imponer a un inculcado tal limitación de un derecho fundamental, reconocido en el art. 19 CE, como se desprende de la mera lectura del art. 486 LECrim y de las resoluciones dictadas por él mismo. De ello concluye que el Juez se apartó infundada y conscientemente de la ley y decidió según su propia voluntad. Se trata de una inferencia que tampoco puede considerarse ni contraria a la lógica, ni excesivamente abierta, a la luz de los datos tenidos en cuenta por el Tribunal sentenciador.

c) Finalmente, respecto del Auto de 26 de junio de 1997, en el que se impone a don Jesús de Polanco una fianza de doscientos millones de pesetas, se destaca que este Auto afirma que no se encuentran razones de estricta necesidad para la aplicación de la prisión provisional incondicional, que no existe alarma social y que tampoco puede decirse que el imputado tenía decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida, ni se han detectado maniobras claras para perjudicar la instrucción de la causa. Igualmente se destaca que, una vez apartado el Juez de la causa, el Fiscal manifestó la innecesariedad de mantener las presentaciones periódicas del Sr. de Polanco y de que hubiera de solicitar autorización para ausentarse del territorio nacional, sin perjuicio de su puesta en conocimiento del órgano judicial a fines de permanente localización para la práctica de algunas diligencias.

El Tribunal Supremo, a partir de estos hechos y de la lectura de los preceptos aplicables de la Ley de enjuiciamiento criminal, concluye que la imposición de la fianza era arbitraria, toda vez que el Juez se apartó totalmente de la ley que debería haber aplicado, pues no se daban los presupuestos formales para decretar tal medida y, además, la suma impuesta era desproporcionada. Igualmente se afirma que «desde el punto de vista subjetivo no ofrece ninguna duda que el Juez obró "a sabiendas"», partiendo de una serie de datos obrantes en la causa. La Sala destaca que el propio Juez afirmó en su Auto que no existía intención del inculcado de ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. Por otra parte, la edad, el arraigo familiar, profesional y social, así como los datos sobre su patrimonio, «no podían sino corroborar que no existía el peligro de fuga, ni de perturbación de la investigación», de modo que «una vez

establecido que no se daban tales peligros era evidente que la fianza carecía de todo sentido, pues nada había que asegurar o afianzar»; añadiéndose que «el art. 532 LECrim lo corrobora especialmente cuando establece que “la fianza se destinará a responder de la comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa”».

Finalmente afirma que la injusticia del Auto es evidente, pues «cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de manifiestamente ilegal, de flagrante etc. Nadie podría negar seriamente que una fianza de 200.000.000 pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada». Estamos en este caso ante una conclusión perfectamente posible, desde un punto de vista lógico, y suficientemente concluyente a partir de las premisas expuestas.

En definitiva, y desde la perspectiva limitada y externa que corresponde a esta jurisdicción, debemos rechazar la pretensión de amparo y afirmar la razonabilidad de la inferencia realizada por los órganos judiciales en el presente caso, tanto desde el punto de vista de su lógica o coherencia, como en atención a su solidez. Ningún otro juicio compete a este Tribunal, pues conviene recordar que «el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo» (STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3) y que «entre diversas alternativas igualmente lógicas, nuestro control no puede alcanzar la sustitución de la valoración efectuada por los órganos judiciales, ni siquiera afirmar que fuera significativamente más probable un acaecimiento alternativo de los hechos» (STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 13).

### FALLO

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

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella.

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

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Pablo García Manzano.—Pablo Cachón Villar.—Vicente Conde Martín de Hijas.—Guillermo Jiménez Sánchez.—María Emilia Casas Baamonde.—Elisa Pérez Vera.—Eugeni Gay Montalvo.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Presidente don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional en el recurso de amparo núm. 4455/99*

Como se dijo en un momento del largo debate, el presente recurso de amparo ofrece la particularidad de haberse otorgado el indulto al todavía quejoso. Fue una advertencia que considero acertada.

El derecho de gracia [art. 62 i) CE], en tanto que prerrogativa con la que se excepcionan los rigores del Ordenamiento, es radicalmente incompatible, una vez ejercido, con la pretensión de recabar tutela jurisdiccio-

nal, pues quien se beneficia de la gracia se sitúa en un domino que no es el de lo jurídicamente debido, sino el de lo graciable. No le cabe, en definitiva, pedir en Derecho lo que ha obtenido en virtud de la gracia, es decir, con excepción del Derecho mismo.

Quien acepta el perdón no puede demandar justicia. Aquél presupone la admisión tácita de una culpa previa; con la petición de justicia se niega la culpa y se exige una solución en Derecho.

Es cierto que la gracia no es repudiable por quien la recibe sin haberla pedido, pero la pretensión de interesar una respuesta jurisdiccional para lo que ha quedado solventado tras la gracia sólo puede prosperar si, con fundamento en el derecho a la jurisdicción, se impugna la propia concesión graciosa. En otro caso sólo se generarían consecuencias perturbadoras para el Ordenamiento y, si se quiere, para los intereses del afectado, pues basta pensar en el supuesto de un pronunciamiento jurisdiccional estimatorio que llevara aparejado un nuevo enjuiciamiento de la causa que fue indultada, respecto del cual ya no produciría efectos, evidentemente, la primera gracia.

Procedía, en suma, no entrar a considerar los argumentos expuestos en el recurso de amparo.

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil tres.—Manuel Jiménez de Parga y Cabrera.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Pablo Cachón Villar a la Sentencia dictada por el Pleno de este Tribunal en el recurso de amparo núm. 4455/99*

Disiento de la Sentencia del Pleno, de la que he sido Ponente, y, más concretamente, del fallo, en cuanto desestima el recurso de amparo, y del fundamento jurídico 12, en cuanto entiende que la decisión de inadmisión del incidente de recusación, decisión adoptada por la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, «ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)». Tal disenso lo es con el máximo respeto al criterio del Pleno sustentado en la Sentencia.

Entiendo que la expresada decisión de inadmisión adoptada por la Sala Especial del Tribunal Supremo, en cuanto referida a la alegada causa objetiva de recusación, vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) del recurrente. Por ello debió el Pleno haber pasado a conocer de la invocada vulneración del derecho al juez imparcial (art. 24.2 CE), vulneración que estimo ha sido cometida por la Sentencia recurrida en amparo, dictada el 15 de octubre de 1999 por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Todo ello según las razones que seguidamente expongo. En los cinco primeros apartados me referiré al incidente de recusación y su resolución por la Sala Especial del art. 61 del Tribunal Supremo y en los restantes apartados me referiré a la invocada vulneración del derecho a un Juez imparcial.

1. Así pues, paso en primer lugar al examen del incidente de recusación, expresando mi previa aceptación de lo que se dice sobre esta materia en los fundamentos jurídicos noveno, décimo y undécimo de la Sentencia.

Partiendo del hecho de que el instituto jurídico de la recusación se orienta a la preservación y garantía del derecho fundamental al juez imparcial, el control constitucional de la decisión judicial de inadmisión por extemporáneo de un incidente de recusación ha de ser especialmente intenso.

En efecto, aunque es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo, apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio, FJ 2; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4), ha de recordarse también la doctrina conforme a la cual si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso, hablándose de deber de motivación reforzado (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4, 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 83/1998, FJ 3; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6; 108/2001, de 29 de mayo, FJ 3; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; entre otras muchas).

El significado y alcance de esa especial intensidad de nuestro control ha de atender, como recordábamos en la STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2, a las circunstancias de cada caso y tiene perfiles y matices muy diversos, según cuál sea el derecho fundamental en juego. Al margen de lo cual, sí puede afirmarse que, con carácter general, exige que la decisión adoptada tenga en cuenta que, más allá del derecho a la tutela judicial efectiva, existe otro derecho fundamental concernido, respecto del que puede producirse un efecto derivado o reflejo (STC 10/2001, de 29 de enero, FJ 4, citando STC 105/1997, de 2 de junio), debiendo ser incluido el interés en la preservación de este otro derecho en la ponderación previa a la adopción de una decisión.

Tratando de concretar esta idea en el caso que nos ocupa, hemos de recordar, en primer lugar, que el derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento constituye una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho (STC 299/1994, de 14 de noviembre, FJ 3), la primera de las garantías de un proceso justo «sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso» (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3). Y hemos de recordar asimismo, en segundo lugar, que la recusación es un instrumento procesal orientado a preservar este derecho, evitando la materialización de su vulneración, y, en principio, idóneo para ello. Por tanto, en la interpretación judicial de los requisitos procesales formales que pueden determinar la inadmisión de un incidente de recusación, los órganos judiciales deben tener presente que la cuestión de fondo suscitada atañe al derecho fundamental al juez imparcial y que con la decisión de inadmisión se omite la realización de un control posible de carácter preventivo acerca de la imparcialidad del Juez o Tribunal cuestionado.

En este sentido hemos afirmado en la STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3, tratándose del deber de motivación reforzado respecto de las resoluciones judiciales que se conectan con un derecho fundamental (cual es el caso respecto del derecho al juez imparcial), que «en cuanto al contenido de la fundamentación, la limitación o restricción de derechos fundamentales requiere que el razonamiento “respete el contenido constitucionalmente garantizado” del derecho fundamental (STC 33/1999, de 8 de marzo, FJ 2)», y que por ello «resulta necesario que se exprese el juicio de ponderación entre los valores y derechos en juego en cada caso, “haciendo efectiva la exigencia de proporcionalidad” (STC 123/1997, de 1 de julio, FJ 3)».

Sentados los anteriores extremos deben ser examinadas separadamente las dos causas de recusación alegadas, pues su sustrato fáctico es radicalmente diferente y ello podría tener consecuencias en cuanto a la valoración de la decisión de inadmisión.

2. Por lo que respecta a la falta de imparcialidad subjetiva, atribuida a uno de los Magistrados por supuesta amistad con un Letrado de la otra parte, creo que procede su desestimación tanto por la extemporaneidad en su planteamiento como por la total falta de fundamento de la misma *prima facie*, por carecer de base legal o real.

Para valorar la conformidad constitucional de la decisión de inadmisión de esta causa de recusación ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que tanto en el escrito de recusación como en la propia demanda de amparo se reconoce que las dudas sobre la imparcialidad del Magistrado recusado surgen al conocer la composición de la Sala competente para admitir la querrela a trámite (esto es, un año antes del planteamiento del incidente), y que los elementos en los que se funda esa duda los conocía con anterioridad, desde la etapa en que fue Vocal del Consejo General del Poder Judicial, por lo que, según manifiesta el ahora recurrente, varias veces estuvo dispuesto a formular recusación. Por tanto parece fuera de toda duda que el conocimiento de la causa de recusación que se alega era muy anterior al pleito y que no se interpuso al inicio del mismo, sino sólo una vez abierto el juicio oral.

En segundo lugar, el planteamiento de la recusación por esta causa al comienzo del pleito parece una exigencia razonable, teniendo en cuenta que la causa, de concurrir, tendría relevancia material desde el primer momento, pues la garantía de imparcialidad es exigible también durante la fase de instrucción (SSTC 69/2001, de 17 de marzo, FJ 21; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2), por lo que la falta de imparcialidad subjetiva de este Magistrado (cuya causa se conoce con anterioridad al pleito y de la que se duda desde el primer momento) le hubiera inhabilitado para actuar en cualquiera de las fases del proceso.

Por último ha de tenerse en cuenta que la Sala Especial del Tribunal Supremo no sólo tiene en cuenta la extemporaneidad en el planteamiento de la recusación, sino que sostiene además que la causa alegada puede carecer en principio de toda base real o legal, esto es, afirma la falta de fundamento *prima facie* del motivo de recusación alegado, lo que —al igual que afirmamos en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 6— excluiría el efecto material de indefensión y, por otra parte, permite sostener que la decisión ha tenido en cuenta la inexistencia de efecto derivado sobre el derecho al juez imparcial.

Por todo ello, respecto de esta causa de recusación, la decisión de inadmisión del incidente de recusación ha de considerarse conforme a las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en relación con el derecho al juez imparcial.

3. Por lo que respecta a la denuncia de falta de imparcialidad objetiva del Tribunal por haber dictado determinadas resoluciones en fases procesales anteriores nuestra conclusión debe ser otra.

Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que lo materialmente relevante a efectos de la recusación planteada (y de la preservación de la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento a que la misma se orienta) es el hecho de que los Magistrados que dictaron las resoluciones que, al entender del recurrente, fundamentan el temor de parcialidad sean los mismos Magistrados que han de constituir el Tribunal enjuiciador.

Pues bien, la decisión de que se va a producir el enjuiciamiento se adopta mediante el Auto de 3 de febre-

ro de 1999, notificado al recurrente el día 5 de febrero, que confirma el de conclusión del sumario y decide abrir el juicio oral. Por ello parece razonable entender —como hizo el recurrente— que el momento materialmente relevante para estimar que concurría la causa de recusación es el de la apertura del juicio oral. Dicho de otro modo, no puede exigirse que la recusación se formule antes de que se conozca si va a abrirse o no el juicio oral, pues es entonces cuando el interesado sabe si va a ser o no enjuiciado.

A ello no puede oponerse, como argumento del conocimiento de la causa de recusación, el que el recurrente, mediante escrito de 16 de noviembre de 1998, según dice el Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, hubiera sugerido «la misma [la recusación] sin plantearla en forma», pues en ese escrito lo que se solicita, con cita de la STEDH en el caso *Castillo-Algar*, es que los tres Magistrados que dictaron el Auto de confirmación del de procesamiento se apartaran del conocimiento de la causa, pero en un momento procesal en el que —conforme a lo anteriormente expuesto— no existía aún constancia de que el juicio fuera a celebrarse ni, por tanto, de que esos tres Magistrados, que se habrían contaminado al dictar el Auto de confirmación del de procesamiento, fueran efectivamente a enjuiciarlo, pues tal constancia sólo existe desde que se dicta el Auto de 3 de febrero de 1999. Por tanto, del escrito del recurrente de fecha 16 de noviembre de 1998 tan solo se desprende que conocía la jurisprudencia del Tribunal Europeo y que solicita la abstención de los Magistrados en un momento en el que —conforme a un entendimiento de la normativa procesal que puede calificarse de razonable— aún no procedía plantear la recusación.

4. Ahora bien, de la argumentación del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo se desprende como primer y fundamental reproche a la conducta del recurrente el que, en vez de plantear inmediatamente la recusación tras conocer el Auto de apertura del juicio oral, lo recurrió en súplica, por lo que, conforme a lo establecido ahora en el art. 223.1 LOPJ, la recusación no se habría interpuesto «tan luego» como se tuvo conocimiento de la causa en que se fundaba.

Ciertamente, una vez dictado el Auto de apertura del juicio oral, el mismo se recurre en súplica, reiterando la petición de que se acuerde el sobreseimiento libre de la causa. Este recurso es desestimado mediante Auto de 19 de febrero de 1999, en cuya parte dispositiva se establece que contra la resolución recurrida no cabía recurso alguno, argumentándose en los razonamientos jurídicos que, pese a que del tenor literal del art. 236 LECrim parece desprenderse que contra todos los Autos de los Tribunales criminales cabe recurso de súplica, «ello se ve desmentido por una interpretación histórica y contextual del texto». Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ni ese Auto que desestima el recurso de súplica, ni, por supuesto, la resolución que previamente le había dado curso afirman expresamente que el planteamiento de este recurso fuera manifiestamente improcedente y representara un alargamiento artificial y fraudulento del plazo para interponer la recusación.

Por tanto, teniendo en cuenta que la improcedencia del recurso de súplica intentado no se deriva de manera clara, terminante e inequívoca de la ley (pues no existe un precepto legal que lo excluya de manera inequívoca, como reconoce el propio Auto que lo desestima) y que en el Auto recurrido —o en la diligencia de notificación del mismo— no se establecía que fuera firme y no cupiera frente a él recurso alguno, se puede concluir que la actuación del recurrente no revela la existencia de ánimo dilatorio o de un comportamiento contrario al deber de lealtad procesal, sino un entendimiento posible de la legalidad procesal, conforme al cual el Auto de apertura del juicio

oral sólo adquiere firmeza cuando se resuelve el recurso de súplica, mediante Auto de 19 de febrero de 1999, notificado el día 24 de febrero. Y es precisamente al día siguiente de esta notificación cuando se formaliza la recusación.

5. En consecuencia, y a partir de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que ante una regulación legal que no es inequívoca y un comportamiento procesal del recurrente del que no se desprende la existencia de pasividad o negligencia, ni una actuación intencionadamente dilatoria o fraudulenta, la desestimación del incidente de recusación por extemporáneo se produce a partir de una interpretación de la legalidad procesal (frente a otras igualmente posibles que hubieran permitido el enjuiciamiento de fondo) que no ha tenido en cuenta, en los términos en que le era constitucionalmente exigible, que estaba en juego la preservación del derecho fundamental a la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento.

La constatación de que efectivamente se encontraba en juego el derecho al juez imparcial y de que la desestimación por extemporáneo del incidente, al impedir un control de fondo, posibilitaba o facilitaba la eventual vulneración del mismo puede constatarse en el presente caso teniendo en cuenta especialmente dos datos.

En primer lugar, que nos encontramos ante una causa de recusación que no se estima *prima facie* inexistente, ilusoria o arbitraria por el órgano judicial (lo que hubiera puesto de relieve una actuación del recurrente contraria al deber de actuar con probidad en el proceso, art. 11.2 LOPJ). Es de interés resaltar al respecto que, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, SSTEDH 17 de enero de 1970, caso *Delcourt c. Bélgica*, § 31; de 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*, § 26; de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt c. Dinamarca*, § 48; 28 de octubre de 1998, caso *Castillo Algar c. España*, § 45; 25 de julio de 2000, caso *Tierce y otros c. San Marino*, § 76) y ha asumido nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 6), en el ámbito de la imparcialidad objetiva incluso las apariencias son importantes, pues lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, lo que determina que cualquier juez respecto del que exista una razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe ser apartado del asunto, si bien el punto de vista decisivo no es el del acusado, sino que su temor ha de estar objetivamente justificado.

En segundo lugar, que con la decisión de inadmisión se impedía, en las circunstancias del caso concreto, cualquier pronunciamiento de fondo por un Tribunal distinto al cuestionado sobre la falta de imparcialidad de la Sala de enjuiciamiento, lo que hace especialmente graves para el derecho fundamental en juego las consecuencias de la declaración de extemporaneidad. En efecto, aunque la cuestión podía y fue planteada de nuevo como cuestión previa antes del comienzo del juicio, con ello sólo se obtuvo una respuesta de los propios recusados acerca de su imparcialidad, y tampoco era posible en este caso hacer valer la disconformidad contra esta resolución a través de los recursos contra las resoluciones de fondo, dado que se juzgaba en única instancia.

Por todo ello, y teniendo en cuenta la doctrina expresada en el apartado primero de esta exposición, ha de concluirse que la decisión de la Sala Especial del Tribunal Supremo de desestimar el incidente de recusación por extemporáneo, en relación con la denunciada falta de imparcialidad objetiva de la Sala que habría de llevar a cabo el enjuiciamiento, vulnera las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.1 CE en relación con

el derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial, como garantía esencial de un proceso justo (art. 24.2 CE).

6. La apreciación de una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la decisión de desestimar por extemporáneo el incidente de recusación en lo relativo a la falta de imparcialidad objetiva, no debe comportar en el caso la retroacción de actuaciones, previa anulación del Auto de la Sala Especial del Tribunal Supremo, a fin de que dicha Sala Especial se pronunciara sobre el fondo de esta cuestión. Y ello por las propias peculiaridades del presente caso.

En primer lugar, porque, a la vista de la actuación procesal del recurrente ante la jurisdicción ordinaria (solicitando la abstención de los Magistrados en su escrito de 16 de noviembre de 1998, formulando el incidente de recusación y planteando posteriormente la falta de imparcialidad como cuestión previa en el juicio) puede afirmarse que queda salvada la subsidiariedad del recurso de amparo.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta el carácter instrumental del incidente de recusación en cuya tramitación se produce la vulneración en relación con la preservación del derecho a la imparcialidad del juzgador. La razón de ser de dicho incidente es de carácter preventivo: se articula para evitar que el Tribunal sobre el que recaen sospechas de parcialidad derivadas de su intervención en la fase de instrucción realice el enjuiciamiento. Siendo así, y resultando imposible en este momento —una vez juzgado y condenado el ahora demandante de amparo— que tal efecto preventivo se despliegue, carecería de toda eficacia material reabrir el incidente de recusación, pues la posible contaminación de la Sala de enjuiciamiento, de existir, ya no puede prevenirse, sino tan sólo repararse.

Tal reparación es lo que el demandante de amparo solicita de este Tribunal, al denunciar la vulneración del derecho al juez imparcial como parte del derecho a un proceso justo o con todas las garantías. Una negativa nuestra en tales circunstancias a un pronunciamiento de fondo, alegando la subsidiariedad del amparo, constituiría una aplicación rigorista y puramente formal de nuestros presupuestos procesales de enjuiciamiento, carente de justificación material, que dilataría el proceso y la reparación de la lesión eventualmente producida más allá de lo admisible, reabriendo un trámite procesal ya innecesario.

7. Es doctrina reiterada de este Tribunal —por todas, SSTC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 4; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2— que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial forma parte de las garantías del proceso debido, reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE y en el art. 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

De la imparcialidad objetiva hemos afirmado que su sentido constitucional no es otro que asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de una causa se acerquen a la misma «sin prevenciones ni prejuicios en su ánimo, que pudieran quizás existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso» (STC 157/1993, de 6 de mayo).

Nuestra jurisprudencia ha establecido, como reglas constitucionalmente exigidas, la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación (SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 6; 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1; 180/1991, de 23 de septiembre, FJ 6; 56/1994, de 24 de febrero, FJ 6), o entre las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (entre otras, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 4; 145/1988, de 12 de julio, FFJJ 5 y 7; 11/1989,

de 24 de enero, FJ 2; 106/1989, de 8 de junio, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3).

Por otra parte, y a los efectos que aquí interesan, al margen de los supuestos de realización de actividades de instrucción en sentido estricto, nuestra jurisprudencia ha asumido la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (desde STEDH de 24 de mayo de 1989, caso *Hauschildt c. Dinamarca*, § 52), conforme a la cual quiebra la imparcialidad en aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad. Muestra de ello son, entre otras, las SSTC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5, 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4, y 310/2000, de 18 de diciembre, FFJJ 4 y 5.

Por el contrario, hemos afirmado que no comprometen la imparcialidad judicial aquellas actividades de ordenación formal del proceso (STC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5, a contrario), de carácter estrictamente jurisdiccional (STC 162/1999, de 27 de septiembre, respecto de la admisión a trámite de una querrela) o de contenido estrictamente técnico-jurídico, no comparables a la actividad investigadora o inquisitiva, ni susceptibles de generar prejuicio alguno sobre la culpabilidad. Cabe citar, en el último de los sentidos mencionados, las SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 12, y 52/2001, de 26 de febrero, FJ 6.

En todo caso, del repaso casuístico de nuestra jurisprudencia se desprende que la exigencia de imparcialidad objetiva del órgano de enjuiciamiento no implica que cualquier actuación jurisdiccional previa conectada con la causa determine la pérdida de la misma, sino que ello se producirá, por una parte, en aquellos casos en que se hayan realizado por quien ha de enjuiciar actividades de instrucción en sentido estricto (esto es, que impliquen una actuación investigadora o inquisitiva sobre los hechos en relación con una determinada persona), que puedan generar en el juzgador un prejuicio sobre el acusado, y, por otra, cuando se hayan realizado otras actuaciones procesales que impliquen la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, aunque sea de carácter indiciario o provisional.

Por lo demás, tal valoración de la actuación judicial previa no puede ser realizada en abstracto, en atención al tipo de actividad jurisdiccional llevada a cabo, sino en cada caso concreto y en atención a la concreta actuación del órgano judicial.

8. Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al margen de lo ya expuesto, ha de recordarse —como ya hiciéramos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 4— que si bien inicialmente (SSTEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack c. Bélgica*, y 26 de octubre de 1984, caso *De Cubber c. Bélgica*) parece estimarse siempre contrario al art. 6.1 del Convenio la previa asunción por el juez decisor de cualquier tipo de actividad instructora, desde la STEDH de 24 de mayo de 1989 (caso *Hauschildt contra Dinamarca*, § 50), el Tribunal ha convertido esa regla en excepción, afirmando expresamente y con carácter general la diferente naturaleza de las cuestiones a las que el juez tiene que responder cuando toma decisiones previas al enjuiciamiento y aquellas que son decisivas para la formulación de un juicio de culpabilidad definitivo, por lo que el simple hecho de que un juez haya adoptado decisiones previas al enjuiciamiento no puede, en sí mismo, justificar las aprensiones en cuanto a su imparcialidad, sino que ello depende de las circunstancias del caso.

En la STEDH de 28 de octubre de 1998, caso *Castillo Algar c. España*, citada por el recurrente, se estimó la lesión del derecho a un juez imparcial porque dos miembros del Tribunal sentenciador formaron parte de la Sala

que rechazó el recurso del demandante contra su procesamiento, afirmando que «los términos empleados por la Sala del Tribunal Militar Central ... podían fácilmente llevar a pensar que hacía suyo el punto de vista adoptado por el Tribunal Supremo ... según el cual existían indicios suficientes que permitían concluir que se había cometido un delito militar» (§ 48).

No obstante, la posterior Resolución de 2 de marzo de 2002 (caso *Garrido Guerrero c. España*) inadmite una demanda relativa a un caso en el que un miembro del Tribunal sentenciador había participado en actos de investigación como juez instructor y otro había formado parte de la Sala que rechazó el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento. Citando expresamente la Sentencia del caso Castillo Algar, insiste en que la cuestión de si pueden considerarse objetivamente justificadas las dudas sobre la parcialidad contra un juez que ha formado parte de la Sala que revisó el Auto de procesamiento «varía según las circunstancias de la causa», constatando que «en el presente caso, el Tribunal de apelación tuvo mucho cuidado de precisar los límites del acto de inculpación como resolución formal y provisional, no prejuzgando en nada el desenlace del litigio, ni en cuanto a la calificación de los hechos que se discutían ni en cuanto a la culpabilidad del imputado», ante lo cual entiende que los temores de falta de imparcialidad del recurrente no están objetivamente justificados.

Y, más recientemente, la STEDH de 25 de julio de 2002 (caso *Perote Pellón c. España*), de nuevo en atención a las peculiares circunstancias del caso, declara objetivamente justificados los temores del demandante acerca de la falta de imparcialidad del Tribunal sentenciador.

Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se deduce la inexistencia de un criterio general inequívoco acerca de esta cuestión, que pueda conectarse con la existencia de un cierto tipo de actividad jurisdiccional llevada a cabo durante la fase previa, considerada en abstracto. El Tribunal apela continuamente a las circunstancias del caso (entre las que se tiene en cuenta el tipo de sistema judicial, la naturaleza y alcance de las decisiones y, especialmente, los términos empleados en el pronunciamiento previamente emitido), por lo que puede afirmarse que sólo a partir del examen de la concreta actuación del órgano judicial en cada supuesto puede determinarse si las sospechas de parcialidad aparecen o no como objetivamente justificadas, en la medida en que dicho pronunciamiento esté próximo o sea equiparable a la declaración formal de culpabilidad y, por tanto, pueda considerarse una anticipación de la misma.

9. La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta nos obliga a examinar cuáles han sido los concretos pronunciamientos emitidos durante la fase de instrucción por una Sala total o parcialmente idéntica a la que dictó la Sentencia condenatoria. Y ello para establecer si estaba o no objetivamente justificado el temor de parcialidad sustentado por el ahora recurrente en amparo.

El demandante de amparo cita cinco resoluciones judiciales que habrían determinado la contaminación del órgano de enjuiciamiento, que pueden agruparse en tres bloques, en atención a la naturaleza y alcance de los pronunciamientos. En primer lugar, dos Autos relativos a la admisión a trámite de la querrela: el Auto de 19 de febrero de 1998, por el que se acuerda la admisión a trámite de la querrela y el de 16 de marzo de 1998 que confirma en súplica el anterior. En segundo lugar, el Auto de 3 de noviembre de 1998, en el que se desestima el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento. En tercer lugar, los Autos de 3 de febrero de 1999, que confirma el de conclusión del sumario,

deniega el sobreseimiento libre solicitado tanto por el ahora demandante de amparo como por el Ministerio Fiscal y acuerda la apertura del juicio oral, y el de 19 de enero de 1999, que desestima el recurso de súplica interpuesto contra el anterior.

10. Por lo que se refiere a la decisión de admitir la querrela a trámite, el Auto de 19 de febrero de 1998 fue dictado por una Sala en la que dos de sus tres miembros formaron parte de la Sala de enjuiciamiento. En su razonamiento jurídico tercero, tras resumir los hechos que en la querrela interpuesta se reputan como conducta prevaricadora del querrellado, se afirma lo siguiente: «De cuanto hemos expuesto surge una oposición tan extrema entre lo sostenido por el Juez querrellado y el Tribunal que entendió en los recursos contra sus resoluciones que los datos revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código penal como “resoluciones injustas”, lo que determina la admisión de la querrela y apertura de la instrucción».

Como dijimos en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 6, en nuestro sistema legal la admisión a trámite de una querrela «no es un acto de parte, sino un acto jurisdiccional», que se encuentra «sometido a previsión legal, por más que ésta exprese únicamente los casos en que no procede la admisión a trámite» y respecto del que el órgano judicial competente «tiene... muy escaso margen de decisión», limitándose las posibilidades legales de desestimación, conforme al art. 313 LECrim, a los casos en que «los hechos en que se funde no constituyan delito». Por ello, también hemos afirmado en dicha Sentencia que «el juicio que se expresa en la resolución por la que se admite a trámite una querrela es claramente distinto del razonamiento fáctico y jurídico que permite afirmar, más allá de toda duda razonable, que unos hechos previstos por la ley como delito han sido cometidos por un acusado», de modo que «la disimilitud de juicios y el carácter estrictamente jurisdiccional de la actividad procesal realizada impiden considerar fundada cualquier duda que pueda expresarse sobre los Magistrados encargados del enjuiciamiento si deriva del hecho de haber admitido a trámite previamente la denuncia o querrela que inició la fase preliminar del proceso penal».

Desde esa configuración legal y constitucional de la admisión a trámite de la querrela han de valorarse los concretos pronunciamientos de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que realiza una primera valoración tan solo de la calificación jurídica que el querellante da a los hechos, afirmando que los mismos «revisten apariencia delictiva a los efectos del art. 446 del Código penal como “resoluciones injustas”». Con ello, el Tribunal se limita a excluir la posibilidad legal de desestimación de la querrela (que los hechos en que se funda no sean constitutivos de delito), formulando un juicio acerca de la apariencia delictiva de los mismos sobre la base de la calificación jurídica llevada a cabo por el querellante, sin prejuzgar ni su existencia, ni la calificación que de los mismos pudiera realizar el Tribunal, ni su posible atribución al querrellado, lo que no puede considerarse la anticipación del juicio de culpabilidad definitivo.

Por tanto, ni de la naturaleza y alcance de la decisión, ni de los concretos pronunciamientos de la Sala puede deducirse la pérdida de imparcialidad objetiva de dos de los Magistrados que la adoptaron y que posteriormente formaron la Sala que dictó la Sentencia condenatoria. Esta conclusión ha de extenderse al Auto de 16 de marzo de 1998, dictado por la misma Sala, desestimatorio del recurso de súplica formulado contra el anterior.

11. Examinaremos a continuación el Auto de 3 de noviembre de 1998, que desestima el recurso de ape-

lación formulado contra el Auto de procesamiento, de fecha 16 de junio de 1998.

Esta resolución fue adoptada por una Sala compuesta por los mismos Magistrados que componían la Sala que luego había de dictar la Sentencia condenatoria. En el razonamiento jurídico primero se dice lo siguiente: «Antes de considerar el fondo del asunto la Sala estima necesario establecer que el presente Auto se limita, por su naturaleza, a la comprobación de tres extremos: a) verificación de la legalidad de las pruebas obtenidas; b) comprobación del respeto del derecho de defensa; c) constatación de que la aplicación provisional de derecho contenida en el Auto de procesamiento no es manifiestamente incorrecta. Estos límites del Auto que resuelve esta apelación están impuestos por el objeto del recurso de apelación del Auto de procesamiento. En efecto, se trata de una decisión de carácter provisorio, que no prejuzga la culpabilidad del procesado, sino que se limita a la comprobación de la consistencia de la querrela o denuncia con la que se inicia el procedimiento». Y, tras analizar los hechos que sirven de base a la querrela, se insiste —en el razonamiento jurídico sexto— en que «rechazar el recurso y mantener el Auto de procesamiento en su totalidad no supone prejuzgar la cuestión sometida a debate, sino simplemente considerar que en los hechos descritos e inicialmente probados se reúnen los elementos de juicio que la ley requiere para la medida adoptada por el Excmo. Sr. Instructor respecto del presunto delito de prevaricación».

Con tales afirmaciones y consideraciones la Sala procura precisar los límites de su actuación, destacando que, a diferencia de lo que ocurre en el Auto de procesamiento —que constituye un acto formal de imputación, dictado por el Juez instructor, cuyo presupuesto es la existencia de «algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona» (art. 384 LECrim), lo que exige la formulación de un juicio positivo, aunque de carácter provisional, acerca de la existencia de fundadas sospechas de la participación del procesado en el hecho punible— el Auto que lo confirma en apelación puede limitarse a realizar un examen estrictamente técnico de la correcta aplicación de la legalidad por parte del órgano instructor, sin exteriorizar juicio alguno propio acerca de la calificación de los hechos o la culpabilidad del acusado o, en palabras del Tribunal Europeo, sin hacer suyas las afirmaciones vertidas en el Auto recurrido.

No obstante lo relevante no es que la Sala al resolver la apelación contra el procesamiento hubiera podido limitarse a realizar tales constataciones, sino si efectivamente lo hizo, lo cual ha de negarse en el presente caso. En efecto, tras resolver en el razonamiento jurídico tercero las cuestiones previas planteadas por el recurrente que afectarían a su derecho de defensa (sobre el procedimiento seguido, el principio *non bis in idem* y la denegación de medidas sumariales) y concluir que lo actuado es correcto, en el razonamiento jurídico quinto el Auto pasa a examinar «las tres acciones y los hechos de que proceden que han sido consideradas como presuntamente prevaricadoras en el auto de procesamiento, para constatar si la aplicación del derecho que en el mismo se hace no resulta manifiestamente incorrecta», analizando los delitos imputados y realizando una serie de afirmaciones que van más allá de lo inicialmente anunciado, según se expone a continuación.

12. En relación con el primero de los delitos imputados (reimplantación del secreto del sumario por Auto de 15 de mayo de 1997, tras haber sido revocado el Auto de 27 de febrero de 1997, en el que se había decretado inicialmente el secreto, por entender la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que el secreto era «innecesario, irrazonable y desproporcionado») se dice

lo siguiente: «Un Auto que ha merecido una censura tan categórica por parte del Tribunal superior que intervino en la apelación y cuyos efectos sobre el derecho de defensa de las personas inculpadas en el procedimiento no pueden ser considerados irrelevantes, presenta indicios racionales de criminalidad. Como se dijo, la defensa parece alegar, básicamente, que la conformidad del Fiscal tendría los efectos de una causa de justificación. Pero lo cierto es que tal causa de justificación no existe en nuestro ordenamiento jurídico. La posibilidad de que la conformidad del Ministerio Fiscal tenga algún otro efecto sobre los hechos tendría que ser, por lo tanto, analizada dentro del contexto de todas las circunstancias que se acrediten en el juicio oral. Lo mismo cabe decir respecto del argumento del Ministerio Fiscal que, admitiendo la reprobabilidad objetiva de la conducta del Sr. Juez procesado, consideró, sin embargo, que éste habría obrado por “empecinamiento”. Pero el estado de ánimo exaltado en el que se habrían dictado los Autos no tiene en la ley penal vigente efectos excluyentes de la pena, como lo demuestra el art. 21.3 CP, sin perjuicio de que el Ilmo. Sr. Juez procesado hasta ahora nunca alegó tal excusa».

En cuanto al segundo de los delitos objeto de procesamiento, relativo al Auto de 28 de febrero de 1997, por el que se prohibía a los querrelados ausentarse del territorio nacional sin autorización judicial, dejado sin efecto por Auto de la Sala de 7 de mayo de 1997, se afirma: «El Auto de 28 de febrero de 1997 también fue censurado por la Audiencia de manera semejante a lo ocurrido con el anterior. Por lo tanto, también en este caso existen indicios de criminalidad, dado que el Tribunal superior que intervino en la apelación y la Secretaría Técnica de la Fiscalía entendieron en su día que los hechos que daban lugar a la instrucción no eran constitutivos de delito, no obstante lo cual, mediante Auto de 28 de febrero de 1997 se afectaba a un derecho fundamental. Un Auto que afecta derechos fundamentales, dictado a propósito de hechos cuyo carácter delictivo ha sido categóricamente negado por un Tribunal, coincidiendo en ello con la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, requiere que se discuta en un proceso la posibilidad o no de que haya sido una resolución injusta en los términos del art. 446.3 CP».

Por último, respecto del tercero de los delitos imputados, concretado en el Auto de 26 de junio de 1997, que acordó la libertad provisional de uno de los denunciados, previa prestación de fianza de doscientos millores de pesetas, se afirma simplemente, tras resumir los antecedentes de hecho que dieron al lugar al procesamiento, que «aquí también y aunque sea con carácter presuntivo de criminalidad, se conjugan los requisitos que justifican el Auto de procesamiento».

13. Los concretos términos empleados en la resolución judicial ahora cuestionada ponen de manifiesto —como destaca el Ministerio Fiscal— que ésta no se limita a la realización de un control formal o externo de la correcta aplicación del derecho por parte del instructor, según lo afirmado en su razonamiento jurídico primero, sino que se lleva a cabo un análisis propio de los hechos imputados y una valoración autónoma de los mismos como constitutivos de indicios racionales de criminalidad, que va más allá de la efectuada en el propio Auto de procesamiento y del que lo confirma en reforma, y que supone la exteriorización de un juicio anticipado de culpabilidad, si bien de carácter indiciario o provisional.

En efecto, la simple lectura de los fragmentos del Auto que acaban de transcribirse, en contraste con las resoluciones que lo preceden, permite constatar que se afirma expresamente respecto de los hechos analizados

la existencia de indicios racionales de criminalidad, introduciendo determinados elementos fácticos que sirven de base a tal valoración autónoma (por ejemplo, la censura «tan categórica» por parte del Tribunal superior y la irrelevancia de la conformidad del Ministerio Fiscal, respecto de los Autos relativos al secreto del sumario; o las referencias a que el Tribunal superior y la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado negaron «categóricamente» el carácter delictivo de los hechos que se investigaban, pese a lo cual el recurrente dictó un Auto en el que prohibía a los querrelados la salida del territorio nacional). E incluso —respecto del primero de los delitos— se realizan consideraciones sobre causas de justificación o sobre si tiene o no eficacia excluyente de la pena el «estado de ánimo exaltado» en el que se habrían dictado los Autos, con cita de un precepto del Código penal en el que se regulan las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal.

Tal esfuerzo argumental, sin duda encomiable desde el punto de vista de la motivación exigida a las resoluciones judiciales, pone de relieve la adquisición por la Sala de una convicción anticipada acerca de la concurrencia, siquiera indiciaria o provisional, de los elementos del delito imputado, así como de algunas cuestiones relativas a la antijuridicidad y la culpabilidad de la conducta del acusado.

14. Por lo demás, la adquisición de una convicción anticipada acerca de tales cuestiones o de la concurrencia o no de los elementos del delito, a través de la resolución del recurso contra el Auto de procesamiento, era casi inevitable en las circunstancias del caso concreto, a la vista del tipo de delito y de la relativa simplicidad de la materia enjuiciada.

En efecto, ha de tenerse en cuenta que nos encontramos ante un delito de prevaricación del art. 446 CP, en el que la conducta típica consiste en que un Juez o Magistrado dicte, a sabiendas, una Sentencia o resolución injusta. Dado que está fuera de toda duda que las resoluciones cuya justicia se cuestiona existen y fueron dictadas por el Magistrado procesado, las cuestiones de fondo a resolver en el enjuiciamiento definitivo se referían exclusivamente a la valoración acerca de si las mismas eran objetivamente injustas, si se dictaron a sabiendas de su injusticia y si existía alguna causa que permitiera excluir la responsabilidad penal. Por otra parte, las resoluciones presuntamente prevaricadoras no abordaban materias técnicamente muy complejas, sino que se referían a la adopción de ciertas medidas cautelares, ya mencionadas, en la instrucción de una causa penal. Siendo ello así, puede afirmarse que el contacto directo e inmediato de la Sala con las resoluciones presuntamente injustas, mediante su lectura y estudio, y con todo el material aportado para la resolución del recurso de apelación contra el Auto de procesamiento determinaba, casi de forma necesaria, que un experto en Derecho adoptase una toma de postura y se formase un juicio previo propio (si bien de carácter indiciario y provisional) acerca de la justicia o injusticia de las resoluciones y del carácter doloso o no con que las mismas se dictaron. Máxime si, como se desprende de las afirmaciones vertidas en la Sentencia de 15 de octubre de 1999, al realizar el enjuiciamiento definitivo de los hechos, la injusticia de las resoluciones era evidente y perceptible por cualquiera. Ello se pone de manifiesto especialmente en relación con los Autos de 28 de febrero y 26 de junio de 1997.

15. Respecto del Auto de 28 de febrero de 1997, relativo a la prohibición de salir del territorio nacional sin autorización judicial, tras señalar inicialmente la Sentencia que «la decisión que prohibía la salida de España a algunos inculcados no fue motivada en ningún razo-

namiento jurídico del citado Auto», se sostiene que «se trata de una ilegalidad que cualquiera podría percibir: cualquiera que sepa castellano y lea el art. 486 LECr sabe que si el Juez sólo podía citar al imputado para oírlo, no podía omitir citarlo y privarlo de su derecho al art. 19 CE cuando —se insiste— no tenía en la causa ningún elemento que corroborara los hechos denunciados. La contradicción con la norma es tan clara que resulta, por ello, manifiesta, llamativa e incluso grosera».

Y en relación con el Auto de 26 de junio de 1997, por el que se acuerda la libertad bajo fianza del Sr. de Polanco, tras una serie de consideraciones relativas al contenido del Auto y a la LECrim, entre ellas que «en el presente caso, el Juez había afirmado que no existía interés del inculcado para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial», se afirma lo siguiente: «También en este caso es evidente que la injusticia del Auto puede ser percibida por cualquier persona, aunque sea lego en derecho, toda vez que el apartamiento de las normas constitucionales, legales e inclusive de la Instrucción 1/88 de la Fiscalía General del Estado es manifiesta. Cualquiera puede comprobar que si estas normas condicionan las medidas al peligro de incomparecencia o fuga y el propio Juez afirma que tal peligro no existe, la limitación de derechos fundamentales carece palmariamente de todo apoyo en la ley y es merecedora de los adjetivos de “manifiestamente ilegal”, de “flagrante”, etc. Nadie podrá negar seriamente que una fianza de 200.000.000 de pesetas impuesta para afianzar un peligro inexistente es totalmente desproporcionada».

Pues bien, si en la valoración de los propios Magistrados (expresada al realizar el enjuiciamiento definitivo de los hechos) la injusticia de las resoluciones era tan fácilmente perceptible, la conclusión no puede ser otra sino que el primer contacto con los citados Autos, su lectura y estudio para resolver el recurso de apelación contra el Auto de procesamiento, no por un lego en Derecho, sino por esos mismo Magistrados del Tribunal Supremo, debió determinar en ellos la formación de un juicio previo acerca de la ilegalidad de dichos Autos y de que el Juez había obrado a sabiendas de la misma.

Tal juicio, pese a su provisionalidad (algo que la Sala insiste en afirmar, así como la necesidad de que las cuestiones planteadas se discutan en el acto del juicio oral, lo que no puede ser de otro modo, dado el momento procesal en que se dicta el Auto que resuelve el recurso de apelación contra el procesamiento), no tiene carácter meramente formal o externo, sino que es un juicio sobre el fondo de las cuestiones a enjuiciar posteriormente.

16. Siendo así, ha de concluirse —conforme a nuestra doctrina y a la del Tribunal Europeo— que hay razones objetivas para entender que con dicha resolución la Sala adquirió una convicción provisional y anticipada sobre la existencia del delito imputado y la culpabilidad del recurrente, por lo que el temor de éste acerca de la posible falta de imparcialidad de dicha Sala para llevar a cabo la labor de enjuiciamiento resultaba objetivamente justificado. Y al ser dictada la Sentencia condenatoria, de fecha 15 de octubre de 1999, por el mismo Tribunal que había dictado el expresado Auto de 3 de noviembre de 1998, se causó la vulneración del derecho del recurrente a ser juzgado por un Tribunal imparcial, que se incluye en el contenido propio del derecho a un proceso con todas las garantías, que prevé el art. 24.2 CE.

17. Por todo lo expuesto entiendo que debió ser otorgado parcialmente el amparo solicitado por don Francisco Javier Gómez de Liaño y Botella y, en consecuencia, declarar que se vulneraron sus derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, en su manifestación del derecho

a ser juzgado por un Tribunal imparcial, con la consiguiente anulación del Auto que inadmitió la recusación y de la Sentencia impugnada de 15 de octubre de 1999, y con retroacción de actuaciones para un nuevo enjuiciamiento.

Madrid, a diecinueve de diciembre de dos mil tres.—Pablo Cachón Villar.—Firmado y rubricado.

**1062** *Pleno. Sentencia 230/2003, de 18 de diciembre de 2003. Conflicto positivo de competencia 5471-2003. Promovido por el Consejo de Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra la Resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo de 25 de julio de 2003, que se prorroga las ayudas para planes de formación continua de trabajadores, convocados en 2002, para el ejercicio 2003.*

*Competencias sobre legislación laboral: efectos de las SSTC 95/2002 y 190/2002. Votos particulares.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera, don Roberto García-Calvo y Montiel, don Eugeni Gay Montalvo y don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, Magistrados, ha pronunciado

#### EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el conflicto positivo de competencia núm. 5471-2003, interpuesto por el Letrado de la Generalidad de Cataluña, en representación y defensa de su Consejo de Gobierno, contra la Resolución de 25 de julio de 2003, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se prorrogan las convocatorias de ayudas para planes de formación continua de demanda y de oferta, publicadas en el ejercicio 2002, para la formación continua correspondiente al ejercicio 2003. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado, en representación del Gobierno de la Nación. Ha sido Ponente el Magistrado don Javier Delgado Barrio, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El día 11 de septiembre de 2003, se presenta en el Registro General de este Tribunal escrito del Letrado de la Generalidad de Cataluña, en representación de su Consejo de Gobierno, mediante el cual promueve conflicto positivo de competencia frente a la Resolución de 25 de julio de 2003, de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo, por la que se prorrogan las convocatorias de ayudas para planes de formación continua de demanda y de oferta, publicadas en el ejercicio 2002, para la formación continua correspondiente al ejercicio 2003.

2. En el escrito de formalización del conflicto positivo de competencia se indica cuanto a continuación, sintéticamente, se expone:

a) En primer lugar, la representación procesal de la Generalidad de Cataluña manifiesta que su Consejo

de Gobierno acordó, el día 1 de agosto de 2003, formular requerimiento de incompetencia con el fin de que el Gobierno del Estado dejara sin efecto para Cataluña la Resolución de 25 de julio de 2003, sobre la que ahora se plantea este conflicto positivo de competencia, de manera que se dispusiera la transferencia a la Generalidad de la parte proporcional de los fondos presupuestados, con la finalidad de que sea esta Comunidad Autónoma quien gestione y conceda las ayudas solicitadas por las empresas, organizaciones o entidades de Cataluña.

Una vez transcurrido el plazo legal de un mes sin que el Consejo de Ministros se haya pronunciado de forma expresa, debe entenderse que tal ausencia de respuesta supone el rechazo del requerimiento (art. 63.4 LOTC).

b) A continuación, el Letrado de la Generalidad de Cataluña manifiesta que la STC 95/2002, de 25 de abril, determinó que, en el ámbito de Cataluña, la gestión de la formación continua, así como la concesión de subvenciones para el fomento de la acción formativa corresponde a la Generalidad de Cataluña, declarando contrarios al orden constitucional de competencias determinados puntos del Acuerdo tripartito en materia de formación continua de trabajadores ocupados de 22 de diciembre de 1992, así como el párrafo segundo de la disposición adicional 23 de la Ley 39/1992, de 29 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1993, que ponía a disposición del ente paritario estatal de las representaciones sindicales y empresariales los recursos para la financiación de la formación continua, excluyendo a la Generalidad de su gestión. La doctrina de la STC 95/2002 ha sido reiterada en la STC 190/2002, de 17 de octubre.

De acuerdo con ambas Sentencias, la formación continua de los trabajadores ocupados debe situarse en el ámbito de la materia laboral, sobre la que el Estado dispone de competencia legislativa (art. 149.1.7 CE) y la Generalidad de Cataluña de competencia ejecutiva (art. 11.2 EAC).

La competencia ejecutiva en materia de formación profesional ocupacional, que inicialmente incluía la formación continua de los trabajadores ocupados, fue objeto de traspaso a la Generalidad (Real Decreto 1557/1991, de 18 de octubre). Con todo, el Plan nacional de formación e inserción profesional, aprobado por Real Decreto 631/1993, de 3 de mayo, excluyó de su ámbito la formación de los trabajadores ocupados, al ser ésta objeto del Acuerdo nacional sobre formación continua, suscrito el 16 de diciembre de 1992, por determinadas organizaciones empresariales y sindicales, completado por el posterior Acuerdo tripartito de 22 de diciembre de 1992 entre esas mismas organizaciones y el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Estos Acuerdos supusieron la sustitución del sistema de gestión pública de la formación continua por otro sistema encomendado a los agentes sociales integrados en un ente paritario estatal, excluyendo a la Administración autonómica de dicha gestión.

Con posterioridad, se suscribieron otros dos Acuerdos tripartitos, en fechas 19 de diciembre de 1996 y 19 de diciembre de 2000, que completaban los Acuerdos nacionales de igual fecha, manteniéndose la exclusión de las Comunidades Autónomas del sistema de gestión de la formación continua.

Las convocatorias ahora prorrogadas por la Resolución de 25 de julio de 2003 se amparan en el Acuerdo tripartito de 19 de diciembre de 2000, que desconoce las competencias de la Generalidad de Cataluña reconocidas por los SSTC 95/2002 y 190/2002.

Concretamente, la Resolución impugnada prorroga la convocatoria de ayudas para planes de formación continua de demanda correspondiente al ejercicio de 2002, aprobada mediante Resolución de 13 de junio de 2002,