



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

ABOGACÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO

ABOGACÍA DEL ESTADO ANTE EL TRIBUNAL  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS  
ORGANISMOS INTERNACIONALES COMPETENTES EN  
MATERIA DE SALVAGUARDA DE LOS DERECHOS  
HUMANOS

*TRADUCCIÓN NO OFICIAL REALIZADA POR LOS SERVICIOS DEL  
DEPARTAMENTO DE CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS  
DE LA ABOGACÍA DEL ESTADO*

SECCION TERCERA

**ASUNTO CARDONA SERRAT c. ESPAÑA**

*(Demanda nº 38715/06)*

SENTENCIA

ESTRASBURGO

26 de octubre de 2010

*Esta sentencia devendrá firme en los términos previstos en el párrafo § 2 del artículo 44 del Convenio. Puede sufrir retoques de forma.*



**En el asunto Cardona Serrat c. España,**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección tercera), reunido en sala compuesta por:

Josep Casadevall, *presidente*,

Elisabet Fura,

Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič,

Alvina Gyulumyan,

Ineta Ziemele,

Luis López Guerra, *jueces*,

y de Santiago Quesada, secretario judicial,

Después de haber deliberado a puerta cerrada el 5 de octubre de 2010,

Dictan la siguiente sentencia, adoptada en esta fecha:

**PROCEDIMIENTO**

1. En el origen del asunto se encuentra una demanda (nº 38715/06) dirigida contra el Reino de España, cuyo nacional, M. José Cardona Serrat («el demandante»), ha acudido al Tribunal el 15 de septiembre de 2006 en virtud del artículo 34 de la Convenio de salvaguarda de los derechos humanos y de las libertades fundamentales («el Convenio»).

2. El demandante está representado por Don J. Sánchez Martínez, abogado en Valencia. El gobierno español («el Gobierno») ha estado representado por su agente, Don I. Blasco Lozano, Abogado del Estado-Jefe ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Ministerio de Justicia.

3. El demandante alega que su causa no ha sido examinada equitativamente por un tribunal imparcial. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio.

4. El 24 de octubre de 2008, el presidente de la sección tercera decidió comunicar la demanda al Gobierno. Como permite el artículo 29 § 1 del Convenio, ha decidido además que la Sala se pronunciara al mismo tiempo sobre la admisibilidad y el fondo.

**HECHOS****I. LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO**

5. El demandante nació en 1955. En el momento de la interposición de la demanda, estaba detenida en un centro penitenciario de Valencia.

6. Se instruyó un procedimiento penal ante el juez de instrucción nº 1 de Valencia en contra del demandante así como de otras personas, por los presuntos delitos de abusos sexuales, prostitución y exhibición de pornografía. En el curso de la instrucción El demandante se encontraba en situación de libertad provisional con relación a este procedimiento, pero en prisión debido a otra condena por pornografía y prostitución de menores.

7. Una vez concluida la instrucción, el asunto fue elevado a juicio ante la Audiencia Provincial de Valencia.

8. El 29 de enero de 2002, como consecuencia de una suspensión de la vista oral por razones de salud que concernían al abogado de un coacusado, la fiscalía solicitó que el demandante fuera puesto en prisión provisional comunicada y sin fianza, con el fin de asegurar su presencia en la vista y teniendo en cuenta el carácter delictivo de los hechos.

9. Por un auto del 1 de febrero de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia compuesta por tres jueces ordenó la prisión provisional de El demandante y de otro acusado (R.M.CH.A.), en los siguientes términos:

*«Único: La dilación que viene sufriendo el procedimiento, ajena a la tramitación dependiente de este Tribunal, aconseja adoptar nuevas medidas restrictivas de libertad con el fin de asegurar la presencia en el acto del juicio oral de los dos acusados.*

*La especial naturaleza de los delitos que se les imputan, con la consiguiente alarma que son capaces de producir, pero sobre todo las "dificultades y perturbaciones" que pueden sufrir los testigos de cargo si llegaran a entrar en contacto con los inculcados, obliga a adoptar la prevención solicitada por el Ministerio Fiscal con el fin de garantizar el correcto desarrollo del juicio oral.*

*Concurren pues los requisitos establecidos en los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de los cuales procede acordar la prisión provisional de los dos acusados».*

10. El 20 de febrero de 2002, el demandante pidió la recusación de los miembros de la sala que habían acordado su prisión provisional, que debían también formar parte de la sala llamada a resolver la conformidad a derecho del asunto. Hacía notar que la sala en cuestión no se había pronunciado sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez instructor, sino que directamente había ordenado su prisión provisional, mientras el juez de instrucción le había concedido la libertad provisional anteriormente. El demandante consideraba que ambos miembros de la Sala habían ya formado su opinión en cuanto a su culpabilidad. Invocaba particularmente el artículo 219.10.a) de la ley orgánica del poder judicial (ver más abajo).

11. Después del rechazo de la recusación por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por sentencia del 28 de mayo de 2002, una sala de la Audiencia Provincial de Valencia declaró al demandante culpable de un delito continuado de abusos sexuales con la circunstancia agravante de

reincidencia y la condenó a una pena de cuatro años y seis meses de prisión. La sala estaba formada por tres jueces, de los que dos, P.C.R. y A.F.G., habían formado parte de la Sala del mismo tribunal que había ordenado la prisión provisional del demandante. P.C.R. era el presidente de las dos salas.

12. El demandante recurrió en casación ante el Tribunal Supremo. Sostenía que el tribunal que le había juzgado no podía considerarse un tribunal imparcial, porque los jueces P.C.R. y A.F.G. habían formado parte con anterioridad de la sala del mismo tribunal que había ordenado su prisión provisional.

13. Por una sentencia de 11 de julio de 2003, el Tribunal Supremo rechazó la casación.

14. Tratándose del medio derivado de la pretendida parcialidad del tribunal *a quo*, fundada en la participación en el enjuiciamiento del asunto por dos magistrados que habían formado parte de la sala que había decidido su prisión provisional, el Tribunal Supremo analizó la jurisprudencia en la materia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (*Castillo Algar c. España*, 28 de octubre de 1998, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1998-VIII, y *Garrido Guerrero c. España* (déc.), n° 43715/98, CEDH 2000-III) y del Tribunal Constitucional español, remarcando que él mismo aplicaba esta jurisprudencia. A este respecto, el Tribunal Supremo observó que el elemento determinante, según la jurisprudencia del Tribunal, era saber si los temores del interesado podían ser considerados como objetivamente justificados respecto a las apreciaciones a las que la jurisdicción en cuestión se habría remitido en una decisión anterior en cuanto a la culpabilidad del acusado o la realidad de los hechos. En este caso, el Tribunal Supremo consideró que ni la necesidad invocada para asegurar la presencia de los acusados en la vista, ni la referencia abstracta a la naturaleza de los hechos objeto de la inculpación y a la alarma social que estos últimos podían crear, ni la consideración de las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podrían sufrir si entraban en contacto con los acusados, podían ser considerados como propias de una «actividad de instrucción» susceptible de menoscabar la imparcialidad del tribunal. Simplemente revelaban que los jueces en cuestión deseaban que la audiencia tuviera lugar lo más antes posible y en las mejores condiciones para determinar la realidad de los hechos y reducir la alarma social suscitada. En consecuencia, el Tribunal Supremo concluyó que no se había atentado contra el principio de imparcialidad del tribunal.

15. El demandante acudió entonces al Tribunal Constitucional con un recurso de amparo fundado en el derecho a que su causa sea juzgada equitativamente por un tribunal imparcial (artículo 24 de la Constitución).

16. Por una sentencia de 8 de mayo de 2006, notificada el 17 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso.

17. El Tribunal Constitucional recordó su propia jurisprudencia en la materia según la cual, la respuesta a la cuestión de saber si el hecho de que un juez ya hubiera tomado una decisión concerniente a la prisión provisional del acusado antes del proceso atenta contra su imparcialidad objetiva, variaba según las circunstancias del asunto. En este caso, la alta jurisdicción subrayó, en primer lugar, que la medida de privación de libertad había sido ordenada por la Audiencia Provincial en el marco del procedimiento del juicio oral, después de que el juez de instrucción hubiera decidido la apertura de esta fase del juicio. A este respecto, el juez de instrucción había tomado esta decisión señalando que los hechos podían ser constitutivos de delito y que ciertas personas podían ser responsables de dicho delito, y que consideraba pues que se reunían las condiciones para la apertura de la fase oral del juicio pedida por la parte acusadora. Para la alta jurisdicción, esta apreciación indiciaria, hecha por el juez de instrucción, fue presentada al tribunal juzgador que debía asegurarse la celebración de la audiencia, razón por la cual había ordenado la prisión provisional del demandante, que se encontraba en prisión por otro motivo.

18. En cuanto al motivo relativo a la duración del procedimiento, utilizado por la Audiencia Provincial para justificar la adopción de la medida en cuestión, el Tribunal Constitucional estima que no había ningún prejuicio por parte del tribunal juzgador. En cuanto al riesgo de dificultades y de perturbaciones para los testigos de cargo en caso de que entraran en contacto con el demandante u otros inculpados, el Tribunal Constitucional señala que esta prevención no era excesiva teniendo en cuenta el delito de abusos sexuales examinado así como la edad y el grado de madurez intelectual reducida de estos testigos. Por otro lado, la alarma social era sólo un motivo secundario y puramente introductivo de la existencia del riesgo concernido. Así, tratándose de la referencia a los artículos 503 y 504 de la ley de enjuiciamiento criminal, la alta jurisdicción observa que la Audiencia Provincial se había limitado a comprobar que se reunían las condiciones requeridas por estas disposiciones para la prisión provisional, sin remitirse por eso a ninguna apreciación sobre la culpabilidad del demandante. En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluye que el auto del 1 de febrero de 2002 no había anticipado en ningún caso ningún juicio sobre la culpabilidad del demandante.

## II. EL DERECHO INTERNO PERTINENTE

### 19. La Constitución

#### **Artículo 24 § 2**

« (...) todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (...) »

20. Las disposiciones pertinentes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en vigor en el momento de los hechos) son del siguiente tenor:

#### **Artículo 503**

« La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.
2. El delito debe ser punible de una pena superior a la de prisión menor o, si la pena prevista es la de prisión menor o inferior, el juez debe considerar necesario la prisión provisional del acusado teniendo en cuenta sus antecedentes penales, las circunstancias del delito, la alarma social que este último creó o la frecuencia de hechos análogos cometidos (...).
3. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión ».

#### **Artículo 504**

« Puede también ordenarse prisión provisional si se cumplen la primera y la tercera condición requerida por el artículo precedente y si el acusado no ha comparecido, sin motivo legítimo, en la primera audiencia fijada por el juez o el tribunal, o cuando este último lo estime necesario ».

(...)

21. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ, en vigor en el momento de los hechos)

#### **Artículo 219**

« Son causas de abstención y, en su caso, de recusación:

(...)

Haber participado en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

(...) ».

## EN DERECHO

### I. SOBRE LA ALEGADA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 6 § 1 DEL CONVENIO

22. El demandante se queja de falta de imparcialidad de la sala de la Audiencia Provincial que ha examinado el fondo de su caso y le ha condenado. Invoca el artículo 6 § 1 del Convenio, que, en sus partes pertinentes, se lee como sigue:

« Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. »

23. El Gobierno se opone a esta tesis.

#### A. Sobre la admisibilidad

24. El Tribunal constata que esta queja no está manifiestamente mal fundada en el sentido del artículo 35 § 3 del Convenio. El Tribunal resalta por otra parte que no concurre ningún otro motivo de inadmisibilidad. Conviene pues declararla admisible.

#### B. Sobre el fondo

25. El demandante sostiene que la Sala de la Audiencia Provincial que ha enjuiciado el asunto y ha pronunciado su condena había efectuado antes actos de instrucción que atentaban contra su imparcialidad; en particular, había ordenado su prisión provisional modificando así la situación de libertad provisional concedida antes por el juez de instrucción. Subraya a este respecto que la jurisdicción en cuestión, para justificar su prisión provisional, se apoyó en las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los acusados, sin que la fiscalía hubiera hecho referencia alguna a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 durante la cual solicitó la medida de restricción de libertad del demandante. Por otra parte, el demandante hace valer que la referencia realizada al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el auto de prisión provisional dictado por la jurisdicción en cuestión, autoriza a pensar que los miembros del tribunal ya se habían hecho una opinión sobre la existencia de motivos suficientes para considerarlo penalmente responsable. Por todos estos motivos, considera que la Sala habría debido abstenerse de examinar el fondo del asunto.

26. El demandante se queja de la conducta de la Sala judicial durante la audiencia así como de la apreciación de las pruebas hecha por ésta, elementos que demuestran para él, que los miembros de esta jurisdicción tenían una idea preconcebida en cuanto a su culpabilidad.

27. Apoyándose en la argumentación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el Gobierno sostiene que los elementos utilizados por la sala de la Audiencia Provincial para justificar la prisión provisional del demandante no prejuzgaban, en ningún caso, la culpabilidad de este último. Para el Gobierno, estos elementos, particularmente el relativo a la duración del procedimiento y el que concierne al riesgo de «perturbaciones» en los testigos de cargo, simplemente muestran el cuidado especial con el cual la jurisdicción en cuestión aseguraba el desarrollo de la fase judicial. Por otro lado, cuando se dictó el auto en litigio, la instrucción del asunto ya había concluido y el tribunal juzgador era el único competente para adoptar tales medidas preventivas.

28. El Tribunal examinará la queja del demandante a la luz de los principios enunciados en su jurisprudencia en la materia (ver, entre otras, las sentencias *Hauschildt c. Dinamarca*, 24 de mayo de 1989, §§ 46-48, serie A n° 154, *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia* [GC], n°s 21279/02 y 36448/02, § 75, CEDH 2007-XI, y *Micallef c. Malta* [GC], n° 17056/06, §§ 93-96, CEDH 2009-...).

29. En el presente asunto, el Tribunal no aprecia ningún elemento susceptible de poner en duda la imparcialidad subjetiva de los magistrados concernidos. Las alegaciones del demandante concernientes al comportamiento de la Sala judicial durante la audiencia o la manera en la que ésta apreció las pruebas, no habrían de considerarse suficientes para invertir la presunción de imparcialidad personal de los magistrados en cuestión. De todas formas, el Tribunal recuerda que en los casos donde puede ser difícil proporcionar pruebas que permitan refutar la presunción de imparcialidad subjetiva del juez, la condición de imparcialidad objetiva proporciona una importante garantía suplementaria (*Pullar c. Reino Unido*, 10 de junio de 1996, § 32, *Repertorio de sentencias y decisiones* 1996-III).

30. El Tribunal señala que, en este caso, el temor de una falta de imparcialidad afecta, principalmente, al hecho de que dos de los tres miembros de la formación de la Audiencia Provincial que había condenado al demandante, habían antes formado parte de la sala del mismo tribunal que había decidido su prisión provisional.

31. El Tribunal ya admitió que semejante situación podía suscitar dudas en el acusado en cuanto a la imparcialidad del «tribunal» que había juzgado su causa. Sin embargo, recuerda que el simple hecho de que un juez hubiera tomado decisiones antes del proceso, particularmente respecto a la prisión provisional, no puede justificar por sí misma dudas en cuanto a su imparcialidad (*Hauschildt*, ya citada, § 50, y *Sainte-Marie c. Francia*, 16 de diciembre de 1992, § 32, serie A n° 253-A). La cuestión sobre la prisión provisional no se confunde con la cuestión de la culpabilidad del interesado; por lo que no habría que asimilar las sospechas a una declaración formal de culpabilidad. No obstante, las circunstancias particulares pueden, en un caso concreto, llevar a una conclusión diferente (*Sainte-Marie*, ya citada, § 32).

32. En este caso, el Tribunal observa que la sala de la Audiencia Provincial no se pronunció en apelación sobre un recurso contra las decisiones adoptadas por el juez de instrucción (ver *Romero Martín c. España* (dec.), nº 32045/03, 12 de junio de 2006, y *Ferragut Pallach c. España* (dec.), nº 1182/03, 28 de febrero de 2006) sino que directamente decidió sobre la prisión provisional del demandante (ver *Perote Pellon c. España*, nº 45238/99, § 21, 25 de julio de 2002). Se señala que, a diferencia del asunto *Perote Pellon* ya citado, la Sala en cuestión no se limitó a conceder la prórroga de la prisión provisional del demandante, sino que ella misma ordenó su prisión provisional. Por esta decisión modificó, en su perjuicio, la situación del demandante al que el juez de instrucción había concedido antes la libertad provisional en el marco del mismo procedimiento penal.

33. El Tribunal señala que el 1 de febrero de 2002, la sala de la Audiencia Provincial, en la cual están los jueces P.C.R y A.F.G., puso al demandante en prisión provisional teniendo en cuenta, particularmente, «la naturaleza especial de los delitos» que le fueron imputados, «la alarma [social] que [estos delitos] son susceptibles de crear» y sobretodo, las «dificultades y perturbaciones» que los testigos de cargo podían sufrir si entraban en contacto con los inculcados. Observa que la sala en cuestión se apoyó en este último elemento, mientras que la fiscalía no había hecho ninguna referencia a este argumento en la audiencia del 29 de enero de 2002 (ver los párrafos 8 y 9 más arriba). El Tribunal estima que adoptando tal motivación de oficio, la sala no se limitó a una apreciación sumaria de los hechos reprochados para justificar la pertinencia de la medida de prisión provisional solicitada por la fiscalía, sino al contrario, se pronunció sobre la existencia del riesgo de que el demandante intimidara a los testigos de cargo.

34. El Tribunal señala también que la sala de la Audiencia Provincial remitió a los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para constatar que se reunían las condiciones para la aplicación de la medida provisional en cuestión. Observa a este respecto, que el artículo 503 § 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigía al tribunal asegurarse de la existencia de motivos suficientes para considerar a la persona objeto de la decisión de prisión, penalmente responsable del delito.

35. El Tribunal estima que los términos empleados por la sala de la Audiencia Provincial, leídos a la luz del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, podían dar a entender al demandante que existían, en opinión de los jueces de la sala, suficientes indicios para concluir que había sido cometido un delito y que era penalmente responsable de este delito. Así, el demandante podía razonablemente temer, que los jueces P.C.R. y A.F.G tenían una idea preconcebida sobre la cuestión respecto a la que fueron llamados a pronunciarse posteriormente como miembros de la formación judicial.

36. El Tribunal no está convencido por el argumento del Gobierno según el cual, una vez acabada la instrucción, la única formación judicial competente para decidir la prisión provisional del demandante era la que dictó el auto en cuestión. Recuerda que incumbe al Estado demandado organizar su sistema judicial para hacer efectivos los derechos previstos en el artículo 6 del Convenio, incluido el derecho a un tribunal imparcial (ver, *mutatis mutandis*, *Davran c. Turquía*, n° 18342/03, § 45, 3 de noviembre de 2009).

37. El Tribunal señala, en fin, que está en cuestión la imparcialidad de dos de los tres miembros, entre ellos el presidente, de la sala de la Audiencia Provincial que, el 28 de mayo de 2002, condenó al demandante. Constata que este elemento permite distinguir el presente caso de otros asuntos donde se cuestionaba la imparcialidad de un solo juez en el seno de una tribunal colegiado (ver *Garrido Guerrero*, ya citada, y *Ferragut Pallach*, ya citada).

38. El Tribunal es de la opinión de que, en las circunstancias de la causa, la imparcialidad objetiva del órgano judicial podía parecer cuestionable. Resulta que las dudas del demandante a este respecto podían considerarse objetivamente justificadas (ver, *mutatis mutandis*, *Perote Pellon*, ya citada, § 51, y *Gómez de Liaño y Botella c. España*, n° 21369/04, § 71, 22 de julio de 2008 ; y, *a contrario*, *Romero Martín*, ya citada).

39. Por lo tanto, ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

## II. SOBRE LA APLICACION DEL ARTÍCULO 41 DEL CONVENIO

40. En los términos del artículo 41 del Convenio,

« Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. »

41. El demandante no presentó ninguna demanda de satisfacción equitativa. El Tribunal recuerda que no es competente para examinar de oficio la cuestión de la satisfacción equitativa y decide no otorgar ninguna suma por este concepto.

42. Ahora bien, el demandante se limita a pedir la anulación del juicio de la Audiencia Provincial. A este respecto, el Tribunal señala que no se encuentra habilitado por el Convenio para prescribir la anulación de un juicio (*Hauschildt*, ya citada, § 54). Recuerda que el Estado demandado es libre en principio, bajo el control del Comité de Ministros, de elegir los medios de cumplimiento de sus obligaciones según el artículo 46 § 1 del Convenio, para que estos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia del Tribunal (*Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suiza* (n° 2) [GC], n° 32772/02, § 88, 30 de junio de 2009).

**Costas y gastos**

43. El demandante no ha presentado ninguna demanda de compensación de gastos y costas, el Tribunal considera que no ha lugar a concederle ninguna suma por este concepto.

POR ESTOS MOTIVOS, EL TRIBUNAL, POR UNANIMIDAD,

1. *Declara* la demanda admisible;
2. *Dice* que ha habido violación del artículo 6 § 1 del Convenio.

Santiago Quesada  
Secretario

Josep Casadevall  
Présidente

A la presente sentencia se encuentra adjunta, conforme a los artículos 45 § 2 del Convenio y 74 § 2 del reglamento, la exposición de la opinión separada de la juez Fura.

J.C.M.  
S.Q.

## OPINION CONCORDANTE DE LA JUEZ FURA

1. Después de muchas dudas, he votado por la violación del artículo 6 § 1 del Convenio aunque me temo que la sentencia necesita un razonamiento más detallado.

2. Esta necesidad se explica sobre todo por las particularidades excepcionales del asunto, que hacen que se distinga del asunto *Hauschildt*. Una de estas particularidades es el hecho de que la resolución que acuerda la prisión provisional del demandante a petición del fiscal estaba fundada sobre un motivo no invocado por éste, a saber «las dificultades y las perturbaciones que los testigos de cargo pueden sufrir si entran en contacto con los inculpados (...)» (ver párrafo 9 de la sentencia), aunque no se trataba por cierto del único motivo expuesto. Esta circunstancia, se añadió al hecho de que la prisión provisional no ha sido ordenada por el juez de instrucción, contrariamente a lo que se produce habitualmente, es una de las otras particularidades de este caso.

3. Habría habido que precisar más claramente, que la participación en la decisión previa sobre la prisión provisional del juez que decide sobre la procedencia de las acusaciones no justifica por sí sola las dudas en cuanto a su imparcialidad, como recuerda el Tribunal en el párrafo 31 de la sentencia, citando el párrafo 50 de la sentencia *Hauschildt c. Dinamarca* (24 de mayo de 1980), porque ordenar la prisión es una tarea muy diferente a la de resolver sobre el fondo.

4. En el párrafo citado de la sentencia *Hauschildt* se precisa que " (...) las cuestiones que un magistrado debe resolver con anterioridad al juicio no son las mismas que son decisivas para dictar su decisión definitiva. Al pronunciarse sobre la prisión provisional y sobre otros problemas de este género antes del juicio, se aprecian sumariamente los datos disponibles para determinar si *prima facie* las sospechas de la policía tienen alguna consistencia; cuando se resuelve al final del proceso, se debe buscar si los elementos presentados y debatidos en derecho son suficientes para dictar una condena. No cabe asimilar las presunciones a una constatación formal de culpabilidad (ver, por ejemplo, la sentencia *Lutz* del 25 de agosto de 1987, serie A n° 123-A, p. 25-26, § 62)». He aquí el principio de base que permanece sin cambio.

5. También, en este asunto, el hecho de que los tribunales internos, particularmente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, examinaran nuestra jurisprudencia en la materia así como la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional tienen mucho peso según mi opinión. Qué hayan llegado a una conclusión diferente de la nuestra al final de este examen no cambia nada. El principio de subsidiariedad requiere que el Tribunal dé prueba de prudencia antes de dictar una decisión contraria a la de las jurisdicciones internas. Cuando lo hace, como aquí, las razones deben estar cuidadosamente establecidas y claramente explicadas y me

quedo un poco con las ganas en este punto. El Tribunal habría podido decir más sobre el contexto histórico y constitucional español e indicar que ha tenido en cuenta la naturaleza del proceso (delitos de abusos sexuales, de prostitución y de exhibición de pornografía, con testigos de cargo menores y la obligación para el juez interno de dirigir adecuadamente el procedimiento) y que se trataba de un tribunal urbano dotado de un gran número de magistrados y no de un tribunal rural privado de los efectivos necesarios.

6. Las apariencias son ciertamente importantes, pero no lo son todo. Tal como dijo la juez Berro-Lefèvre en la exposición de su opinión disidente adjunta a la sentencia *Mancel y Branquart c. Francia*, asunto en el cual también estaba en cuestión la imparcialidad objetiva de los jueces, hay que tener cuidado que la teoría de las apariencias no se convierta, según la fórmula bien conocida del profesor Paul Martens, en la tiranía de las apariencias.