

ESTUDIOS

La posible inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones de instrucción y fallo en un mismo órgano jurisdiccional (*)

Jesús FERNANDEZ ENTRALGO

I. El modelo de proceso penal que diseñó la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 partió de la diferenciación del procedimiento en dos fases o etapas fundamentales: el sumario (encaminado a la instrucción de la causa) y el juicio oral, o plenario, que era, en la filosofía de la Ley, «...el juicio verdadero». Entre ambas, a modo de engarce, los procesalistas identificaron un *período intermedio*, constantemente puesto en cuestión en cuanto a su sustantividad científico/jurídica.

La separación funcional entre instrucción y juicio se correspondía con la orgánica entre Juzgados de Instrucción (unipersonales), encargados de la primera, y Audiencias Provinciales (colegiadas), a quienes se encomendaba el segundo.

La idea de unos órganos especializados en la función instructora hunde sus raíces en el Derecho inglés de finales del siglo XII y comienzos del XIII. La *Assize de Clarendon* se estableció en 1165, y data de la *Magna Charta* la introducción de un *Grand Jury*

competente para decidir el envío del imputado a juicio. Sobrevivió esta institución hasta el presente siglo, y no fue completamente abolido —tras las restricciones consagradas por la *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* de 1933—, sino por la *Criminal Justice Act* de 1948.

En la Europa continental hay que aguardar a la Revolución francesa para que tal separación funcional y orgánica se produzca. Tras los intentos iniciales de abrazar un sistema de más puro corte inglés (Leyes de 19-22 de julio y 29 de septiembre-6 de octubre de 1791, el denominado *Código de 1791*; y el mal llamado «Código de los delitos y de las penas» de 3 de Brumario del año IV), la crisis de la seguridad ciudadana que sobrevino, especialmente en la época del *Directorio*, determinó un cambio de rumbo que ya se anunciaba en las leyes de 7 y 18 de pluvioso del año IX, y cristalizó en el denominado *sistema mixto*, consagrado por el *Code d'instruction criminelle*, de 16 de diciembre de 1808 (que entró en vigor el 1 de enero de 1811). Se separan las funciones de investigación, acusación y enjuiciamiento, encomendándose a órganos diferentes. Y el procedimiento se estructura en dos fases, de las que la primera, dedicada a la instrucción, se rige por los principios que caracterizaban el sistema inquisitivo (escritura, secreto, iniciativa e impulso oficiales, y falta de contradicción); en tanto el segundo —plenario o juicio oral— reunía las características propias del acusatorio: igualdad de acusación y defensa, necesidad de una y otra, publicidad, oralidad y libre apreciación de la prueba por el juez. Este fue asimismo el sistema seguido en Italia, e igualmente en España, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.

Esta última ley, por tantos conceptos elogiada, comprendió que resulta difícil que una misma persona desempeñe, sucesivamente, las funciones de instruir y juzgar; y hasta qué punto su acumulación

* La presente colaboración está elaborada con fragmentos de la cuestión de inconstitucionalidad promovida ante el Tribunal Constitucional, y admitida a trámite. Recientemente, un sector doctrinal (tal vez abrumado ante las consecuencias que acarrearía la estricta fidelidad al principio de separación de instrucción y fallo allí donde no existe una infraestructura judicial y fiscal suficiente) ha dado en sostener que la acumulación de funciones instructora y decisora solo resultaría auténticamente contraria a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos en los casos en que «...un mismo órgano, instructor y decisor puedan imponer penas graves privativas de libertad...». Si el repudio de aquella confesión funcional estriba en el peligro de prejuicio, no se comprende muy bien por qué únicamente ha de conjurarse cuando se trate de penas graves privativas de libertad. Al parecer, la *delincuencia menor* (que se nutre de los sectores más marginados y desfavorecidos) puede ser juzgada con menores garantías, quizás en aras de una pretendida mayor *eficacia* del aparato judicial. Las reflexiones que suscita el trasfondo ideológico que revela este novedoso planteamiento, patrocinado, además, por procesalistas reconocidos como de talante progresista, excede de la posibilidades de este resumen.

compromete la imparcialidad del órgano jurisdiccional. Es inevitable que el instructor, a lo largo de las actuaciones investigatorias que forman el sumario (o cualesquiera otras diligencias equivalentes), termine formándose una imagen anticipada sobre los hechos y sobre la eventual participación que en ellos haya podido tener el imputado. La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 28 de febrero de 1984, razona que «...al ser el instructor el encargado de la recogida de datos, aunque venga obligado a consignar tanto los que perjudiquen como los que favorezcan al reo, pudiera hallarse psicológicamente inclinado a formular valoraciones anticipadas de las actuaciones practicadas, o dejarse influir por conocimientos extraprocesales adquiridos durante la instrucción sumarial, o por las pasiones que pueda suscitar el tener que vencer los obstáculos opuestos al éxito de la investigación, etc. etc. ...». Inclusive, en nuestro Derecho —donde, a diferencia del sistema franco-italiano, no están separadas las funciones de instrucción y procesamiento, y de envío a juicio y enjuiciamiento— el órgano jurisdiccional puede verse comprometido a dictar resoluciones que contengan calificaciones, todo lo provisionales que se quieran, pero que encierran un *pre-juicio*. Piénsese en el auto de procesamiento (en el que, en palabras de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 9 de julio de 1983, el instructor «...adelanta al menos provisionalmente aquel juicio de inculpación al acusado...», en chocante contraste con la de la misma Sala, de 28 de febrero de 1984, en la que se afirma que «...en modo alguno se puede admitir que el acordar el procesamiento implique prejuzgar...»); o en los que adoptan medidas cautelares; pues —contra lo que sostiene la Sentencia de 9 de julio de 1983— al resolver sobre ellas no puede dejar de «...anticipar (si quiera sea tan provisionalmente como en el auto de procesamiento) ... su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado...»; bastando recordar —como ha hecho algún especialista en fecha bien reciente— que, para acordar la prisión, el instructor habrá de valorar si aparecen, de lo actuado «motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión», a tenor del artículo 503.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ello entraña, ciertamente, riesgos; pero ninguno tan grave como la concentración de las tareas de instrucción, enjuiciamiento y fallo en un mismo juez. Cabría, incluso, cuestionar que la misma persona que ha adquirido los hábitos mentales inquisitivos del instructor, pueda desprenderse de ellos con facilidad, asumiendo en otro procesos encomendados al órgano jurisdiccional cuya titularidad ostenta, el rol de juzgador, árbitro ecuánime e instancia en la que hallan su superación dialéctica las encontradas pretensiones de las partes. Sigue vigente el aviso de uno de los grandes maestros de la procesalística

italiana: «la investigación es un trabajo psíquico y a menudo físico, que puede alterar el juicio en el sentido de que el investigador puede ser arrastrado a una supervaloración de los resultados de la investigación, delineándose en él un interés por el éxito de aquéllas; pero tal disposición de ánimo, si bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; mejor que los resultados de la propia investigación, se valoran los resultados de la valoración de otro». No en vano, la *Exposición de Motivos* de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal prevenía frente a aquel pliegue profesional que conduce a que «...los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que puedan favorecerle...», por mucho que a otra cosa les exhorta el bienintencionado artículo segundo de aquella Ley Procesal.

Estos recelos llegan al punto que ya no es novedad la propuesta de desplazar la actividad instructora desde la esfera del Poder Judicial a la del Ministerio Fiscal. Funcionarios fiscales asumen la instrucción en numerosos Ordenamientos de nuestra área más próxima de cultura jurídica. En el mismo sentido parece orientarse la Ley número 47/1986, de 15 de octubre, orgánica del Ministerio Público, en Portugal; y lo hace la Ley de 16 de febrero de 1987, número 81, de delegación legislativa al Gobierno de la República italiana para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal. En el seno de la doctrina española especializada más reciente ha prendido la misma idea. Buena muestra de ello es que, en la *Memoria elevada al Gobierno de SM presentada al inicio del año judicial (1987-1988) por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Javier Moscoso del Prado y Muñoz*, se leen estas significativas palabras: «...Son muchos los autores de prestigio, de distintas procedencias e ideologías, que han preconizado la necesidad de atribuir al fiscal la fase de investigación en el proceso penal. ... Si nuestro legislador asumiera una reforma de esta naturaleza, no haría otra cosa que aproximar nuestro ordenamiento procesal a lo que es normal en el mundo occidental. Es curioso observar que incluso en el Reino Unido e Irlanda del Norte, donde no se puede hablar de un sistema de acusación independiente paralelo al nuestro, por ser difícilmente conciliable con su tradición legal, se haya sentido la necesidad de aprobar la Ley de Acusación Penal de 1985 (*Prosecution of Offences Act, 1985*), que es un paso importante hacia la estructuración de un Ministerio Público, similar al que existe en el Continente.

La dirección de la investigación por el Fiscal, puede ser plenamente compatible con el control jurisdiccional de las decisiones que afecten a los derechos fundamentales (prisión provisional), embargos,

entrada y registro, controles telefónicos, etc.) que deberían ser adoptadas por la Autoridad Judicial. En todo caso, la distinción tradicional de la instrucción penal en atención a la gravedad del delito, permitiría diferenciar una fase de investigación atribuida al fiscal, con fallo del juez, cuando se tratara de delitos menos graves, manteniendo el trámite de instrucción sumarial por los jueces, y el fallo por la Audiencia para las causas por delitos graves.

Con esta solución los jueces y tribunales, liberados en gran medida de la función investigadora, podrían dedicar plenamente su actividad a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, conforme prescribe el artículo 117 de la Constitución» (pág. 15).

El Fiscal General sale al paso de alguna posible objeción: «...Pensar que el fiscal no va a actuar ajustándose a la legalidad e imparcialidad de la investigación (y en la acusación o defensa) cuando la Constitución, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, su Estatuto, la Ley Orgánica del Poder Judicial, y todo el Ordenamiento Jurídico, le exigen objetividad, implicaría cuestionar la rectitud en el proceder de una Institución básica del Estado y del proceso» (ibidem). Y, sin embargo, podría recordarse, a este propósito, las palabras de un ilustre magistrado, un día miembro del Tribunal Constitucional, advirtiendo que «...la Ley justa, se entiende, es y debe ser ... un amplio repertorio de desconfianzas. A diferencia del orden autoritario, que desconfía de todo y de todos, excepto de los hombres que detentan el poder, la Ley justa debe desconfiar, especialmente, de los hombres que están en el poder, de su inteligencia y de su probidad...». También de los jueces; también de los miembros del Ministerio Fiscal. Por ello, desde otra perspectiva, se ha insistido en la necesidad de evitar que el desplazamiento de la actividad instructora al ministerio público, si no se revisa en profundidad el principio organizativo de dependencia; si no se lo pone a salvo de cualquier sombra de ingerencia del Poder Ejecutivo, y, especialmente, si se introducen en el futuro modelo procesal concesiones al principio de oportunidad (tan fácil de manipular en aras, no del interés general, sino de objetivos de coyuntura política partidaria), y no se arbitran los medios precisos para garantizar la efectividad de la legitimación popular para promover la iniciación del procedimiento penal y para sostener la acusación (corrigiendo la eventual pasividad del acusador público), pueda significar el condicionamiento de la plenitud del ejercicio exclusivo de la potestad jurisdiccional por los jueces y magistrados, y el riesgo de que, en mayor o menor proporción, el Gobierno pueda controlarla, contando con la posibilidad de filtrar el acceso a la Justicia Penal.

Se trata, empero, de un cuestión —por lo visto, nada pacífica— de política legislativa, cuya decisión última competirá, en definitiva, a las Cortes Generales, representantes de la voluntad del Pueblo Español. Su mención —en extenso— en este momen-

to sirve sólo para introducir la inexcusable referencia al estado de opinión, sintomática de la realidad social de nuestra época, y uno de los parámetros interpretativos de todo problema normativo, al que remite el artículo 3.º 1 de nuestro Código Civil. Porque, en suma, si se discute qué instancia ha de hacerse cargo de la instrucción, hay, en cambio, una poca frecuente unanimidad acerca de la inadmisibilidad de que un mismo órgano asuma, a lo largo del procedimiento penal, las funciones instructora y decisora.

II. La *Exposición de Motivos* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no dudó en considerar «...lo peor...» del sistema que venía a clausurar, «...que el juez que instruye (el sumario) ... es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción...». Por ello se consagra esa división del trabajo entre los jueces de Instrucción, «...a quienes se descarga del plenario y del pronunciamiento y motivación de la sentencia...» y el «...Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente...».

He aquí, sin duda, las razones por las que el artículo 54 del repetido Código procesal enumeró entre las «...causas legítimas de recusación...» 12. Haber sido instructor de la causa.».

La *ratio legis* de esta causa de recusación estaba constituida (reconoce la Sentencia de 28 de febrero de 1984, ya invocada) por el propósito de evitar que influyen, al dictar sentencia, prejuicios —conscientes o inconscientes— formados en el curso de la dirección de la instrucción. Un comentarista, ya clásico, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explicaba así el fundamento del número 12 de su artículo 54: «...Lo que la Ley trata de evitar aquí no es ya una inclinación parcial (eventualmente, contraria a la recta aplicación del derecho; conceptualmente, incompatible con el ejercicio de la función de juzgar), sino una prevención, incluso imparcial, sobre la materia de la investigación y del juicio. Si el magistrado llamado a conocer de éste ha instruido anteriormente el sumario, ello no implica parcialidad alguna en su ánimo; de existir, se le hubiese podido excluir de aquella primera función. Su exclusión como magistrado no se funda sólo en ser él la persona que ha descubierto y recogido los elementos y datos en que se basa la acusación; al mismo tiempo ha debido recoger todos los que estuviesen a su alcance útiles para la defensa. Pero en su tarea ha podido ir prejuzgando en uno u otro sentido, tanto da, el material recogido. Incluso es imposible, psicológicamente, que al terminar el sumario, no se sienta inclinado, en mayor o menor medida, por este prejuicio, en cualquier sentido que sea, y, en todo caso, sin que ningún móvil parcial le incline a ello. Funcionalmente, además, ha debido ir valorando por sí el resultado de cada una de sus actuaciones, de otro modo, no podría proceder debidamente a las siguientes

Aún yendo más lejos, *lo que trata de evitar la Ley no es sólo la previa valoración, sino que se utilice en el juicio un conocimiento de los hechos y de los sujetos del delito obtenido fuera del juicio.*»

El principio *no se puede ser instructor y juzgador* viene a constituir —se ha escrito, con razón «...una clara garantía de justicia ... Este principio se mantuvo incolume desde 1882 hasta 1967». La Ley 3/1967, de 8 de abril encomendó, en cambio, una modalidad del denominado *procedimiento de urgencia*, regulada —bajo el epígrafe «del procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción»— en el capítulo II del Título III de su Libro IV, a los jueces de esta clase, quienes, en tal caso, asumían la tramitación de las *Diligencias previas* (según denominación impuesta por la práctica forense, con base en el tenor literal del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento), las *Preparatorias* (como fase instructora de este específico procedimiento), y el correspondiente *juicio oral*. Frente a las propuestas del *Preámbulo* de la Ley, estimando que las reformas introducidas procuraban una solución urgente a problemas acuciantes, «...sin alterar sustancialmente la ordenación penal y procesal, actualmente vigentes...», al instituir como sentenciador al propio juez que instruía las diligencias, vulneraba uno de los más intocables principios de la filosofía inicial del ordenamiento procesal común. Así que no es de extrañar que se hayan sucedido las críticas contra esta innovación.

El artículo 3.º de la Ley 3/1967 dispuso que la causa duodécima de recusación, de las listadas en el artículo 54, ya citada, no fuera aplicable a los supuestos comprendidos en el número 3.º del artículo 14 de la de enjuiciar, donde se atribuye a los jueces de Instrucción competencias «...para la instrucción, conocimiento y fallo...» de determinadas causas. Se consolidaba una quiebra lógica importante: la aplicación de la norma de experiencia que desaconseja el sucesivo desempeño de funciones entre sí difícilmente compatibles se vio condicionada por exigencias de pura oportunidad coyuntural. Casos iguales recibieron un tratamiento patentemente contradictorio.

Los especialistas dejaron constancia del fracaso de una reforma impracticable al no haber ido acompañada de otras, de índole sustantiva y orgánica, y de la necesaria dotación de una suficiente infraestructura personal y material. No obstante, ya en vigor la Constitución de 1978, se publica la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, en la que se reproduce la reunión de funciones introducida en 1967; y se excluye —en su artículo 2.º— la aplicación de la tan aludida causa de recusación duodécima del artículo 54 de la de Enjuiciamiento Criminal. La doctrina especializada ha podido diagnosticar, con pesadumbre, la insistencia en una línea «...de restituir a cada nueva reforma, los fueros del fenecido proceso inquisitorio con merma

del progreso científico...»; tratando de resolver por vía de reforma procesal unos problemas, como los de la justicia penal en España, «...en gran medida originados por insuficiencia de personal en sus diversos estamentos, por carencia de los medios materiales necesarios y por falta de empleo de las técnicas de organización y control usuales en las sociedades modernas...». La crítica doctrinal que mereció este nuevo modelo procedimental fue, en cuanto al extremo ahora en estudio, francamente negativa, y a ella se sumó la de sectores cualificados de la propia Magistratura.

III. El legislador posterior a 1980 ha sido insensible a tanta opinión hostil. En la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al listar, en su artículo 219 las causas de abstención y, en su caso, de recusación, menciona: «...10.º Haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal...»; en tanto que, al repasar las competencias de los Juzgados de Instrucción, se aprecia cómo, junto a «...la instrucción de las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a las Audiencias...», se sitúa «...la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la Ley...» (art. 87.1 [a] y b)]. La unificación de funciones parece, pues, un hecho irreversible, y cuantos han estudiado los proyectos legislativos de reforma de los procedimientos de urgencia corroboran esta apreciación. Aún se desconocen los términos de las bases del futuro sistema procesal, sobre las que trabaja el Ministerio de Justicia, y a las que se refirió el titular del Departamento, en su comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, hace poco más de un año (*Diario de Sesiones*, 18 de septiembre de 1986, páginas 129 y siguientes). No parece descabellado aventurar que va a partir de la atribución de la dirección de las investigaciones instructoras al Ministerio Fiscal; la misma solución, preconizada, como queda expuesto, por el propio Excmo. Sr. fiscal general del Estado, en su última *Memoria*.

IV. Al margen de esta específica cuestión de política legislativa, ya examinada anteriormente, la opinión de los especialistas que se han ocupado monográficamente del tema, es mayoritariamente favorable a la diferenciación de funciones de instrucción y enjuiciamiento, atribuidas a órganos asimismo diferentes. Propugnan volver a la saludable filosofía garantista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Hay que procurar por todos los medios que el órgano que ha de emitir el fallo abra las sesiones del juicio libre de toda idea preconcebida sobre el caso. Por eso se ha patrocinado, incluso, la «...no disposición por el tribunal del sumario...»; de modo que, una vez concluido por el instructor, «...debe elevarse, no al tribunal juzgador, sino a sus destinatarios naturales, el original al ministerio fiscal y fotocopia a la defensa...». De este modo, además, «...las partes ... han de partir del hecho de que lo que no

realicen en la vista no existe, lo cual es especialmente importante para el acusador habida cuenta de la presunción de inocencia y del principio *in dubio pro reo*, pero también afecta a la defensa, sobre todo con relación a las circunstancias eximentes y atenuantes...». Lo que puede parecer medida revolucionaria no sería sino «...un paso más en la evolución que nuestro proceso penal empezó en el siglo XIX, dándole al sumario su verdadera función...». Constituye el desarrollo previsible de aquella idea clásica —transcrita más arriba— que repudiaba la posibilidad de utilización, por el juzgador penal, de elementos de convicción conocidos fuera del juicio oral. Por lo demás, los trabajos de reforma legislativa que actualmente se llevan a cabo en Italia, ya apuntan en este mismo sentido. Así se desprende de la lectura de los puntos 57 y 58 del artículo 2.º.1 de la Ley de 16 de febrero de 1987, número 81, de delegación legislativa al Gobierno de la República para la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Penal. Su punto 67 establece, por otro lado, la prohibición de que el juez del juicio oral haya podido desarrollar previamente, en el mismo procedimiento, funciones propias del ministerio público o de juez que haya resuelto sobre envío a juicio inmediato, o emitido resolución en procedimiento por auto judicial, o realizado la audiencia preliminar, de que tratan los puntos 44, 46 y 52, respectivamente: así como prohibición de ejercer las funciones de juez en otra instancia para el magistrado que ha tomado ya parte en el mismo procedimiento, juzgando en el mismo o desarrollando funciones de ministerio público. Es patente el deseo de dar respuesta a la inquietud mostrada por amplios sectores de procesalistas y constitucionalistas, ante las eventuales repercusiones de la Jurisprudencia internacional más reciente.

V. En efecto, cuando se publicó la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, hacía casi un año que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, había dictado la muy importante sentencia de 26 de octubre de 1984, en el caso de *CUBBER*. El demandante alegó violación del artículo 6.1 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma, en 4 de noviembre de 1950, en el que se proclama: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista (...) por un tribunal (...) imparcial (...) que decidirá (...) sobre la fundamentación de toda acusación en materia penal dirigida contra ella». El Tribunal sienta la siguiente doctrina:

«...24. En su sentencia *Piersack* de 1 de octubre de 1982, el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede "apreciarse de diversas formas"; hay lugar para distinguir "...entre una perspectiva subjetiva", tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno "en tal ocasión" y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda

duda legítima...» (F. de D. 30 de la sentencia *Piersack*, en cuyo apartado a) se advertía con preocupación: «...En esta materia, incluso las aparencias pueden revestir una cierta importancia ... Lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.»).

«...25. ...la imparcialidad personal de un magistrado se presume a falta de prueba en contrario (misma sentencia, loc. cit)...»

«...26. El Tribunal no podría, sin embargo, contentarse con las conclusiones obtenidas desde una óptica puramente subjetiva; ha de tomar igualmente en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico (perspectiva objetiva). En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia; según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia *Delcourt* de 17 de enero de 1970... *justice must not only be done: it must also be seen to be done*. Tal como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Casación de Bélgica (21 de febrero de 1979...), debe recusarse todo juicio del que se pueda legítimamente temer una falta de imparcialidad. Esto se deriva de la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables, comenzando en el orden penal por los acusados (sentencia... de 1 de octubre de 1982...)...». Los procesalistas españoles coincidían en que «...la recusación responde a la finalidad de asegurar la imparcialidad en la resolución y el prestigio de la administración de justicia. La ley no excluye al juez porque sean parcial, sino porque puede temerse que lo sea (*iudex suspectus*)...». La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 1906, reproduce literalmente esta reflexión, e igual fundamento se atribuye a aquel instituto en las de 9 de junio de 1980 y 28 de junio de 1982.

En el caso de autos, se trataba de un juicio en que formaba parte del Tribunal un Magistrado que había intervenido previamente como instructor (lo que lo hace especialmente paradigmático; más aún que los casos *Piersack* y *Delcourt*, en los que un miembro de la Fiscalía había integrado el Tribunal o tomado parte en sus deliberaciones). El Tribunal Europeo no pone en duda, en ningún momento, la imparcialidad subjetiva de ese magistrado, pero reconoce que al requirente podría parecerle sujeta a caución la de sus juzgadores (F.J. 30). La sombra del peligro de prejuicio planea sobre el caso, ya que «...tal magistrado, a diferencia de sus colegas, conocía ya de forma particularmente profunda, bastante antes de las audiencias y gracias a los diversos medios de la investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes... constituidos por sus trabajos...» (F.J. 29). El Tribunal Supremo español alerta contra el riesgo de que el instructor «...durante la fase sumarial, hubiera prejuzgado el tema de tal modo que le fuera imposible enjuiciar el caso con la debida ecuanimidad...» (Sentencia de

24 de marzo de 1977), pudiendo, incluso, no ser consciente de su propia parcialidad decisoria (sentencia de 29 de noviembre de 1969). Como apostillaba uno de los numerosos comentarios que suscitó esta resolución del foro internacional, «...menospreciar las influencias que hasta la persona mejor recibe al desempeñar actos instructorios antes del plenario en el que después puede participar, significa sacrificar al azar uno de los derechos fundamentales de ciudadano...». La opinión de la Comisión Europea de Derechos Humanos (formulada en el informe de 5 de julio de 1983) había insistido en este mismo sentido: «...por la propia dirección... de la instrucción preparatoria de las acciones penales...el... magistrado se había formulado ya en esta fase del proceso, según toda verosimilitud, una idea sobre la culpabilidad (del imputado). En estas condiciones, es legítimo temer que, cuando comenzaron los debates, el magistrado no dispondría de una entera libertad de juicio y no ofrecería, en consecuencia, las garantías de imparcialidad precisas...» (punto 73).

VI. La trascendencia de esta resolución, desde la perspectiva jurídica internacional, con ser grande, cae fuera del objeto del presente análisis. Resulta, en cambio, de interés comprobar su alcance desde el punto de vista constitucional interno. Téngase en cuenta que, como recordaba, poco tiempo atrás, un cualificado analista del problema, el Tribunal Constitucional español —S. 36/1984, de 14 de marzo— advierte que «...la remisión que el artículo 10.2 CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias suscritos por España, para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aun aconseja referirse ... a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ... al aplicar la norma contenida en el artículo 6.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales... (en el caso enjuiciado, en relación con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas)» (F.J. 3).

El artículo 24.2 de la Constitución Española proclama el derecho que todos tienen «...al juez ordinario predeterminado por la ley...» y «...a un proceso ... con todas las garantías...». Entre ellas, en primer lugar, la imparcialidad del órgano jurisdiccional, tan estrechamente relacionada con su independencia, una de las características que el artículo 117.1 de nuestra Ley Fundamental asigna a los jueces y magistrados encargados de administrar Justicia.

La sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, 47/1982, de 12 de julio, enseña que «...el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el juez ordinario predeterminado por la Ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del

juez entroncan con el mencionado artículo 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites de la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también la relativas a la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto, entra las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de la ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad...» (F.J. 3).

La sentencia número 113/1987, de 3 de julio, de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional enseña que «...la Constitución reconoce ... el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien ... este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del artículo 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del juez o tribunal sentenciador. Este derecho está, asimismo, reconocido en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 6.1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deben orientar la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de examinar esta cuestión en distintas ocasiones, declarando a este propósito (aun cuando los fallos hayan sido de diferente signo en unos y otros casos) que los aspectos relativos a la organización y consitución de los Tribunales, y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructoras y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador...» (F.J. 2). Aun cuando la sentencia concluye denegando el amparo solicitado, se cuida de advertir que este fallo se emite «...cualquiera que sea la valoración que pueda merecer, en abstracto, la Ley Orgánica 10/1980, desde el punto de vista del derecho fundamental a ser juzgado por un Tribunal imparcial...» (F.J. 4).

VII. A la luz de esta doctrina, y de los razonamientos expuestos por la sentencia *De Cubber*, no es difícil inferir la colisión frontal de los preceptos que atribuyen a un mismo jugador competencia para instruir y fallar con el derecho al juez imparcial que reconocer el artículo 24 de nuestra Constitución (según interpretación de su tenor literal por el Tribunal Constitucional).

Ello arrastraría, en primer lugar, la inconstitucionalidad —y consiguiente nulidad— del modelo procedimental estructurado por la Ley Orgánica número 10 de 1980, que, conforme al Ordenamiento pro-

cesal penal vigente, sería el adecuado al tipo de infracción imputada en el caso presente.

En efecto,

- a) en el modelo procedimental de la Ley Orgánica número 10 de 1980 no está ausente, en modo alguno, una fase instructora
- b) el juez de Instrucción:
 - b.1) practica algunos actos de investigación
 - b.2) ordena la práctica de otros por la Policía Judicial (de este modo, la *autonomía* de actuación que pudiera predicarse de la investigación policial preliminar deviene dependencia —mayor o menor— una vez iniciado el procedimiento)
- c) el juez de Instrucción toma conocimiento del resultado de unos y otros actos de investigación
- d) el juez de Instrucción, para adoptar medidas cautelares personales o patrimoniales, ha de valorar la probabilidad de que el imputado sea responsable del delito que se le achaca.

Finalmente, pues, subsiste el peligro de prejuicio, ya que, sobre la base de ese conocimiento, resolverá abrir el procedimiento especial de la repetida Ley, dar una tramitación distinta (si no estima el hecho incluido dentro de su ámbito de aplicación) o archivar las actuaciones (artículo 5.º2), se entiende que por no considerar los hechos delictivos; lo que, *a contrario sensu*, significa que, de seguir adelante, ha encontrado indicios de que aquéllos pueden constituir delito: en definitiva, sigue avanzando por el camino de los enjuiciamientos provisionales (de los *prejuicios*).

No parece necesario insistir en que estos negativos perfiles se acentúan cuando, por unas u otras razones, el procedimiento se inicia con la apertura de unas propias *Diligencias Previas*, con el contenido que les confiere el artículo 789 de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Mayores problemas se plantearán cuando se haya adoptado inicialmente por un cauce procedimental que entrañe la apertura de sumario, y, avanzando éste, se transforme el procedimiento (caso estudiado específicamente por la STS de 9 de 9 de julio de 1983).

Uno de los más autorizados estudiosos de este procedimiento concluía así su análisis del problema: «Puede afirmarse con seguridad que en este proceso no existe el sumario como tal; es decir, según aparece en los artículos 299 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pero esto no obsta para asegurar también que en el enjuiciamiento oral existe una fase no oral, sino escrita, que integra las secuencias típicas de una actividad instructora. En los artículos 3, 4 y 5 se describe normativamente una actividad que inexcusablemente debe preceder a todo juicio oral. Y, según nos parece advertir, coincide en esencia con las denominadas diligencias previas (artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Cri-

minal), encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable. Se halla fuera de discusión el carácter instructorio de estas diligencias previas ... delineadas sobre el modelo de actuaciones previstas en el artículo 299. En definitiva, la instrucción trata de preparar el juicio oral o constatar que éste no debe abrirse (artículo 5.2).» Y es un mismo juez el que dirige aquella instrucción, asume sus resultados y conoce de este juicio.

VIII. No terminan aquí las dificultades. De estimarse que la Ley Orgánica número 10 de 1980, de 11 de noviembre, contradice ese derecho fundamental, en la medida en que se reunían en un mismo órgano jurisdiccional las competencias para instruir, conocer y fallar una causa, procedería declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, de los preceptos que establecen tal acumulación competencial, y, con ello, tal Ley especial devendría inaplicable en la práctica.

De este modo, entrarían en juego las normas comunes contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el procedimiento adecuado sería el de urgencia, en la modalidad de las denominadas *diligencias preparatorias*, reguladas en sus artículos 790 a 792, ambos inclusive, a tenor de lo prevenido por el 779 de aquel Código Procesal. Ocurre, empero, que la regla 3.ª de su artículo 14 encomienda también a un mismo órgano jurisdiccional —el Juzgado de Instrucción territorialmente competente— la instrucción, conocimiento y fallo de la causa, con lo que se reproduce sobre la constitucionalidad de este marco normativo, la misma duda ya suscitada a propósito de la Ley Orgánica número 10 de 1980.

Aquí ya no vale ninguna de las consideraciones alegadas en justificación de ésta. Las *Diligencias Previas*, reguladas en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son «las esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable...». Ciertamente, la práctica judicial ha desnaturalizado su alcance, dándoles una amplitud que desborda con mucho la *esencialidad* querida por la ley; y son explicables las críticas que esa práctica ha venido recibiendo, incluso desde instancias institucionales (baste la lectura del informe de la Fiscalía de la Audiencia Provincial de Cuenca, recogido en la *Memoria* correspondiente al año 1979). El juez —se afirmó— debe actuar con carácter inquisitivo únicamente en los primeros momentos, en lo que podría llamarse periodo *preprocesal*; y, tan pronto como tenga elementos de juicio suficientes para determinar los datos a que alude el precepto procesal antes transcrito, debe convertir las *diligencias previas* en el procedimiento especial, lo que supondría el aquietamiento de la actividad inquisitoria del juez. Aún reducidas a sus verdaderos límites, son, no obstante, de inequívoca na-

turalidad instructoria, y su práctica es eminentemente judicial.

Por ello, subsidiariamente, y para el caso de estimarse inconstitucional la Ley Orgánica número 10 de 1980, la cuestión habría de extenderse a la de los preceptos antes enumerados, reglamentadores del procedimiento por *diligencias preparatorias*. Esta posibilidad está expresamente acogida por el artículo 39.1 de la Ley Orgánica número 2/1979, de 3 de octubre, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC de 8 de abril de 1981, 71/1982, de 30 de noviembre, 27/1985, de 26 de febrero).

Por la misma razón, la cuestión deberá comprender:

1. los artículos 14.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y 87, 1 b) de la Orgánica número 6 de 1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en cuanto legitiman la atribución cumulativa de competencias instructoras y decisoras a un mismo órgano jurisdiccional,

2. la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica número 10 de 1980, y en el artículo 3.º de la número 3 de 1967, que excepcionan la aplicación de la causa de recusación prevista en el apartado 12 del artículo 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («haber sido instructor de la causa»), y la regla 12 del artículo 219 de la Ley Orgánica número 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que configura restrictivamente como causa de abstención y de recusación «...haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal».

IX. Siquiera sea como argumento de autoridad, merece la pena transcribir las consideraciones que, sobre los extremos empleados, se contienen en la última *Memoria* de la Fiscalía General del Estado. Allí puede leerse: «El modelo de proceso penal estructurado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882, partió de la distinción de dos fases en el proceso: el sumario y el juicio oral. La Ley procesal, comprendía que era difícil que una persona desempeñase sucesivamente las funciones de instruir y juzgar, ya que ello podría comprometer la imparcialidad del órgano judicial. Este principio quebró con la Ley 3/67, de 8 de abril, que en una modalidad del procedimiento de urgencia, la conocida como «diligencias preparatorias», atribuyó la investigación y la decisión al mismo órgano judicial. Posteriormente y en vigor la Constitución de 1978, se publicó la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento Oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que incurre en el mismo planteamiento. La Ley Orgánica del Poder Judi-

cial 6/1965, de 1 de julio, sigue el mismo camino, lo que nos preocupa, salvo que ... las oportunas modificaciones legales den la facultad de instruir al Ministerio Fiscal.

Efectivamente, hay que resaltar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó, el 26 de octubre de 1984, sentencia en el caso «De Cubber». Se trataba de un supuesto en el que formó parte del Tribunal un magistrado que había intervenido previamente como instructor. El Tribunal, sin poner en duda la imparcialidad subjetiva de ese magistrado, consideró que el mismo no disponía de una entera libertad de juicio, por su conocimiento anterior de la causa, y que no freía las suficientes garantías de imparcialidad. Este criterio parece que es apuntado también en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1987, en el recurso de amparo 772/85, aunque en este supuesto, el Tribunal Constitucional no otorgó el amparo porque el juez que instruyó las primeras diligencias, fue distinto del que actuó en el juicio oral...» (págs. 13 y 14). Los párrafos transcritos son tan elocuentes, que huelga todo comentario.

X. No se desconoce —compartiendo la inquietud igualmente mostrada por el Excmo. Sr. fiscal general del Estado en su *Memoria...* (pág. 14)— la gravedad de las consecuencias que comportaría una declaración de inconstitucionalidad de las normas que atribuyen a los jueces de Instrucción competencias para instruir y fallar las causas tramitadas por los modelos del procedimiento de urgencia y de la Ley Orgánica 10/1980, pero todo lo hasta ahora expuesto conduce derechamente a semejante resultado. Uno de los más recientes monografistas del tema concluía: «...cabe asegurar que atribuir a un mismo juzgado tanto la investigación como el enjuiciamiento penal, genera una duda objetiva sobre la imparcialidad del juzgador, que le habría de llevar a la abstención o, de no producirse éstas, a conceder al acusado el derecho de recusación, para salvaguardar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra en un lugar preponderante la de imparcialidad del llamado a dictar sentencia.» Por supuesto, la previsión de unos preceptos que excepcionan tales supuestos de la recusabilidad del juez o magistrado es absolutamente irrelevante. No hay ninguna razón válida que permita discriminar los casos exceptuados de cualesquiera otros de reunión de funciones instructora y decisoras. Se trata únicamente de evitar lo que, de otro modo constituiría una estridente incoherencia formal interna. Pero la incoherencia de fondo pervive, y debe desaparecer.