

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 8. Diciembre 1987

Diego Díez, Luis Alfredo de

Profesor colaborador de Derecho procesal. Universidad de Santiago de Compostela

EL PRINCIPIO «EL QUE INSTRUYE NO DEBE JUZGAR» COMO GARANTÍA DE IMPARCIALIDAD EN EL ENJUICIAMIENTO PENAL

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: TRATADO INTERNACIONAL. DERECHOS HUMANOS. IMPARCIALIDAD. PROCEDIMIENTO DE URGENCIA. INSTRUCCION DEL PROCEDIMIENTO. FALLO.

ÍNDICE

- I. Eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español
 - 1. Introducción
 - 2. Tratado Internacional
 - 3. Tratado de Derechos Humanos
- II. La garantía de imparcialidad en el CEDH:
 - 1. El proceso penal justo
 - 2. La imparcialidad del Tribunal:
 - A) La imparcialidad subjetiva
 - B) Imparcialidad objetiva
- III. El principio «el que instruye no debe juzgar»
 - 1. Justificación
 - 2. Ley de Enjuiciamiento Criminal
 - 3. La Ley 3/1967, de 8 de abril
 - 4. La Constitución española de 1978
 - 5. La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre
 - 6. La Ley Orgánica del Poder Judicial
- IV. Conclusiones

TEXTO

I. EFICACIA DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

1. Introducción

El movimiento filosófico reformista ilustrado del siglo XVIII, del que destacaron nombres como el de Rousseau, Montesquieu, Voltaire y Beccaria, determinó profundas modificaciones en el orden social y político, incidiendo, naturalmente, en el régimen punitivo (1).

En efecto, el advenimiento del Estado moderno y la necesidad de ajustar el proceso penal a la concepción del Estado de Derecho exigía la adopción de un sistema procesal penal que, extrayendo de cada uno de los dos sistemas precedentes (acusatorio e inquisitivo) aquello que fuera aceptable y rechazando lo que repugnare (2) perfilase los principios acordes con la nueva concepción social. Fruto de estas ideas se fue bosquejando el denominado sistema acusatorio formal o mixto, resultante de la «combinación entre los caracteres del acusatorio y los caracteres del inquisitorio, combinaciones que cabe realizar en los más variados modos»(3)

Esta forma procesal, adoptada por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, se construye, entre otros principios básicos, sobre la separación de las funciones de investigar y acusar respecto de la función de juzgar, aun cuando todas ellas representen funciones públicas que el poder organizado no abandona a la iniciativa de los particulares; y ello como garantía de la más absoluta y escrupulosa imparcialidad del juzgador en el momento de dictar su resolución (4) ya que, como advierte ORBANEJA (5) «el Estado, en cuanto juzga, no investiga y persigue, porque se convertiría en parte, y con ello peligraría la objetividad de su juicio».

Vamos a elaborar este trabajo a partir de la separación funcional del instructor y del juzgador en el proceso penal, analizando, pues, el principio *el que instruye no debe juzgar* como garantía de imparcialidad desde la perspectiva del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, cuya eficacia normativa en nuestro ordenamiento está fuera de toda duda -y quedará justificada a continuación-, así como desde el punto de vista de nuestra Carta Magna y Leyes procesales penales. La eficacia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (a partir de ahora CEDH) puede ser examinada en el orden jurídico español desde una doble perspectiva: como Tratado Internacional y como Tratado sobre Derechos Humanos.

2. Tratado Internacional

Las disposiciones normativas del CEDH, como tratado internacional, válidamente celebrado y publicado oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno conforme preceptúa el artículo 96.1 de la Constitución. Nuestra Carta Magna se inclina así por la recepción automática, lo que supone excluir la necesidad de una regla de transformación o de ejecución para que estas normas internacionales cobren vigencia interna, bastando, a tal efecto, la observancia de los requisitos mencionados en el precitado artículo 96.1 CE, el cual ha de integrarse con lo dispuesto en el artículo 1.5 del Código Civil, que relaciona la publicación en el *Boletín Oficial del Estado* con la eficacia directa en España.

En cuanto a su posición en la jerarquía normativa de las fuentes del Derecho, ninguna determinación expresa contiene nuestra Constitución. No obstante -afirma SANTAOLALLA LOPEZ (6), «puede decirse que ocupan una posición intermedia entre la Constitución y las Leyes formales internas».

Efectivamente, la supraordenación a estas últimas se deduce, aunque indirectamente (7) de la especia-

lidad establecida en la Constitución, bien sea para su *aprobación* (art. 94, en relación con el 74), exigiendo mayoría de cada una de las Cámaras, prioridad del Congreso en la iniciación del procedimiento, Comisión Mixta eventual (a falta de acuerdo entre Senado y Congreso) y decisión definitiva -en último caso- por mayoría absoluta del Congreso; o bien para su *derogación, modificación o suspensión*, al prever, en su artículo 96. 1, que «sus disposiciones (las de los tratados internacionales) sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional» Su rango, pues, debe situarse con prelación respecto de cualquier otra ley que no precise estos requisitos para su modificación (8)

De otro lado, la subordinación a la Constitución se infiere del artículo 95.1, en cuanto dispone que «la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional». Es obvio que si la conclusión de un tratado que no resultase conforme a la Ley Fundamental exige la previa revisión de ésta, ello supone que aquél no puede modificarla directamente y que, por ende, se trata de una norma subordinada (9).

3. Tratado de Derechos Humanos

Desde este aspecto, y conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, el Convenio tiene una posición más preeminente entre las fuentes del Derecho, pues sus normas sirven de pauta interpretativa respecto de los derechos fundamentales y libertades reconocidas en el texto constitucional.

Claro es que, en lo relativo al Convenio Europeo, no acaba ahí la virtualidad del precitado artículo 10.2. Ciertamente, no sirve de mucho que, con carácter general y como método interpretativo de las normas fundamentales del título I de la Constitución, se recurra a otros preceptos en la materia que, como los contenidos en tratados y convenios internacionales, están, a su vez, necesitados de interpretación.

De ello se deduce que la remisión afectuada por el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna ha de entenderse en el sentido de que ésta hace suya la jurisprudencia sobre derechos humanos y libertades fundamentales (arts. 2 a 18 del CEDH) elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a partir de ahora TEDH) en cuanto órgano en el cual se reside la interpretación y aplicación del Convenio (art. 45 CEDH) (10); si bien ha de precisarse con LINDE (11) que «la autovinculación de la Constitución española a la interpretación practicada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en esta materia, que de por sí supone una innovación de extraordinario interés, debe entenderse como vinculación a un *standard mínimo* susceptible de verse incrementado por la legislación española y la jurisprudencia de nuestros Tribunales», lo que significa que la disposición del artículo 10.2 CE -como especificación del *favor libertatis* que expresa el párrafo 1º del mismo precepto- puede tener tan sólo la consecuencia del extender, nunca la de restringir, el área de libertad de los individuos.

II LA GARANTIA DE IMPARCIALIDAD EN EL CEDH

1. El proceso penal justo

De la dicción del artículo 6 del CEDH, y de su desarrollo jurisprudencial, se infieren los principios básicos garantes del proceso penal justo -aspectos que forman parte del principio de *fair trial* ya recogido en la Carta Magna de 1215-, los cuales constituyen un todo, una unidad conceptual, de modo que la falta de

cualquiera de ellos implica la violación del derecho del individuo. Se trata de un concepto análogo al establecido en el artículo 24 de la Constitución española cuando se refiere al proceso «con todas las garantías».

Ahora bien, de los diversos elementos que integran el proceso penal justo (12) vamos a limitarnos en estas notas al examen del derecho a un Tribunal *imparcial*, recogido por el artículo 6.1 del CEDH (13) en los siguientes términos:

«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) por un *Tribunal (...) imparcial (...)* que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.»

Sobre la exégesis de este precepto, advierte el TEDH que «una interpretación restrictiva del artículo 6.1 -singularmente en cuanto al respecto del principio fundamental de la imparcialidad del juicio- no encajaría con el objeto y la finalidad de esta disposición, visto el lugar eminente que el derecho a un proceso justo ocupa en una sociedad democrática, en el sentido del Convenio» (Vid. las Sentencias *Delcourt*, de 17 de enero de 1970, pfo. 25, *in fine*, y *De Cubber*, de 26 de octubre de 1984, pfo. 30, *in fine*).

2. La imparcialidad del Tribunal

Afirma GOLDSCHMIDT (14) que «la justicia se basa en la imparcialidad de las personas que intervienen legalmente en la resolución de la causa»; y, en la misma línea, ALCALA-ZAMORA (15) entiende por juzgador, en sentido genérico o abstracto, «el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes». La imparcialidad es, en palabras de COTTA (16), «la condición propia del juicio; es más, es su condición estructurante, fuera de la cual no hay juicio». Con ello se pretende decir que el valor primario de la jurisdicción es la imparcialidad y todo lo demás son instrumentos puestos al servicio de ese fin esencial (17). Así pues, existe un interés público en asegurar la imparcialidad del juzgador y el prestigio de la función jurisdiccional procurando no sólo la exclusión del juez por ser parcial (18) , sino porque pueda temerse fundadamente que lo sea, evitando toda sospecha sobre el pronunciamiento judicial. Para ello, las distintas legislaciones procesales penales establecen unas concretas garantías de abstención y recusación (19) de los funcionarios judiciales en base a determinadas circunstancias (20) que, racionalmente, pueden relacionar al titular del órgano jurisdiccional con los sujetos o con el objeto de la causa sometida a su consideración y que, por tanto, se erigen en óbices que actúan como impeditivos de ese conocimiento, de tal modo que, bien por propia iniciativa (abstención), o por decisión Judicial a petición de parte (recusación), el juez o Magistrado en quien concurra alguna de las circunstancias o causas previstas pueda ser separado del enjuiciamiento del asunto y sustituido por otro.

Tanto la abstención o excusa como la recusación constituyen instituciones procesales que tienen, como ya se dijo, un fundamento común: *garantizar la Imparcialidad* (21), pues los motivos en que se basan pueden, según las normas de experiencia, influir en el ánimo judicial torciendo la rectitud de su decisión (22) ; ahora bien, si el juez es excluido no lo es tanto porque se tenga convicción de su parcialidad cuanto por el temor de que lo sea. Por ello, con independencia de que se produzca o no la torcida interpretación en el supuesto concreto (23) el Derecho erige dichas circunstancias en presunciones *iuris et de iure* suficientes para impedir la imparcialidad. En definitiva, lo que se pretende es que desaparezca el peligro de la intervención del *iudex suspectus* (24) ya que, como puntualiza JIMENEZ ASENJO (25) «el juez no sólo ha de ser justo, sino parecerlo».

A este respecto, el derecho del justiciable a un Tribunal imparcial, en el sentido del artículo 6.1 del

CEDH, implica el deber de abstención y el correlativo derecho de recusación, tanto del juez que tenga algún prejuicio en relación con el caso concreto, como, más genéricamente, siempre que exista una razón legítima para dudar de que su intervención afecte a la imparcialidad del juicio.

En tal sentido, el TEDH ha precisado reiteradamente en sus sentencias sobre el *Caso Piersack*, de fecha 1 de octubre de 1982, y sobre el *Caso De Cubber*, de 26 de octubre de 1984 (26) que la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales -entendida como ausencia de prejuicios o parcialidades debe analizarse desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva (27).

A) Imparcialidad subjetiva

Desde el aspecto subjetivo se trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto, y al mismo se refieren la mayor parte de las circunstancias previstas por nuestro ordenamiento como causas de abstención y recusación (parentesco, amistad o enemistad, interés ...). La imparcialidad subjetiva se presume siempre de todo juez o Magistrado salvo prueba en contrario (presunción *iuris tantum*) (28).

B) Imparcialidad objetiva

Claro es que la garantía de imparcialidad no puede reducirse a una apreciación puramente subjetiva, limitada única y exclusivamente a constatar si un determinado juez o Magistrado, en atención a sus circunstancias personales respecto de las partes o sus Letrados, debe excusarse o puede ser recusado. Es obvio que en esta materia revisten importancia incluso aquellas apariencias capaces de cuestionar la confianza que los Tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática, puesto que, tal y como precisa un célebre adagio inglés, *justice must not only be done; it must also be seen to be done* (29)

De ahí que desde el punto de vista objetivo hayan de tenerse en cuenta consideraciones de carácter funcional y orgánico, a través de las cuales el TEDH ha llegado a la conclusión, en el *Caso Piersack* (Sentencia de 1 de octubre de 1982), de que puede parecer sujeta a caución la imparcialidad de un Tribunal de lo criminal presidido por un Magistrado que previamente, en funciones de adjunto primero del Procurador del Rey en Bruselas, había dirigido la sección del Ministerio Fiscal encargada de la investigación y acusación del asunto enjuiciado; así como también afirma el Tribunal, en el *Caso De Cubber* (Sentencia de 26 de octubre de 1984), que el ejercicio sucesivo de las funciones de juez de Instrucción y de juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa constituye una violación del artículo 6.1 del Convenio.

En definitiva, sanciona dicho órgano jurisdiccional en ambos supuestos el básico principio de que *el que instruye no debe juzgar*, pues, como apostilla la profesora RUGGIERI (30), «menospreciar las influencias que hasta la persona mejor recibe al desempeñar actos instructorios antes del plenario en el que después puede participar, significa al azar uno de los derechos fundamentales del ciudadano».

III. EL PRINCIPIO «EL QUE INSTRUYE NO DEBE JUZGAR»

1. justificación

Uno de los principales defectos del sistema inquisitivo fue la confusión en un mismo órgano (el judicial) de las funciones investigadoras, acusadoras y de enjuiciamiento; y, prescindiendo aquí de fundamentar la obvia necesidad de atribuir a órganos estatales distintos e independientes entre sí el ejercicio de la labor de acusar y de juzgar al objeto de suprimir la peligrosa figura del Juez-acusador (31) lo cierto es que, como acertadamente escribe CARNELUTTI (32), «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 aquélla; pero tal disposición de ánimo, sí bien favorece a la investigación, perjudica a la valoración; también juzga el acusador después de haber investigado; indaga el juez también antes de valorar los indicios, las investigaciones, los interrogatorios practicados incluso por el mismo..., pero, sin embargo, prevalece en la actividad del uno el momento en de la investigación, y en la del otro, el momento de la valoración».

En tal sentido destaca ALCALA-ZAMORA(33) que «sí bien el instructor ha de actuar con la mayor imparcialidad, recogiendo con el mismo celo los elementos de cargo que los de descargo, se estima que por defecto de su intervención en la etapa preparatoria, podría llegar al juzgamiento con prejuicios que afectasen a la imparcialidad del fallo o de su voto e incluso influir con ellos en quienes con él integrasen el Tribunal, caso de corresponderle a éste juzgar. La relación del instructor y el inculpado llega en la práctica a ser tirante con frecuencia, ya que aquél está obligado a esclarecer unos hechos que el segundo tiene interés en que no se descubran G..). El fundamento de la separación consiste, por tanto, en la incompatibilidad psicológica de ambos menesteres». De igual modo, GOMEZ ORBANEJA (34) mantiene que «si el Magistrado llamado a conocer de éste (del juicio) ha instruido anteriormente el sumario en su tarea (instructora) ha podido ir prejuzgando en uno y otro sentido, tanto da, el valor del material recogido. Incluso es imposible, psicológicamente, que al terminar el sumario, no se sienta inclinado, en mayor o menor medida, por ese prejuicio, en cualquier sentido que lo sea y, en todo caso, sin que ningún móvil parcial le incline a ello».

Efectivamente, la fusión de las actividades persecutoria y judicial en la persona del juez importa, inevitablemente, una excesiva presión psicológica con respecto al mismo, ya que «sólo un Juez dotado de una capacidad sobrehumana -precisa SCHMIDT (35)- podría sustraerse en su actividad investigadora». Ello nos lleva a la ineludible conclusión de que funciones distintas, cuales son la investigación y el enjuiciamiento, reclaman, para una adecuada eliminación del *iudex suspectus* de parcialidad, la existencia de órganos también distintos en los que se residencien sendas tareas, dando con ello efectivo cumplimiento al axioma *el que instruye no debe juzgar*, entendido como un principio básico del proceso que afecta a la imparcialidad e independencia total y absoluta de la persona del juzgador, tanto física como mentalmente, tanto consciente como inconscientemente (36)

La sentencia, expresión última y más importante del enjuiciamiento, es, como dice RODRIGUEZ-AGUILERA (37), «una operación humana de la inteligencia y de la voluntad», y es preciso que esa voluntad no esté mediatizada en modo alguno. La íntima imparcialidad y desprevención que exige en el juez la función decisoria sólo se puede garantizar el mismo está libre de todo «pre»Juicio, tan posible de existir tratándose de una actividad agresiva contra el acusado, vinculada con múltiples medidas coactivas (38).

2. Ley de Enjuiciamiento Criminal

El modelo de proceso penal diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 parte del principio de que el instructor no puede juzgar la causa, denunciando, en la propia Exposición de Motivos, como vicio

grave del sistema inquisitivo, «que el juez que instruye éste -el sumario- es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que han hecho nacer en su ánimo la instrucción».

A tal fin distinguió en el procedimiento dos fases o períodos perfectamente caracterizados (39) : el sumario (dirigido a la instrucción de la causa), y el juicio oral (encaminado a recoger el material en que ha de basarse la sentencia); diversidad funcional que se correspondía con la separación orgánica entre juzgados de Instrucción (unipersonales) «a quienes se descarga del plenario y del pronunciamiento y motivación de la sentencia», y Audiencias de lo Criminal -hoy Provinciales- (colegiadas) «Tribunal que, extraño a la instrucción, va a Juzgar imparcialmente».

En efecto, la LECr consagró sus propósitos en su articulado y residenció la competencia en los siguientes términos: «para la instrucción de las causas, los jueces instructores del partido en que el delito se haya cometido» (artículo 14.2 en su redacción originaria), y, «para conocer de la causa y del juicio respectivo, la Audiencia de lo criminal de la circunscripción en donde el delito se haya cometido» (art. 14.3 en su redacción originaria). Consecuente el legislador con su filosofía comprensiva de la dificultad que entraña el sucesivo desempeño por una misma persona de las funciones de instruir y juzgar, y de que tal acumulación compromete la imparcialidad del órgano jurisdicente, la Ley Procesal Penal enumeró, en su artículo 54.12, entre los motivos legítimos de recusación, el «haber sido instructor de la causa»(40)

El principio *no se puede ser instructor y juzgador* -concluye ALMAGRO (41)_ Viene a constituir «una clara garantía de justicia Este principio se mantuvo incólume desde 1882 hasta 1967».

r 3. La Ley 3/1967, de 8 de abril

El sistema de reparto funcional instaurado por el legislador de 1882 en la LECr, como salvaguarda de imparcialidad, fue desvirtuado por la Ley 3/1967, de 8 de abril, al crear el denominado *procedimiento de urgencia y regular* el capítulo rubricado *Del procedimiento para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción* (arts. 790-792 LECr), asumiendo los jueces instructores, por virtud de la nueva normativa, la tramitación de las diligencias previas, las diligencias preparatorias y la celebración del juicio oral dictando la oportuna sentencia.

Pese a la declaración de intenciones del Preámbulo de la Ley pretendiendo dar una solución urgente a problemas acuciantes de la Justicia penal «sin alterar sustancialmente la ordenación penal y procesal actualmente vigentes», lo cierto es que, al instituir como sentenciador al propio juez que instruía las diligencias, vulneraba uno de los principios capitales de la filosofía inicial del ordenamiento procesal común (42) y adicionaba a nuestra Ley Procesal Penal instituciones novedosas en contradicción con todo el sistema vigente. No son de extrañar, pues, las abundantes y autorizadas críticas suscitadas contra esta innovación (43) por suponer una regresión al sistema anterior a la LECr.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha declarado en su Sentencia de 9 de julio de 1983 (art. 4143) que «la rigurosa separación entre el juez de la instrucción y el juez del fallo, es un principio fundamental del proceso penal que no desaparece en el llamado procedimiento de urgencia en el que el fallo compete a los jueces de Instrucción, pues en tales procesos el juez propiamente no dicta auto de procesamiento con todo el proceso intelectual de subsunción en el tipo de injusto penal que lo comporta, ni tampoco el mal llamado en la práctica «auto de inculpación», desconocido como tal en la Ley, sino que a instancia del Fiscal o querellante (...) se limita a acceder a la apertura del juicio oral (...) pero sin anticipar nunca su propio criterio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado, juicio de valor que queda deferido al momento de dictar sentencia y una vez celebrado el juicio oral (art. 791 y 792 de la LECr).

En efecto, en el procedimiento de urgencia cuyo fallo compete a los juzgados de Instrucción no se dicta auto de procesamiento y, por ende, no existe una formal inculpación. Ahora bien, ello no obsta para advertir que en tal procedimiento, al igual que en el previsto por la Ley Orgánica 10/1980, como luego veremos, el

Juez de Instrucción asume la dirección de una exhaustiva y auténtica investigación acerca de los hechos objeto de la causa según dispone el artículo 785 LECr: «El juez empleará para la comprobación del delito y la culpabilidad del presunto reo los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley (...) ».

Además, la adopción por el propio juez de Instrucción de medidas cautelares tales como la prisión preventiva a que se refieren los artículos 503 y 504 de la LECr, que exigen inexcusablemente, entre otras circunstancias para poder decretarla, la existencia de «motivos bastantes para creer responsable criminalmente a una persona», significa que se está realizando una imputación aun cuando no se efectúe formalmente mediante el auto de procesamiento, pues -como señala ASENSIO MELLADO (44)- los motivos a que se refiere el artículo 503.3 LECr «Implican una valoración, una apreciación de tal entidad que conduzca al sujeto a adoptar una resolución tan grave como la prisión provisional que supone, siempre, la anticipación de los efectos de una sentencia condenatoria»; incluso contienen una imputación mayor que la derivada de los meros indicios del artículo 348 LECr, necesarios para dictar el auto de procesamiento, pues basta para procesar la existencia de una simple posibilidad racional o, como dice AGUILERA DE PAZ (45), «para declarar procesado al presunto culpable basta con un solo dato que la razón estime digno de tenerse en cuenta para dudar de la inocencia de la persona sospechosa de culpabilidad», mientras que, para decretar la prisión se precisa una mayor certeza y convicción del Juez sobre el juicio de reproche, de tal modo que pueda sostenerse, aunque de forma provisional, la responsabilidad criminal del sujeto (46).

Ciertamente, lejos de reforzarse el principio acusatorio formal, como asegura la Fiscalía del Tribunal Supremo en su Circular de 1 de diciembre de 1967 y mantienen autores como ARAGONESES (47), la asunción de la instrucción y el enjuiciamiento por un mismo órgano jurisdiccional ha llevado a un importante sector doctrinal a afirmar que este procedimiento «no puede ser calificado de acusatorio» (48) y que «contradice en lo esencial el sistema de la LECr porque caracteriza a éste no sólo ni principalmente que para que pueda abrirse el juicio sea necesario que alguien, ejercitando la acción penal lo pida, sino, sobre ello, que el órgano que falle sea distinto del que haya reunido, en una investigación previa, la base de la acusación» (49).

En razón del nuevo procedimiento establecido, y coherente con la desacertada acumulación funcional producida en los juzgados de Instrucción, el artículo 3 de la Ley 3/1967 dispuso la inaplicación al mismo de la ya citada causa 12 de recusación, de las enumeradas en el artículo 54 de la LECr, consolidando así la quiebra de un principio básico en aras de exigencias de oportunidad puramente conyunturales.

4. La Constitución española de 1978

A partir de las normas constitucionales puede fundadamente criticarse la acumulación funcional en un mismo órgano jurisdiccional que a la vez investiga y dicta sentencia.

En primer lugar, el artículo 117 de la CE, en sus párrafos 3.º y 4.º, proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales determinados por las leyes, los cuales no ejercerán más funciones que las señaladas anteriormente y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. El carácter negativo de los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción (50) derivados de los términos del aludido artículo 117 CE (y reiterados en la dicción del artículo 2 LOPJ haciendo referencia además al Registro Civil), conduce a la interpretación restrictiva de este precepto (51).

Así pues, en la instrucción penal, es evidente, por un lado, que no se ejerce potestad jurisdiccional, pues ni se juzga ni se hace ejecutar lo juzgado; y, por otro, tampoco se precisa la intervención judicial durante toda la investigación, sino sólo cuando se hayan de adoptar medidas limitativas de los derechos fundamentales tal y como exige la propia Constitución (v. gr.: arts. 18.2 y 3, 20.5 ó 22.4) (52)

En segundo lugar, la imparcialidad ha sido sancionada constitucionalmente en el dictado del artículo 117.1 de nuestra Carta Magna (reproducido en el art. 1 de la LOPJ) al enumerar, entre otras garantías de la jurisdicción, la independencia de los jueces y Magistrados; independencia judicial que, como puntualiza ALMAGRO (53) «es instrumental respecto de la imparcialidad que es, en realidad, el fin perseguido por las garantías en que aquélla se manifiesta» (54)

De otro lado, el reconocimiento constitucional del derecho de todos a ser juzgados por un órgano imparcial ha de entenderse comprendido en el enunciado del artículo 24.2 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 (véase el F. J. 2.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 1987).

5. La Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre

Pese al fracaso de la reforma de 1967 (55) y ya en vigor la Constitución de 1978, el legislador instaura un nuevo proceso regulado por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

No obstante, el aparente retorno al sistema de la LECr separando la función investigadora, asumida aquí por la Policía judicial (art. 3.1), del conocimiento y fallo de la causa (56) que viene residenciado en los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido (art. 2.1), lo cierto es que dicho retorno no es real, sino ficticio, al menos, por dos razones:

1ª. De un lado, la actuación de la Policía lo será, en todo caso, a las órdenes del Juez (*El Juez, ordenará*, dice el texto de la Ley) practicando únicamente los actos de investigación que aquél estime pertinentes. Puede, por tanto, afirmarse con LORCA GARCIA (57) que esta fase escrita y de carácter policial se halla «bajo la dirección y control del órgano jurisdiccional», y no sólo en lo relativo a la adopción de medidas cautelares contra el inculpado, ya sean personales (prisión provisional -arts. 503 y 504 LECr-), ya reales (fianzas o embargos), que suponen, en palabras de MORENO CATENA (58), «una verdadera y propia inculpación judicial, un juicio de reproche contra determinada persona, si se quiere, de carácter menos vehemente que la derivada de un auto de procesamiento, pero inculpación sin duda alguna».

2ª. Por otra parte, el hecho de que el artículo 2.11 excluya la aplicación de la tan repetida causa de recusación 12 del artículo 54 LECr, supone reconocer que el juez de Instrucción desarrolla una verdadera actividad instructora, contra lo que, en su día, sostuvo el señor MOSCOSO (59) en el Congreso de los Diputados.

En este sentido, apostilla BONET NAVARRO (60) otro argumento que considera decisivo: «Es obvio que el juez de Instrucción no manda celebrar el juicio oral -es decir, enjuiciar oralmente el delito- inmediatamente de haber tenido la *notitia criminis*. Desde el momento histórico en que tiene este conocimiento que le impone la adopción de una serie de acciones y medidas, hasta el momento en que se considera despatchada la causa para que el Ministerio Fiscal pueda presentar su escrito de acusación, transcurre un lapso de tiempo nada despreciable en la Ley en el que el juez está realizando determinadas averiguaciones encaminadas a preparar ese juicio oral», las cuales deben reputarse de naturaleza claramente instructora.

Claro es que, pese a lo expuesto, no cabe duda de que, en la intención del legislador, el mandato del artículo 3 tiende a desligar al juez de la práctica de actuaciones instructoras encomendadas aquí a la Policía judicial, quien ha de suministrar el material fáctico base del escrito de acusación (61), suprimiéndose así la instrucción en su sentido tradicional (62), al remitir la práctica totalidad de lo que la constituye al acto del juicio oral -núcleo esencial del procedimiento-; y ello, aun cuando la realidad judicial y las necesidades

prácticas desvirtuasen de tal modo los esquemas de este procedimiento que apenas haya parecido entre el proceso descrito por la Ley Orgánica 10/1980 y el que de hecho se aplica por los Tribunales (63).

Bien distinto era -recuerda ALMAGRO (64)- la solución adoptada por la LECr para los supuestos de delitos flagrantes, pues, tras ordenar que el sumario se concluyera en el plazo máximo de ocho días, confiaba el Juicio oral, por medios preferenciales y acelerados, al verdadero Juez natural del caso, o sea, a la Audiencia Provincial.

6. La Ley Orgánica del Poder Judicial

El artículo 87. 1.b) de dicha Ley 6/1985, de 1 de julio, establece que: «Los juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal (...) b) De la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley».

Insensible el legislador a tanta opinión hostil respecto de la acumulación personal y orgánica de funciones investigadoras y de enjuiciamiento, perdió nuevamente la oportunidad de retornar a los fueros de la LECr sustrayendo de la actividad instructora al juez encargado del fallo.

Con esta previsión normativa de la LOPJ se afianza la existencia en algunos procesos penales (el enjuiciamiento de delitos menos graves) del *iudex suspectus*, más aún si tenemos en cuenta que la causa 10 del artículo 219 de la LOPJ admite la recusación del instructor sólo «cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal o haya fallado el pleito o causa en anterior instancia», pretendiendo, pues, esta disposición, que se mantiene la garantía de imparcialidad y, por ende, no se incurre en motivo de recusación, cuando la investigación de los hechos y el fallo vienen atribuidos a la misma persona. Tal despropósito es de todo punto rechazable ya que, como precisa MORENO CATENA (65) «si se estima que es causa legítima de recusación, por razones objetivas que hacen peligrar la imparcialidad al no ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda al respecto, el hecho de concurrir el instructor con otros magistrados a dictar la sentencia, tanto más debe entenderse que existiría parcialidad si es la misma persona (66) y ella sola la que debe dictar la sentencia, cuando para ello no tiene siquiera que convencer a los demás componentes de un tribunal colegiado».

Otro tanto podría predicarse respecto de aquellos supuestos de competencia objetiva *ratione personae* previstos por la LOPJ, en que el mismo Tribunal instruye y enjuicia una causa por razón de la persona del inculpado así el Tribunal Supremo -arts. 57.2 y 3 y 61.4-, o los Tribunales Superiores de justicia -art. 73.3.b); si bien, este problema es fácilmente subsanable en aquellos órganos colegiados que dispongan de suficiente plantilla para evitar que el Magistrado instructor forme luego parte del Tribunal que ha de fallar, pues, en caso contrario, y conforme a lo declarado por el TEDH, nos hallaríamos ante jueces imparciales cuya competencia objetiva responde, paradójicamente, a un reforzamiento del régimen de garantías para cierta categoría de sujetos (67).

IV. CONCLUSIONES

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, podemos extraer de este trabajo las siguientes conclusiones:

1ª La imparcialidad del órgano jurisdiccional, como valor primario de la jurisdicción, viene garantizada constitucionalmente por la independencia de jueces y Tribunales predicada por el artículo 117.1 y por el «derecho a un proceso con todas las garantías» del artículo 24.2.

De igual modo, el artículo 6.1 del CEDH, entre los diversos elementos que integran el proceso penal justo, recoge el derecho a un Tribunal imparcial.

2ª Los Tribunales pueden aplicar las normas del CEDH directamente, como parte del ordenamiento jurídico español, con primacía sobre las leyes y subordinación a la Constitución (arts. 95.1 y 96.1 CE). La jurisprudencia del TEDH, en su interpretación y aplicación del Convenio, es vinculante respecto del sentido y alcance de los derechos y libertades del título I de la Constitución (art. 10.2 CE). Ello significa, de un lado, la posibilidad de invocar ante los Tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzca de las Sentencias del Tribunal Europeo; y, de otro, que puede aducirse inconstitucionalidad de las leyes que vulneren interpretaciones llevadas a cabo por el TEDH en materia de derechos humanos.

3ª El TEDH, en sus Sentencias de 1 de octubre de 1982 (Caso *Piersack*) y 26 de octubre de 1984 (Caso *De Cubber*), sancionó el básico principio de que el que instruye no debe juzgar, como garantía de imparcialidad desde una perspectiva objetiva, dado que el ejercicio sucesivo de las funciones de Juez de Instrucción y de Juez sobre el fondo del asunto por un mismo Magistrado en una misma causa, puede inspirar al inculpado legítimas preocupaciones en orden a su dudosa imparcialidad, por ser sospechoso de tener formada una convicción sobre la culpabilidad del acusado previa al juicio.

4ª Tanto el procedimiento de urgencia para delitos cuyo fallo compete a los juzgados de Instrucción, regulado por la Ley 3/1967, de 8 de abril, como el previsto por la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, para el enjuiciamiento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, o el artículo 87. 1.b) de la LOPJ, residencian en los jueces de Instrucción labores investigadoras y de enjuiciamiento, por lo que, aparte de no ajustarse la actividad indagatoria a las funciones que en exclusiva se atribuyen constitucionalmente a los juzgados y Tribunales (art. 117.4), vulneran el artículo 24.2 de nuestra Constitución y el artículo 6.1 del CEDH según lo interpretó el TEDH en las aludidas Sentencias de los casos *Piersack* y *De Cubber*, puesto que será normalmente la misma persona -salvo sustitución, cambio de titular en el órgano jurisdiccional o reparto (68) - la que dirija la investigación, acordando, en su caso, la prisión preventiva, y la que dicte la sentencia; acumulación funcional que genera una duda objetiva sobre la imparcialidad del juzgador contraria al proceso justo, o con todas las garantías.

Igual duda surge en cuanto a la imparcialidad de órganos colegiados tales como el Tribunal Supremo, los Tribunales Superiores de justicia o las Audiencias Provinciales que, *ratione personae*, tienen competencia objetiva para la instrucción y el fallo de ciertas causas (69) salvo que se habilitasen los cauces necesarios para que el instructor no participe en el enjuiciamiento, evitando así el legítimo temor del inculpado a que tal Magistrado hubiera prejuzgado el tema durante la fase sumarial perdiendo, por tanto, su ecuanimidad, y a que el mismo pudiera influir, por su profundo conocimiento del caso, en el ánimo de los demás componentes del Tribunal (70).

5ª Hora es ya de que, mediante el oportuno cauce previsto por los artículos 35 y ss. de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, los jueces y Tribunales de este país cuestionen ante tan Alto Tribunal la adecuación de los mencionados procedimientos -carentes de la inexcusable imparcialidad objetiva del juzgador- a nuestra Carta Magna y al CEDH, promoviendo su declaración de inconstitucionalidad.

Ello comportaría, sin duda alguna, graves quebrantos en el actual sistema de enjuiciar, frente a lo cual no nos resistimos a transcribir parcialmente lo declarado por el TEDH en los párrafos 34 y 35 de la tan mencionada Sentencia *De Cubber* sobre la tesis del Gobierno belga cuando alega que «si el Tribunal estima que ha existido una infracción del artículo 6.1, de ello se seguirían consecuencias graves para los Tribunales belgas «con escasos efectivos (...)». El TEDH responde a dicha objeción recordando que «incumbe a los Estados contratantes ordenar su sistema judicial de manera que les permita responder a las exigencias del artículo 6.1 (Sentencia *Guincho* de 10 de julio de 1984), a la cabeza de las cuales figura seguramente la imparcialidad. Su tarea (la del Tribunal) consiste en averiguar si han alcanzado el resultado

querido por el Convenio, no en indicarles los medios que han de utilizar para ello».

6.^a Quizá fuera conveniente de *lege ferenda*, para evitar la confusión entre instructor y juzgador, la supresión de la instrucción judicial y que ésta fuera realizada por el Ministerio Fiscal con una Policía judicial dependiente directamente de él, residenciándose, en todo caso, en el juez, la potestad de adoptar las decisiones que pudieran ser lesivas de derechos fundamentales de la persona (71) al modo como se reguló por la StPO alemana en su reforma de 1975(72)

7.^a De cualquier manera, es preciso que el legislador, volviendo al viejo espíritu de la LECr, adecue el enjuiciamiento penal a la correlativa diversidad orgánica y personal que, como garantía de imparcialidad, exige la diversidad funcional en cuanto a investigación y decisión de fondo.

Ha de procurarse que la persona que, individual o colegiadamente, haya de dictar la sentencia comience las sesiones del juicio oral libre de todo «prejuicio». Para ello no es necesario llegar a extremos tales como los propuestos por MONTERO AROCA (73) cuando propugna la «no disposición por el tribunal del sumario» de modo que, «concluido el sumario, éste debe elevarse, no al tribunal juzgador, sino a sus destinatarios naturales, el original al Ministerio Fiscal y fotocopia a la defensa (...) las diligencias sumariales reproducibles no estarán así nunca a disposición del tribunal sentenciador, por lo que éste no podrá tenerlas en cuenta». Basta, como ya se ha dicho, con que el legislador se defina precisando el órgano oficial encargado de dirigir la instrucción (74) y concrete la efectiva imparcialidad del juzgador en una radical separación entre las funciones de instruir y juzgar, que han de atribuirse a órganos y personas distintas en todos los procedimientos establecidos o que se establezcan.

NOTAS:

(1) Véase VELEZ MARICONDE, A.: *Estudios de Derecho procesal penal*. vol. I, Córdoba (República Argentina), 1956, págs. 115 y ss.

(2) PESSINA afirmó que ninguno de los sistemas descritos «incluye en sí todas las garantías necesarias para la recta administración de justicia». PESSINA, E.: *Manuale di Diritto penale*, parte III, Nápoles, 1905, página 7.

(3) CONSO, G.: «Accusa e sistema accusatorio», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo 1, Milán, 1958, pág. 337.

(4) La imparcialidad del Tribunal, como garantía de un proceso penal justo, ha sido acogida en textos normativos de rango internacional, tales como el artículo 10 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (París, 10 de diciembre de 1948), el artículo 6.1 del *Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre Y de las Libertades Fundamentales* (Roma, 4 de noviembre de 1950) y el artículo 14.1 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (Nueva York, 16 de diciembre de 1966).

(5) GOMEZ OÉBANEJA, E.: *Derecho procesal penal*, 10.^a ed., Madrid, 1986, pág. 120.

(6) SANTAOLALLA LOPEZ, F.: «Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución», en varios autores: *La Constitución española las Fuentes del Derecho*, vol. III, Madrid, 1979, pág. 1923.

(7) El artículo 6.1 del Anteproyecto elaborado por la Ponencia contenía un expreso reconocimiento de la superioridad de los tratados sobre las leyes internas, incluso las posteriores, al disponer que «los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez aplicados, jerarquía superior a la de las leyes» (*Boletín Oficial de las Cortes*. núm. 44, de 5 de enero de 1978, Congreso de los Diputados, pág. 670). Este precepto desapareció en el Informe de la Ponencia y se mantuvo así en todas las fases posteriores.

a0 (8) Cfr. en este sentido SANCHEZ AGESTA, L.: «La jerarquía normativa en la Constitución de 1978», en varios autores: *La Constitución y las fuentes del Derecho*, vol. III, Madrid, 1979, págs. 1901-1902.

(9) La misma solución fue acogida por algunos de los constituyentes, como el señor HERRERO RODRIGUEZ DE MIÑÓN, al referirse al valor «supralegal e infraconstitucional» de los tratados (*Diario de*

Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 109, Sesión plenaria celebrada el 13 de julio de 1978), y como el señor OLLERO GOMEZ, cuando menciona su «prevalencia sobre cualquier disposición con rango inferior a la Constitución» (*Diario de Sesiones del Senado*, núm. 50, Sesión plenaria celebrada el 6 de septiembre de 1978),

(10) La aludida vinculación se refiere exclusivamente a las interpretaciones vertidas en las Sentencias dictadas por dicho Tribunal en razón de su carácter jurisdiccional, del que carecen la Comisión y el Comité de Ministros, y ello aun cuando la Comisión Europea de Derechos Humanos, en materia de inadmisibilidad de demandas (arts. 26 y ss. Del CEDH), dicte decisiones creadoras de una jurisprudencia de facto interpretativa del Convenio.

(11) LINDE PANIAGUA, E.: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, varios autores coordinados por Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, 2ª ed. , Madrid, 1983, pág. 181. En el mismo sentido FERNANDEZ DE LA VEGA SANZ, M. T : « Derechos humanos y Consejo de Europa », en *Temas constitucionales*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, pag.91.

(12) Son los siguientes: 1) existencia de un Tribunal independiente e imparcial; 2) carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado; 3) publicidad del procedimiento; 4) solución del proceso en un plazo razonable; 5) presunción de inocencia, y 6) garantías respecto del derecho de defensa del acusado de una infracción penal.

(13) Pese a que, como ya pusimos de manifiesto anteriormente en la nota 4 de este trabajo, el derecho a un *Tribunal imparcial* ha sido plasmado en diversos cuerpos normativos internacionales, hemos elegido el texto del CEDH porque establece un mecanismo de aplicación más eficaz, ya que, como apunta TRUYOL Y SEERRA, « la Convención no se limitó a imponer obligaciones a los Estados y creó instancias de decisión supranacionales cuyo uso no monopolizan ya los Estados. Se instituyeron dos órganos específicos para la protección de los derechos humanos, a saber: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art 19) » TRUYOL Y SERRA, A.: *Los derechos humanos*, 2. Ed., Madrid, 1977, pag. 46.

(14) GOLDSCHMIDT, W.: «La imparcialidad como principio básico del proceso (la "parcialidad" y la parcialidad)», en *Revista de Derecho Procesal*, 1950, pág. 187.

(15) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N.: «El antagonismo juzgador- partes: situaciones intermedias y dudosas», en *Scritti Giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, vol. II, Padova, 1958, pág. 11.

16 COTTA, S.: «L'istituzione giudiziaria tra diritto e politica», en *Rivista di Diritto Civile*, parte 1, 1984, pág. 430.

(17) Cfr. LOPEZ Y LOPEZ, A. M.: «Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)», en *Justicia*, núm. IV, 1986, pág. 956.

(18) Sobre las figuras de «juzgador-parte» y «juzgador parcial» véanse las págs. 2 y ss. del trabajo de ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO anteriormente citado, especialmente las págs. 12 a 20.

(19) JIMENEZ ASENJO, E., en *Derecho procesal penal*, vol. I, Madrid, sin fecha, pág. 287, define la *recusación* como el «acto procesal de parte, por virtud del cual ésta rechaza al Juez, objetivamente competente, para que conozca de asunto determinado en que ella tiene interés, porque existiendo en él cierta tacha personal se sospecha de su imparcialidad», consistiendo la *abstención* «en el hecho espontáneo de apartarse el juez del conocimiento de un asunto por reconocer que carece, o puede parecerlo, de las condiciones necesarias subjetivas para obrar independientemente en él».

(20) En nuestra LECr los motivos de abstención y recusación se recogen en el artículo 54, precepto que debe entenderse derogado y sustituido por el dictado del artículo 219 de la LOP.I.

Posteriormente a la entrada en vigor de la Ley Procesal Penal, y según disponen los artículos 3 de la Ley 3/1967, de 8 de abril, y 2.II de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, el haber sido instructor de la causa (motivo de recusación previsto por el apartado 12 del art. 54 LSCr, que se corresponde con el

núm. 10 del art. 219 LOPI) no es aplicable a los procedimientos de urgencia, cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción, ni al enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

(21) Cfr. ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho procesal*, varios autores, t. I, vol. I, 2ª ed., Valencia, 1987, pág. 118. En igual sentido se expresan SAEZJIMENEZ, J., y LOPEZ FERNANDEZ DE GAMBOA, E.: *Compendio de Derecho procesal civil y penal*, t. IV, vol. II, Madrid, 1968, pág. 162.

(22) Dice MANZINI, V., en *Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario*, vol. I, Torino, 1920, pág. 369, que los motivos de abstención y recusación para la exclusión del juez sospechoso de parcialidad son extraídos de la experiencia general, teniendo en cuenta la fuerza media de resistencia individual a los móviles internos o externos que pueden influir dañosamente sobre el ánimo del Juez, en cuyo caso es lícito presumir que pueda devenir esclavo de pasiones o de preocupaciones contrarias a la recta administración de justicia.

(23) «En el caso concreto -escribe GOMEZ ORBANEJA-, aun existiendo una de las relaciones que la ley toma como causas de recusación, la firmeza de carácter, el desinterés personal efectivo del funcionario etc., podrían bastarse a eliminar toda inclinación parcial o prevención. No evitan, sin embargo, tales circunstancias personales, que la ley no toma en cuenta para nada, el peligro, ni en los particulares interesados, aun como meros expectadores, en el pronunciamiento judicial, la sospecha,» GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho...*, op. cit., pág. 51.

(24) De cuyo peligro ya advirtieron las Partidas al decir que «... es mucho peligrosa cosa de auer ome su pleyto delante del Judgador sospechoso...». Partida III, Título IV, Ley XXII, rubricada *Qué es lo que han de fazer los Juezes, quier sean Delegados, o Ordinarios, quando alguna de las Partes dizzen que los han por sospechosos*.

(25) JIMENEZ ASENJO, E.: *Derecho...*, op. cit., vol. I, pág. 288.

(26), Vid. los comentarios a esta Sentencia efectuados por RUGGIERI, F.: «La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'imparzialità del giudice istruttore», en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1985, páginas 929-944, y por MARTIN-GRANIZO FERNANDEZ, M.: «Notas sobre la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 ("De Cubber")», en *Poder Judicial*, núm. 4, diciembre 1986, págs. 85 y ss.

(27) Véase EISSEN, M. A.: *jurisprudence relative à l'article 6 de la Convention* (publicaciones de la Cour Européene des Droits de l'Homme), Estrasburgo, 1985, págs. 28-29.

(28) En este sentido véanse las Sentencias del TEDI sobre los casos «Le Compte, Van Leuve y De Meyere» de 23 de junio de 1981, parágrafo 58 (BJC. núm. 11, 1982, págs. 228 y ss.); «Piersack» de 1 de octubre de 1982, parágrafo 30 (BJC, núm. 38, 1984, págs. 883 y ss.), y «De Cubber» de 26 de octubre de 1984, parágrafo 25 (BIC. núm. 58, 1986, págs. 237 y ss.).

(29) Citado por el TEDII en las Sentencias «Delcourt» de 17 de enero de 1970, parágrafo 31 (BC, número 58, 1986, págs. 238 y ss.), y «De Cubber» de 26 de octubre de 1985, parágrafo 26 (BC, núm. 58, 1986, págs. 237 y ss.).

(30) RUGGIERI, F.: «La Corte europea ... », art. cit., pág. 942.

(31) Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N.: *El antagonismo...* op. cit., págs. 14-16.

(32) CARNELUTTI, F.: *Lezioni sul proceso penale*, vol. II, Roma, 1949, págs. 180 y ss.

(33) ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, N., y LEVENE, R.: *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, 1945, págs. 269-270.

(34) GOMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. II, Barcelona, 1951, págs. 29-30.

(35) SCHIMIDT, E.: *Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho procesal penal*, versión castellana del doctor José Manuel Núñez, Buenos Aires, 1957, pág. 195.

(36) Cfr. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: «El principio "el que instruye no debe juzgar" desde un punto

de vista axiológico», en *Poder Judicial*, núm. 4, septiembre 1982, pág. 128.

(37) RODRIGUEZ-AGUILERA, C.: *La sentencia*, Barcelona, 1974, pág. 63.

(38) Cfr. SCHMIDT, E.: *Los fundamentos...*, op. cit., pág. 196, y la extensa doctrina que cita en la nota 14.

(39) La doctrina procesalista distingue, además, un período intermedio cuya finalidad radica en determinar si es o no correcta la declaración de conclusión del sumario y si se dan o no los presupuestos necesarios para decretar la apertura del juicio oral. Comienza dicha fase con la llegada de los autos al Tribunal competente y comprende las actuaciones tendentes a la confirmación o revocación del auto de conclusión del sumario, apertura del juicio oral o sobreseimiento y los artículos de previo pronunciamiento. Véase por todos GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho.... op. cit.*, págs. 139-140.

(40) El aludido motivo de recusación, no recogido en la dicción del artículo 428 de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, se introdujo en la LECr -nos dice AGUILERA DE PAZ «Como una necesidad impuesta por la nueva organización de los tribunales de la justicia penal (...) pues, adoptado el criterio de la completa y absoluta separación de la instrucción sumarial y del fallo, es indudable que el Magistrado que como Juez hubiere instruido el sumario no puede en ningún modo cooperar al fallo de la misma causa». AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. I, Madrid, 1923, pág. 386.

(41) ALMAGRO NOSETE, J.: «Sobre la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al cumplirse su centenario», en *Justicia*, núm. II, 1982, pág. 75.

(42) DEL TORO MARZAL, A.: «La influencia de la delincuencia de tráfico en la legislación penal, procesal penal y en la realidad judicial», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2, 1979, pág. 421.

(43) Así, entre otros, PASTOR LOPEZ, M.: *El proceso de persecución, Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*, Universidad de Valencia, 1979, págs. 47-48, y ALMAGRO NOSETE, J.: «Sobre la reforma...», op. cit., pág. 76.

Por su parte, DEL TORO MARZAL recuerda en «La influencia ... », op. cit., págs. 422-423, que «publicada la Reforma de 1967, como su total entrada en vigor se aplazaba hasta el 1 de enero de 1968, los catedráticos españoles de Derecho procesal se reunieron urgentemente en Valladolid, elevando al Gobierno, en 4 de mayo, un amplio dictamen que condenaba duramente la Reforma, sugiriéndose la necesidad de su inmediata cancelación».

(44) ASENSIO MELLADO, J. M.: *La prisión provisional*. Madrid, 1987, pág. 117.

(45) AGUILERA DE PAZ, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, t. IV, Madrid, 1924, página 202.

(46) Cfr. AGUILERA DE PAZ, E.: op. cit., e IBAÑEZ Y GARCIA-VELASCO, M.: *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1969, pág. 200.

(47) ARAGONESES ALONSO, P.: *Curso de Derecho procesal penal*, Madrid, 1986, al referirse, en la página 442, a los principios informadores del «procedimiento de urgencia para delitos cuyo fallo compete a los Juzgados de Instrucción», dice que se inspiran en el «sistema o principio acusatorio (el cual) significa fundamentalmente que la acusación y el juicio estén encomendados a sujetos distintos, entendiéndose las funciones de acusación en un sentido amplio, comprensivo de la búsqueda de los elementos para acusar».

(48) FAIREN GUILLEN, V.: «La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español», en *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, Madrid, 1969, págs. 1211 a 1213.

(49) GOMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho.... op. cit.*, pág. 124. En el mismo sentido PEDRAZ PENALVA, E.: «En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los juzgados de Instrucción», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núms. 2-3, 1980, págs. 466-471.

(50) «Los principios de exclusividad e integridad de la jurisdicción se complementan mutuamente, pues

mientras. el primero separa de la función de aplicar las leyes y ejecutar lo juzgado a cualquier organismo o autoridad que no sea jurisdiccional, el segundo afirma que sólo a éstas corresponde el desarrollo de dichas funciones. » ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho...* op. cit., t. I, vol. 1, pág. 50.

(51) Véanse MONTERO AROCA, J., y ORTELLS RAMOS, M.: *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, 1987, págs. 107-108.

(52) Cfr. MORENO CATENA, V.: «El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apunte sobre la imparcialidad del juzgador», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*. núm. 1.468, 25 de septiembre de 1987, pág. 2758.

(53) ALMAGRO NOSETE, J.: *Derecho...*, op. cit., t. I, vol. I, pág. 118.

(54) En el mismo sentido COTTA, S.: «L'istituzione giudiziaria ... », op. cit., pág. 430, y LOPEZ Y LOPEZ, A. M.: «Independencia...», op. cit., pág. 956.

(55) Vid. LLOBEL MUEDRA, J.: «El proceso por delitos dolosos, menos graves y flagrantes, regulado por la Ley Orgánica 10/ 1080, de 11 de noviembre», en *La Ley*, t. II, 1981, pág. 866.

(56) Obsérvese que para dar mayor credibilidad a la pretendida reforma se ha omitido deliberadamente en el texto del artículo 2.1 el término «instrucción», que, por el contrario, sí se encuentra en el artículo 14.3 de la LECr.

(57) LORCA GARCIA, J.: «Estudio de la Ley Orgánica de enjuiciamiento oral de los delitos dolosos menos graves perseguibles de oficio», en *Anuario de Derecho Penal. y Ciencias Penales*, núm. 1 t. 34, 1981, pág. 63.

(58). MORENO ATENA, V.: « El enjuiciamiento... », art. Cit., pág. 2760.

(59) El señor MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, Diputado de UCD, a la sazón partido gobernante, en defensa del Dictamen de la Comisión referido a los artículos 3 y 4 de esta Ley, dijo: « En la vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal se había pensado siempre que la función de instrucción había que separarla radicalmente de la función decisoria(...) Precisamente para volver al viejo espíritu de esa Ley, de la de Enjuiciamiento Criminal, lo que se ha querido hacer en esta Ley es separar las facultades de resolución. Como van a ser los Jueces los que resuelvan, lo que se ha hecho es que no haya propiamente instrucción. » Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, num. 97, Sesión Plenaria de 11 de junio de 1980, pag. 6372.

(60) BONET NAVARRO, A.: «El enjuiciamiento oral penal (Estudio sistemático)», en *Constitución, Derecho Y proceso. Estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada v Angel Duque Barragués*, Institución «Fernando el Católico», Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 1983, págs. 46-47.

(61) «Con ello -dice PUEBLA POVEDANO, A.: *Procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, Madrid, 1982, pág. 46- parece iniciarse una tendencia hacia la implantación del sistema anglosajón de instrucción por el Fiscal y la Policía, pero la innovación es tímida, confusa e imprecisa.»

(62) Diario de Sesiones citado, págs. 6362, 6369 y 6372.

(63) Así se expresa DE LLERA SUAREZ-BARCENA, F., en «El procedimiento para el enjuiciamiento de delitos menos graves en el Anteproyecto de Reforma de la LECr», en *Justicia*, núm. I, 1986, pág. 66, quien añade: «Pese a las previsiones legales, se continuaron iniciando las actuaciones penales conforme al trámite de las diligencias previas del artículo 789 LECr y sólo tras una verdadera actividad instructora que sustituye a las llamadas diligencias preparatorias y en la que desde luego no se delega en la Policía las diligencias de investigación, conforme el artículo 3 de la Ley Orgánica 10/1980 establece (...).»

(64) ALMAGRO NOSETEJ.: «Sobre la reforma ... », op. cit., págs. 76-77.

(65) MORENO CATENA, V.: «El enjuiciamiento... », art. cit., pág. 2760.

(66) Caso distinto fue el que motivó el recurso de amparo núm. 772/1985 ante el Tribunal Constitucio-

nal, resuelto por Sentencia de 3 de julio de 1987, denegando justamente el amparo solicitado, pues, aun cuando se trataba de un supuesto en que la demandante había sido juzgada y condenada por el procedimiento previsto en la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, en la aplicación concreta que de dicha Ley se efectuó frente a la recurrente no se vulneró su derecho a ser juzgada por un juez o Tribunal imparcial, dado que, pese a la acumulación funcional prevista por el artículo 2.1 de la citada Ley Orgánica 10/1980, lo cierto es que el Magistrado que intervino en la etapa previa de investigación fue una persona distinta de aquello que procedió al enjuiciamiento.

(67) Idénticas razones a las apuntadas abonan el rechazo del polémico artículo 8.1.II de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, reguladora de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y de las Policías Locales, en virtud del cual las Audiencias Provinciales asumen tareas propias de la instrucción y del enjuiciamiento al ser competentes «para seguir la instrucción, ordenar, en su caso, el procedimiento y dictar el fallo que corresponda» respecto de los miembros de dichas fuerzas y Cuerpos. Ello, naturalmente, siempre que no se establezcan las oportunas normas de reparto o recusación que impidan al Magistrado instructor intervenir en la formación de la Sentencia.

(68) Al parecer, en algunas ciudades, como Barcelona, se ha establecido, para obviar el problema de acumulación de funciones, una norma interna de reparto entre los Jueces de Instrucción de forma que, cuando un procedimiento penal se sigue por los trámites de los artículos 790 y 792 de la LECr o por los de la Ley Orgánica 10/1980, el enjuiciamiento es efectuado por juez distinto del que intervino en la investigación. Sin embargo, ello no es sino una solución parcial, ya que no resuelve la cuestión en los partidos judiciales, donde, por existir un único juzgado de Instrucción, no cabe posibilidad alguna de reparto funcional.

(69) El Tribunal Supremo para las previstas por los artículos 57.2 y 3 y 61.4 de la LOPJ; los Tribunales Superiores de justicia para las causas dirigidas contra las personas mencionadas en el artículo 73.3.b) de la LOPJ, y las Audiencias Provinciales para aquellas a que se refiere el artículo 8. 1.II de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo.

(70) «(...) 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 investigación que había utilizado durante la instrucción, el o los informes -a menudo voluminosos- constituidos por sus trabajos. También se comprende que pueda, a los ojos del interesado, aparecer ocupando una situación que le permita desempeñar un papel capital en la jurisdicción que debe pronunciar el fallo, habiéndose formado por anticipado una opinión que pueda pesar en el ánimo del Tribunal a la hora de la decisión)» (Sentencia del TEDH en el caso «De Cubber» de 26 de octubre de 1984, párrafo 29).

(71) Así, las medidas cautelares personales (prisión provisional) y reales (fianzas, embargos), las posibles intervenciones corporales, la autorización de entrada y registro en domicilio, la intervención telefónica o de la correspondencia, cte.

(72) A este respecto, véanse los trabajos de PEDRAZ PENALVA, E.: «La reforma procesal penal de la República Federal de Alemania de 1975 », en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, págs. 687-691, y GOMEZ COLOMER, J. L.: *El proceso penal alemán. Introducción Y normas básicas*, Barcelona, 1985, páginas 149 y ss.

(73) MONTERO AROCAJ.: «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Justicia*, núm. II, 1983, págs. 304-305.

(74) Pueden verse las distintas opciones que plantea ALMAGRO NOSETE, J., en su artículo «Sobre la reforma ... », cit., págs. 79-80, de las cuales nos decantamos por una instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, tal y como hemos expuesto en la conclusión sexta de este trabajo.