

noción de Estado de Derecho y un principio estructural consagrado (art. 117.1) por nuestra Constitución. Por eso el Juez no está sujeto a instrucciones de los Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, que sólo a través de los recursos previstos en las leyes procesales pueden corregir, en su caso, la interpretación de las leyes que juzguen, también con libertad incorrectas.

Cuando a pesar de las instituciones procesales destinadas a evitarlas o corregirlas se producen divergencias interpretativas, éstas no entrañan, sin embargo, en sí mismas, una quiebra del principio de igualdad ante la ley, pues la ley diversamente interpretada por los distintos jueces o incluso por un mismo Juez, en diversos momentos, es aplicada, sin embargo, por igual siempre que en tal aplicación no se tomen en consideración, como antes se dice, diferencias personales a las que la ley misma no conceda relevancia.

Por eso la función de este Tribunal como Tribunal de amparo no es la misma cuando el derecho fundamental cuya lesión se imputa al órgano judicial, es alguno de los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título I de nuestra Constitución, que cuando lo que se supone vulnerado es el principio de igualdad consagrado en su art. 14 y tal vulneración se dice producida por una diferencia en la interpretación. En el primer caso nuestra competencia implica la facultad de determinar si la interpretación judicial de la Ley es conforme o no con la Constitución y nuestra decisión, excluyendo interpretaciones constitucionalmente ilegítimas es vinculante para todos los Jueces y Tribunales como expresamente reconoce la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 4.1). En el segundo, y en cuanto ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la Constitución, el problema que la divergencia plantea, sólo puede ser traído ante nosotros cuando quien se siente víctima de una aplicación discriminatoria de la ley pueda

ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal de una decisión, cuyo sentido diverso al de otras decisiones anteriores y, eventualmente posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad, que no debieron serlo.

No es evidentemente esta la situación que en la presente demanda de amparo se describe, pues ni hay en ella insinuación alguna de que la personalidad de las partes haya sido indebidamente tomada en cuenta por la Sentencia recurrida, ni significa ésta una quiebra injustificada en una doctrina anterior a la que después hubiera vuelto el propio Tribunal, sino más bien el inicio de una nueva línea interpretativa mantenida desde entonces.

FALLO

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

Ha decidido:

Denegar el amparo solicitado.

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

Dada en Madrid a doce de julio de mil novecientos ochenta y ocho.—Francisco Tomás y Valiente.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Firmados y rubricados.

19564 Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad números 1.344/1987 y 1.412/1987, acumuladas. Sentencia número 145/1988, de 12 de julio.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Tomás y Valiente, Presidente; doña Gloria Begué Cantón, don Angel Latorre Segura, don Francisco Rubio Llorente, don Luis Díez-Picazo y Ponce de León, don Antonio Truyol Serra, don Fernando García-Món y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don Jesús Leguina Villa y don Luis López Guerra, Magistrados, ha pronunciado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En las cuestiones de inconstitucionalidad núms. 1.344/87 y 1.412/87, acumuladas, promovidas, respectivamente por el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid por supuesta inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (con especial referencia a su art. 2, en cuanto norma de atribución de competencias); así como de los arts. 14.3 y 790 a 792, ambos inclusive, de la L.E.Cr. (redacción dada por la Ley 3/1967, de 8 de abril), y art. 3 de esta misma Ley, y art. 87.1 b) y 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 6/1985, de 1 de julio, y por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca también por supuesta inconstitucionalidad del indicado art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, por contradecir el art. 24.2 C.E. Han sido partes el Fiscal General del Estado y el Letrado del Estado, este último en representación del Gobierno, y Ponente el Magistrado don Angel Latorre Segura, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Por Auto de 22 de octubre de 1987, el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid elevó a este Tribunal cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (con especial referencia a su art. 2, en cuanto norma de atribución de competencias); así como de los arts. 14.3 y 790 a 792, ambos inclusive, de la L.E.Cr. (redacción dada por la Ley 3/1967, de 8 de abril), y art. 3 de esta misma Ley, y art. 87.1 b) y 219.10 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial, en cuanto implican competencia de un mismo órgano jurisdiccional para la instrucción, conocimiento y fallo de una misma causa, por si pudieran ser contrarios al art. 24.2 C.E., que reconoce los derechos al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso público con todas las garantías.

2. La mencionada resolución expone como antecedentes de hecho:

a) En las diligencias previas número 3.245/87, seguidas por el propio órgano judicial, después de practicados los oportunos actos de

investigación preliminar, pudo concluirse que los hechos podrían constituir un delito tipificado en los artículos 514 y 515.1 del Código Penal del que pudiera ser responsable el inculpado.

b) Por Auto de fecha 12 de septiembre se acordó oír al Ministerio Fiscal sobre la oportunidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre los indicados preceptos legales en cuanto pudieran contradecir de forma insubsanable el mencionado art. 24.2 C.E., que consagra el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso público con todas las garantías.

c) Transcurrido el plazo legal de diez días hábiles sin que se evacuara el traslado conferido, y habiéndose constituido en parte en el procedimiento el denunciado, su defensa se dio por enterada del Auto dictado, manifestando su adhesión al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

3. La duda sobre la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados se basa, en síntesis, en los siguientes argumentos: 1.º El modelo diseñado por la L.E.Cr. de 14 de septiembre de 1882 partió de la diferenciación del procedimiento penal en dos fases o etapas fundamentales: La del sumario, encaminado a la instrucción de la causa, y la del juicio oral o plenario, encomendándose el primero a los Juzgados de Instrucción, y el segundo a las Audiencias Provinciales; 2.º La indicada Ley, para evitar que las preocupaciones y prejuicios que hicieran nacer en el Juez la instrucción pudieran influir en quienes debían juzgar imparcialmente, enumeró en su art. 54.12 entre las causas legítimas de recusación el haber sido instructor de la causa, manteniéndose el indicado principio hasta la Ley 3/1967, de 8 de abril, que, en su art. 3, dispuso que la citada causa de recusación no sería aplicable a los supuestos comprendidos en el número 3.º del art. 14 de la L.E.Cr., que atribuye a los Jueces de Instrucción competencias para la instrucción, conocimiento y fallo de una modalidad del procedimiento de urgencia regulada en el Capítulo Segundo, Título III, del Libro IV; 3.º Estando ya en vigor la Constitución, la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, también excluye en su artículo 2 la aplicación de la indicada causa de recusación, y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, por una parte, al listar en su art. 219 las causas de abstención y recusación, menciona en su número 10 haber sido instructor de la causa cuando el conocimiento del juicio esté atribuido a otro Tribunal, y por otra, mantiene entre las competencias de los Juzgados de Instrucción: La instrucción y fallo de las causas por delitos o faltas en que así se establezca por Ley [art. 87.1 a) y b)]; 4.º Los derechos fundamentales al Juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 C.E. deben interpretarse, conforme a la remisión que hace el art. 10.2 C.E. a los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la misma materia suscritos por España, teniendo en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, TEDH) al aplicar la norma contenida en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; y de acuerdo con ella (en especial Sentencia de 26 de octubre de 1984, caso «De Cubber»), y con el contenido de reiteradas resoluciones de este Tribunal, forma parte de los indicados derechos la idoneidad e imparcialidad del órgano en relación con el asunto concreto, que puede verse comprometida por la asunción por el órgano sentenciador del

critorio formado en la fase preliminar de investigación cuando ésta y la de conocimiento y fallo corresponde al mismo Tribunal, como ocurre en el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, y, más claramente aún, en el procedimiento de urgencia en la modalidad de las denominadas diligencias preparatorias; 5.º Aunque las dudas que sobre la constitucionalidad del proyecto de la Ley Orgánica 10/1980 planearon sobre el debate parlamentario trataron de disiparse mediante la desaparición de la instrucción judicial, y pese a que, incluso, en alguna resolución de la denominada jurisprudencia menor (S.A.P. de Vitoria de 1 de diciembre de 1982) y Sentencia del Tribunal Supremo, como, la de 9 de julio de 1983, consideren que no existe dicha fase, de la interpretación sistemática de los arts. 3 y 5 de la propia Ley resulta que si existe una fase preliminar de investigación judicial, cuyo cauce, a la vista de la remisión del párrafo 2.º del art. 5 es el de las diligencias previas del art. 789 de la L.E.Cr.; y precisamente porque el órgano jurisdiccional realmente instruye fue preciso excepcionar expresamente en su art. 2.2 la causa de recusación prevista en el art. 54.12 de la L.E.Cr.; 6.º El Juez recibe declaración al detenido, y no hace falta ser un experto psicólogo para entender que acto continuo se realiza un enjuiciamiento preliminar del hecho denunciado, a la vista de cuyo resultado se comienza a instruir y se decide sobre la situación personal haciendo aplicación de lo previsto en los arts. 503 y 504 de la L.E.Cr.; 7.º En definitiva, concluye, en el modelo procedimental de la Ley Orgánica 10/1980 no está ausente una fase instructora en la que el Juez de Instrucción practica algunos actos de investigación, ordena la práctica de otros por la Policía Judicial, toma conocimiento del resultado de unos y otros actos de investigación, adopta medidas cautelares personales o patrimoniales, debiendo valorar la probabilidad de que el imputado sea responsable del delito que se le atribuye, y sobre la base de ese conocimiento resuelve abrir el procedimiento especial de la Ley, dar una tramitación distinta o archivar las actuaciones (art. 5.2), por no considerar los hechos delictivos, lo que a *sensu contrario* significa que de seguir adelante ha encontrado indicios de que aquéllos pueden constituir delito; 8.º De entenderse que la Ley Orgánica 10/1980 contradice el derecho fundamental consagrado en el art. 24.2 C.E. serían aplicables las normas comunes contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en concreto, el procedimiento de urgencia, en la modalidad de las denominadas diligencias preparatorias, reguladas en los arts. 790 a 792, a tenor de lo previsto en el art. 779 del Código Procesal, pero conforme a la regla 3.ª del art. 14, también en él se encomienda a un mismo órgano jurisdiccional, el Juzgado de Instrucción territorialmente competente, la instrucción, conocimiento y fallo, con lo que se reproducirían las mismas dudas suscitadas a propósito de la Ley Orgánica, pero sin que pueda ya alegarse justificación alguna respecto del auténtico carácter instructorio de las diligencias previas que, según el art. 789 de la L.E.Cr., son «las esenciales encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el procedimiento aplicable»; 9.º En consecuencia, subsidiariamente de estimarse inconstitucional la Ley Orgánica 10/1980, en los términos expuestos, la cuestión ha de extenderse a los preceptos enumerados que reglamentan el procedimiento de las diligencias preparatorias, como posibilidad acogida por el art. 39.1 LOTC, y a la que no se opone el hecho de que los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuestionados sean anteriores a la publicación de la Constitución, ya que no puede negarse que el Tribunal Constitucional, según su Sentencia de 2 de abril de 1981, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con los postulados constitucionales de leyes preconstitucionales que se impugnen, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida, produciendo su pronunciamiento plenos efectos frente a todos a diferencia de la inaplicación al caso concreto que efectúe el órgano jurisdiccional ordinario.

4. El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, en el procedimiento penal oral 186/87, C, en virtud de Auto de 16 de octubre de 1987, también acordó promover cuestión de inconstitucionalidad respecto al indicado art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, por si pudiera infringir el citado derecho de los ciudadanos a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24.2 C.E. A tales efectos, como antecedentes, señalaba que en el mencionado procedimiento, por Auto de 5 de septiembre de 1987 se había acordado la prisión provisional del encausado; y que, después de celebrado juicio oral, en el que el Ministerio Fiscal calificó los hechos como constitutivos de un delito de robo con fuerza en las cosas en grado de frustración de los arts. 500, 504.1 y 505, en relación con el art. 3 y 51 del Código Penal, con la concurrencia de la circunstancia agravante del número 15 del art. 10 del mismo texto legal, por providencia de 1 de octubre acordó promover la indicada cuestión de inconstitucionalidad, confiando a las partes el plazo de diez días para que, con suspensión del plazo para dictar Sentencia, formularan las alegaciones que estimaran oportunas.

Las dudas sobre la constitucionalidad del indicado artículo de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, también se basan en la exigencia de imparcialidad del órgano sentenciador que forma parte del contenido de las garantías del proceso reconocidas por el mencionado precepto constitucional, en términos semejantes a como se manifiesta el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1960, ratificado por España y publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 30 de abril de 1977, y art. 6.1 del Convenio sobre Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, que puede verse comprometida por el previo conocimiento de la fase instructora, citando a tales efectos el criterio, mantenido por el TEDH en la Sentencia «De Cubber», de 26 de octubre de 1984.

5. Las Secciones Cuarta y Segunda de este Tribunal, en sendas providencias de 10 y 23 de noviembre de 1987, acordaron tener por recibidas las actuaciones de los Juzgados de Instrucción núm. 9 de Madrid y núm. 2 de Palma de Mallorca, y admitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas con los núms. 1.344/87 y 1.412/87, respectivamente, dando traslado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 37.2 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado por conducto de sus Presidentes, al Gobierno por conducto del Ministerio de Justicia, y al Fiscal General del Estado, al objeto de que en el plazo común de quince días pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimasen convenientes. Asimismo, se dispuso la publicación de la incoación de las cuestiones de inconstitucionalidad en el «Boletín Oficial del Estado».

6. En la cuestión de inconstitucionalidad 1.344/87, el Congreso de los Diputados, en escrito presentado el 18 de noviembre de 1987, comunicó al Tribunal que, aun cuando no se personara en el procedimiento ni formulara alegaciones, ponía a su disposición las actuaciones de la Cámara que pudiera precisar. El Senado, en su escrito registrado con fecha 2 de diciembre de 1987, solicitó se le tuviera por personado en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. El Fiscal General del Estado y el Letrado del Estado, en representación del Gobierno, comparecieron y alegaron en ambas cuestiones de inconstitucionalidad, solicitando la acumulación de ambas, que fue acordada por Auto del Pleno del Tribunal de 16 de febrero de 1988.

7. El Fiscal General del Estado, en sendos escritos presentados el 3 y 9 de diciembre de 1987, interesó la desestimación de las cuestiones de inconstitucionalidad en base a los siguientes argumentos: 1.º Si bien uno de los Juzgados cuestiona la constitucionalidad de ocho preceptos de tres leyes distintas, la que realmente afecta al proceso *a quo* y es, por ello, determinante del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad es la Ley Orgánica 10/1980 —en concreto y en especial su art. 2— pues la de los otros artículos se efectúa de modo subsidiario; 2.º Aun admitiendo, de acuerdo con la doctrina de nuestra jurisprudencia constitucional (SSTC 47/1982, 47/1983 y 44/1985) y del TEDH, que la imparcialidad exigible al órgano judicial tiene una doble perspectiva subjetiva y objetiva, referida ésta a consideraciones de carácter funcional y orgánico, que impiden que un mismo Magistrado tenga sucesivamente funciones de instructor y de miembro del Tribunal, debe tenerse en cuenta que en el procedimiento de la mencionada Ley Orgánica 10/1980, al contrario de lo sucedido en el asunto «De Cubber», resuelto por la invocada Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984, no existe esa dualidad Juez instructor-miembro del Tribunal, y, en virtud del art. 118 L.E.Cr., aplicable con carácter supletorio, no rige el principio inquisitivo, pudiéndose ejercitar desde el principio el derecho de defensa contradictoria; además de que, como en Sentencias anteriores, el TEDH contempla supuestos diversos que son resueltos con fallos de distinto signo, y que no son generalizables al margen del caso concreto en ellos contemplado; 3.º La Ley Orgánica 10/1980 diseñó un modelo para los llamados delitos menores que trataba de conciliar la rapidez con las garantías, y en tanto una solución legislativa más profunda no subsane sus posibles defectos, lo que debe dilucidarse es si la actividad que el Juez realiza antes del juicio oral le inhabilita para juzgar con imparcialidad, tanto subjetiva como objetiva, según exige el art. 24.2 C.E., debiéndose efectuar el análisis de la «etapa previa» tal como se regula en la ley y no en las desviaciones que se hayan podido producir en la praxis, destacando a tal efecto: Que los actos de investigación los realiza siempre la policía a través del atestado (arts. 3 y 4), el acuerdo de seguir el correspondiente procedimiento que adopta el Juez (arts. 4 y 5) no constituye actividad instructora ni implica prejuicios valorativos, y, en fin, el recibir declaración al detenido y resolver sobre su situación personal, conforme a los arts. 503 y 504 L.E.Cr., tampoco tiene entidad bastante para que se cuestione la imparcialidad juzgadora, como no la tiene el que la Audiencia confirme el Auto de prisión, u otra medida cautelar, que se acuerde por el Juez de Instrucción, cuando la decisión de éste es recurrida en apelación; 4.º La actividad del Juez en la etapa preliminar sucintamente descrita sirve (sistema acusatorio) para que el Ministerio Fiscal (y en su caso el acusador particular) formulen el llamado escrito de acusación (arts. 6 y 7), en los que se proponen la prueba a practicar en el juicio oral bajo los principios de concentración y oralidad; únicamente, por excepción se anticipan pruebas en presencia del Juez, cuando no puedan realizarse en dicho juicio y cuando esté ya señalada la fecha de su celebración, así como el dictamen de sanidad u otra diligencia esencial (arts. 7.1.1.º, 8 y 9); 5.º El Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión todavía de pronunciarse de modo pleno sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 10/1980, pero existen declaraciones de su Sala Primera sobre su art. 2.2, en relación con el art. 54.12 L.E.Cr., así en Auto 799/1985, de 13 de noviembre, que inadmitió el recurso de amparo 759/85, se señala que el derecho a recusar no forma parte de las garantías procesales constitucionalizadas, sino del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, que no había sido invocado,

como vulnerado, por el solicitante del amparo, si bien señalaba que en el caso concreto que analizaba la causa de recusación no era aplicable de los supuestos previstos en el núm. 3 del art. 14 L.E.Cr., ni tampoco a los procesos de delitos menos graves y flagrantes contemplados en la Ley Orgánica 10/1980, puesto que expresamente alude a su inaplicabilidad el art. 2.2 de dicha Ley Orgánica; 6.º La Ley Orgánica 10/1980 ni en su art. 5.2 ni en ningún otro, se remite *in genere* a las «diligencias previas», cuyo contenido regula el art. 789 L.E.Cr., sino sólo y exclusivamente a su regla primera, que se refiere al archivo, y de la aplicación supletoria de la Ley Procesal Penal, establecida en la Disposición final de la Ley Orgánica tampoco se puede obtener aquella consecuencia, ya que establece su propio procedimiento, y en este aspecto no tiene que hacer ningún reenvío a procedimiento distinto, con independencia de lo que se haga en la práctica judicial; 7.º El art. 87.1 b) LOPJ no establece para los casos en que la competencia corresponde al Juzgado, cosa distinta de lo que prescribe el art. 57.2 y 3 para los supuestos en que la competencia se atribuya legalmente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a lo que ningún reproche de inconstitucionalidad se hizo en las SSTC 51/1985 y 30/1986 y en orden al art. 219.10 LOPJ, reitera que en el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 no hay instrucción propiamente dicha, y en todo caso la situación incorrecta que daría lugar a la recusación es cuando quien instruye luego resuelve y falla en otro Tribunal porque el instructor podría llevar al mismo los prejuicios derivados de su función instructora; 8.º Se trata, en definitiva, de una cuestión de política legislativa que ha de recuperar el viejo planteamiento de que la investigación sea únicamente una fase preparatoria del juicio oral que ha de atribuirse al Fiscal, para aproximar nuestro ordenamiento procesal a lo que es normal en el mundo occidental y poder conseguir un proceso rápido con plenitud de garantías para el justiciable y la sociedad en los llamados delitos menores; es de señalar, sin embargo, la enorme trascendencia que tendría la declaración de inconstitucionalidad en esta materia, que entiendo rechazable, a pesar de las reservas y dudas que suscita el procedimiento cuestionado, sin pronunciarse sobre las «diligencias preparatorias», dado que su presunta inconstitucionalidad sólo se aduce subsidiariamente, y sin olvidar que el principio que se cuestiona está respaldado de una u otra forma por dos Leyes Orgánicas para cuya aprobación se exige la mayoría prevista en el art. 81 C.E.; 9.º Por último, formula un reparo procesal a la admisión de la cuestión 1.344/87 derivado de que se plantea anticipadamente en unas diligencias previas, antes de incoarse el procedimiento que se cuestiona.

8. El Fiscal objetó también en sus alegaciones a la admisibilidad de la cuestión 1.412/87, que no figura en las actuaciones constancia de que la providencia abriendo el trámite de audiencia se hubiera notificado a las partes ni tampoco de que el Ministerio Fiscal y la defensa hubieran formulado alegaciones. Por providencia de 13 de enero de 1988 la Sección Segunda de este Tribunal acordó requerir del Juzgado promotor de la cuestión testimonio de los extremos citados. Remitido dicho testimonio resulta que la providencia anunciando el planteamiento de la cuestión fue debidamente notificada al Ministerio Fiscal y al inculpado y sin que en ninguno de ellos presentase alegación alguna.

9. El Letrado del Estado, en escrito presentado el 3 de diciembre de 1987, en primer lugar, se opone a la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad 1.344/87, conforme al art. 37.1 LOTC, ya que a su entender: No concreta la resolución que debe dictar y cuya validez pende de las normas que cuestiona, no justifica cumplidamente que tales normas sean aplicables al caso, no explica en qué medida la decisión del procedimiento depende de ella, y no plantea la cuestión una vez concluido el procedimiento y antes de dictar Sentencia. En orden a la supuesta vulneración del art. 24.2 C.E., con carácter general, señala que, desde la necesaria imparcialidad del juzgador, la necesidad de continuar el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980 o de incoar otro distinto resulta indiferente, puesto que esa decisión es puramente procedimental, no tiene carácter definitivo, ni supone pronunciamiento (prejuicio) de culpabilidad. Y de manera concreta formula las siguientes alegaciones para justificar una Sentencia desestimatoria de la cuestión planteada: 1.ª Si se parte, como hace el Juez promotor de la cuestión de inconstitucionalidad, de la identificación de la instrucción con la actividad preparatoria del juicio, no puede considerarse ésta como incompatible con el principio de imparcialidad judicial, ya que todos los procedimientos concebibles podían resultar inconstitucionales; es por el contrario necesario distinguir entre actividades previas al juicio, dirigidas a su preparación, de las que pueden calificarse propiamente instructoras, analizando las que ciertamente puedan afectar a dicha imparcialidad en razón a la posición y función del Juez y la finalidad de su actuación; 2.ª Teniendo en cuenta los mencionados criterios analiza el procedimiento de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, y señala que antes de que el Juez adopte la resolución procedimental que proceda (art. 5.2), existe sólo una fase previa integrada por actos procesales de comunicación a las partes personadas, actos dirigidos a resolver de inmediato la situación personal del detenido, con arreglo a los arts. 503 y 504 L.E.Cr., y, finalmente, actos de investigación realizados por la Policía Judicial, en todo caso, o acordados *ex officio* y practicados directamente por el Juez, siendo necesarios unos, como la petición de certificado de nacimiento y antecedentes penales, del presunto culpable, y posibles otros para perfilar la totalidad de las estructuras delictivas cuando

existan fundadas dudas en orden a si el delito perseguido se sitúa en el ámbito de la Ley; 3.ª No pudiendo plantear ningún problema los actos procesales de comunicación, y no debiendo suscitarse tampoco la declaración que recibe el propio Juez «al detenido» y «no al presunto culpable», más como acto de garantía del derecho de defensa que como acto de investigación inquisitiva, se reduce el núcleo de la duda a las diligencias que directamente *ex officio* acuerde realizar el Juez, con independencia de las recogidas en el atestado policial; pero este planteamiento olvida que puede encontrarse una vía de interpretación conforme a la Constitución, teniendo en cuenta que su práctica no está prevista en la Ley Orgánica 10/1980 y aunque puedan lícitamente practicarse, al amparo de la remisión de su Disposición final primera a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no siempre serán necesarias, y, aun siéndolo, porque el atestado policial no permita una configuración completa de las estructuras delictivas, el Juez debe limitarse a acordar sólo las complementarias que estime precisas para asegurarse de que los hechos encajan en el ámbito de aplicación de la Ley; 4.ª En resumen, en el plano objetivo a que alude el TEDH en su *arrêt* de 26 de octubre de 1984, no cabe abrigar ninguna duda razonable de que en el proceso de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes el Juez ocupa una posición imparcial, bastante alejada de la que se producía en el asunto «De Cubber» en el que el Juez ocupaba una posición no independiente, y ejercitaba una función claramente inquisitiva que se plasmó en la elaboración por el Instructor de distintos informes que incluían juicios de valor y conclusiones que explicitaban un prejuicio de quien luego estaba llamado a formar parte del Tribunal que sentenció definitivamente; 5.ª La tesis sostenida no supone, sin embargo, que en los casos en que el Juez no se limite a practicar aquellas diligencias indispensables a los fines previstos y pueda poner en riesgo la propia imparcialidad al adoptar una actitud de búsqueda directa de pruebas, no pueda existir una vulneración del art. 24.2 C.E. y de las garantías que consagra, pero en tal caso la vulneración sería imputable al juzgador actuante, sin que por ello sea admisible pretender una anulación integral del procedimiento que regula la Ley Orgánica 10/1980, y, por supuesto, de cualquier Sentencia que se hubiera dictado al aplicarla, porque rechazado que la Ley Orgánica sea, en sí misma y en bloque, inconstitucional, sólo las circunstancias del caso concreto pueden permitir una apreciación razonable y ponderada de la actividad judicial (STC 160/1986).

En la cuestión de inconstitucionalidad 1.412/87, el Letrado del Estado formuló sus alegaciones sustancialmente en el mismo sentido expuesto, por medio de escrito presentado el 14 de diciembre de 1987, si bien insiste en la distinción que debe reconocerse, como hizo este Tribunal en su STC 54/1985, entre lo que es actuación judicial de dirección e impulso *ex officio* del procedimiento y lo que constituye propiamente función inquisitiva; y después de resumir el criterio del TEDH, sostiene que no parece que en términos generales, en el procedimiento penal del que deriva la cuestión suscitada, las mínimas diligencias practicadas por el Juez deban producir un resultado tan grave como el que derivaría de una Sentencia estimatoria.

10. Por providencia del Pleno de este Tribunal de 7 de julio último, se acordó señalar el día 12 del mismo mes para deliberación y votación de la presente Sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. De las dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas en el presente proceso constitucional, una de ellas, la 1.412/87, promovida por el Juez de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, plantea exclusivamente la duda sobre la constitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, según el cual: «Serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido. En ningún caso les será de aplicación la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Este último precepto establece entre las causas de recusación de los Magistrados y Jueces la de haber sido instructor de la causa. El Juez promotor de la cuestión la suscita una vez concluido el procedimiento por entender que la validez de la Sentencia depende de la norma citada, ya que si fuese inconstitucional, y habiendo realizado, a su entender, funciones de instructor, carecería de competencia para celebrar el juicio oral y, en consecuencia, para fallar. La otra cuestión de inconstitucionalidad acumulada, la 1.344/87, promovida por el Juzgado de Instrucción núm. 9 de Madrid, se plantea en forma que no concide totalmente con la anterior. El Juez proponente, tras haber realizado los oportunos actos de investigación preliminar y entendiendo que sería procedente el procedimiento regulado en la Ley Orgánica 10/1980, eleva la cuestión a este Tribunal antes de dictar el Auto por el que acuerde seguir el citado procedimiento. Considera que la totalidad de la Ley Orgánica 10/1980, pudiera ser inconstitucional, aunque se refiere especialmente a su art. 2 y concordantes. La constitucionalidad de la Ley condiciona el procedimiento a seguir y es, por tanto, directamente relevante para la resolución que debe adoptar el Juez que consiste, como se ha dicho, en el Auto por el que se acuerda cuál es este procedimiento. Por otra parte, el Juez proponente señala que, caso de estimarse la inconstitucionalidad de la Ley cuestionada, sería de

aplicación al caso el procedimiento de urgencia previsto en los arts. 790 a 792 de la L.E.Cr., en el que se produce, incluso aún con mayor claridad, la acumulación de la función instructora y juzgadora en el mismo Juez. Al surgir entonces la misma causa de inconstitucionalidad con la misma repercusión sobre la decisión a tomar por el Juez proponente, debería extenderse la declaración de inconstitucionalidad a los arts. 14.3 y 790 a 792 de la L.E.Cr. y 87.1 b) y 219.10 de la LOPJ. Delimitado el ámbito de las respectivas cuestiones, conviene examinar, antes de entrar en el fondo de las mismas, las objeciones que para su admisión alegan el Letrado del Estado y el Ministerio Fiscal.

2. Respecto a la cuestión núm. 1.344/87, el Letrado del Estado advierte como defectos procesales, de una parte, que el Juez proponente no ha concretado la resolución que debía adoptar y cuya validez depende de las normas que cuestiona; y, de otra, que no justifica cumplidamente que tales normas son aplicables al caso y no explica en qué medida la decisión del proceso depende de ellas. Estas objeciones no son aceptables. La resolución que debe dictar el Juez es la que establece el procedimiento a seguir en el caso concreto sometido a su jurisdicción, y que dicho Juez entiende que es el procedimiento fijado en la Ley Orgánica 10/1980, como antes se ha dicho y resulta del propio Auto de planteamiento de la cuestión (fundamento de Derecho segundo), y su validez depende de que sea o no constitucional el procedimiento fijado en dicha Ley, pues de no serlo sería nula la resolución que dispusiese su aplicación. En cuanto a la justificación de que las normas sean aplicables al caso, el Juez proponente da una suficiente fundamentación de que en el proceso planteado ante él deberían seguirse las normas de la Ley Orgánica 10/1980, y también de su petición subsidiaria de que en el supuesto de que se declarase nula esa Ley habría que aplicar el procedimiento establecido en los arts. 790 a 792 de la L.E.Cr. En efecto, si se declarase la inconstitucionalidad de la Ley 10/1980, el Juez proponente tendría que establecer en su resolución que el procedimiento a seguir sería el señalado en los artículos mencionados de la L.E.Cr., de cuya validez dependería también la validez de esa resolución.

3. El Letrado del Estado opone también a la admisibilidad de la cuestión 1.344/87, que el Juez no la ha promovido en el momento procesal oportuno, que sería el de dictar Sentencia, pues sólo entonces podría influir en él la falta de imparcialidad provocada por haber intervenido en la instrucción. Pero tampoco esta objeción es admisible. El Juez no plantea ante este Tribunal Constitucional la duda sobre si debe o no abstenerse de acuerdo con el art. 55 en relación con el 54.12 de la L.E.Cr. El problema que suscita es si debe dictar una resolución que fije para el caso concreto a él sometido un procedimiento a su entender inconstitucional; y ha entendido razonadamente que debía plantearla antes de dictar esa resolución. No cabe oponer a esta decisión que pueden producirse a lo largo del proceso hechos que hagan superfluos el planteamiento de la cuestión; como un eventual cambio de Jueces (caso de la STC 113/1987), pues en el trámite de planteamiento de las cuestiones hay que atender a la que normalmente es de esperar que ocurra en el desenvolvimiento del proceso y no a circunstancias excepcionales que puedan surgir durante su curso.

4. Respecto al asunto 1.412/87, promovido por el Juez núm. 2 de Palma de Mallorca, el Fiscal suscita la objeción de que no figuraba en las actuaciones elevadas a este Tribunal ni se afirmaba en el Auto en que se plantea la cuestión que se hubiesen formulado las alegaciones del Ministerio Fiscal y del inculpado sobre la procedencia de plantearla. Sin embargo, el cumplimiento de estos requisitos ha sido acreditado por el Juzgado, el cual, a requerimiento de este Tribunal, ha remitido testimonio de la providencia por la que se concedía a las partes el plazo legal para alegar lo que estimasen oportuno, así como de su notificación a los interesados y de que estos dejaron pasar el citado plazo sin presentar alegación alguna. En consecuencia, tampoco esta objeción es aceptable.

5. Resueltas así las objeciones previas a la admisión de las cuestiones aquí examinadas es preciso entrar en el fondo de éstas últimas. Las cuestiones se refieren, en primer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y, más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que «en ningún caso» será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54.12 de la L.E.Cr. consistente en haber sido el citado Juez «instructor de la causa». Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se prevían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma suprema. Entre ellas figura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa

imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que figuran en las leyes. La recogida en el citado art. 54.12 de la L.E.Cr. busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empeñe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial». Pues bien, en su citada Sentencia «De Cubber», el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24.2 de la Constitución. No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto; para la instrucción) de las causas sometidas a dicha Ley a los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido, sobre todo si se tiene en cuenta que existen partidos judiciales en que hay más de un Juez de instrucción, por lo que la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro Juez del mismo partido como juzgador.

6. Con la conclusión anterior queda resuelta la cuestión núm. 1.412/87, promovida por el Juzgado núm. 2 de Palma de Mallorca, pues el único precepto legal que en ella se cuestiona es el art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980. No ocurre lo mismo con la cuestión núm. 1.344/87, suscitada por el Juzgado núm. 9 de Madrid que, como se ha señalado, presenta ante este Tribunal un problema de mayor alcance. En efecto, el Juez proponente considera inconstitucional no sólo el art. 2 tantas veces aludido, sino toda la Ley Orgánica 10/1980, porque, a su juicio, la inconstitucionalidad de la confusión entre las funciones instructora y juzgadora inficiona, por así decirlo, toda la Ley citada. Frente a esta opinión tanto el Fiscal como el Letrado del Estado se esfuerzan en demostrar que en la Ley 10/1980, no se prevé una instrucción propiamente dicha sino ciertas actividades previas al juicio oral que no son causa suficiente para provocar un prejuicio en el Juez a la hora de sentenciar. Por ello entienden que no es aplicable al procedimiento previsto en esta Ley la doctrina del citado caso «De Cubber» del TEDH pues en éste se trataba de un Juez que había realizado como Instructor una labor larga durante la cual habría emitido diversos informes y en un sistema en que la instrucción está regida plenamente por el principio inquisitivo. La Ley Orgánica 10/1980, no prevé, por el contrario, más que algunas diligencias, y el principio inquisitivo no rige en su integridad para la fase sumarial. De estos razonamientos resulta que, en efecto, el caso «De Cubber» presenta diferencias apreciables con la situación que plantea la aplicación de la Ley Orgánica 10/1980, pero de

ello no pueden deducirse excesivas consecuencias. El caso «De Cubber» surgió en aplicación de las reglas del procedimiento belga, y si en algunos aspectos refleja sin duda una iniciativa judicial superior a la prevista en la Ley Orgánica 10/1980, en otras las medidas que puede adoptar el Instructor belga son muy inferiores en trascendencia a las que permite la Ley española. Por ejemplo, el Juez Instructor belga no decide sobre la libertad o la prisión del acusado. No se olvide también que en el caso «De Cubber» se trataba de la incorporación del Juez Instructor a un Tribunal colegiado, por lo que su influencia podría no ser decisiva y en la Ley española el Juez juzgador es único por lo que sobre él recae toda la responsabilidad de la decisión. En suma, del caso «De Cubber» lo que nos interesa es el principio de que no puedan acumularse las funciones instructora y juzgadora. La aplicación de ese principio habrá de hacerse teniendo en cuenta las peculiaridades de nuestro Derecho contemplado en su conjunto y no en algún aspecto aislado.

7. La primera observación a formular es que en la Ley se haya creído necesario introducir la imposibilidad de recusar o de abstenerse «en todo caso» por la causa tantas veces citada, pues si el Juez en el procedimiento regulado por dicha Ley no es Instructor, es evidente que no podría juzgar nunca el motivo de recusación contenido en el art. 54.12 de la L.E.Cr. Pero esta observación no hace supérfluo el examen de qué debe entenderse por instrucción a los efectos que ahora interesan para considerar seguidamente si se da o puede darse tal instrucción en la Ley cuestionada. Dado que la forma típica que adopta la instrucción en nuestro Derecho es el sumario puede definirse la instrucción, de acuerdo con el art. 299 de la L.E.Cr., como «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos». Instructor de una causa, será por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le correspondan y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora. Por ello es cierto que no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el art. 54.12 de la L.E.Cr. Basta recordar que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los Autos dictados por el Juez Instructor e incluso decretan de oficio las prácticas de nuevas diligencias al conocer del Auto de conclusión del sumario (art. 631 de la L.E.Cr.). Es, como se ha dicho, la investigación directa, como se da en los casos citados o en otros en que podía pensarse lo que forma el núcleo esencial de una instrucción. Sentado esto, se advierte en primer término que la Ley Orgánica 10/1980 no prevé en el procedimiento por ella establecido una fase expresa de instrucción e incluso en el debate parlamentario correspondiente se dijo que se trataba de un proceso «sin instrucción». Mas del examen de su articulado se desprende que se asignan al Juez actuaciones que en algunas ocasiones pueden calificarse de instructoras y que no son simplemente unas primeras diligencias que no suponen dirigir el procedimiento contra nadie, como ocurre, por ejemplo, en el caso previsto en el art. 303 de la L.E.Cr. en el que la circular del Ministerio Fiscal de 10 de abril de 1911, entendió que el Juez que realizaba las diligencias previstas en dicho precepto no asumía funciones de Instructor. En efecto, aunque quizá para salvar la dificultad que supone la intervención del Juez en la fase anterior al juicio oral, la Ley cuestionada, en su art. 3.1 encomienda a la policía judicial con un cierto carácter autónomo la realización de los actos de investigación pertinentes con arreglo a la L.E.Cr. lo cierto es que el Juez no queda desvinculado de la investigación. Además de actos estrictamente de comunicación y ordenación procesal para dar al procedimiento la substanciación que correspondan (art. 5.1 y 2) y de otros como los previstos en los arts. 3.2 (aportación de las certificaciones de antecedentes penales) y 9 (acreditación de la sanidad del lesionado), que pueden considerarse ajenos a la investigación y no integrantes de una actividad instructora, la Ley encarga al Juez otras actuaciones. Así, el Juez, que debe oír la declaración del detenido, puede realizar en ocasiones un verdadero interrogatorio, lo que implica el riesgo de provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia. Debe decidir también sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los arts. 503 y 504 de la L.E.Cr., es decir, sobre la prisión provisional del detenido (art. 5.1 de la Ley Orgánica 10/1980). Esta última decisión exige del Juez, por regla general, una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación, pues para decretar la prisión provisional es necesario entre otros requisitos «que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya

de dictar el Auto de prisión» (art. 503.3 de la L.E.Cr.). Otras actuaciones que la Ley Orgánica 10/1980 prevé como posibles pueden revestir también carácter de instructoras. Así, el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 3.3 de la Ley Orgánica 10/1980), lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 de la L.E.Cr.) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de aquella (art. 312 de la L.E.Cr.); o la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral (art. 8 de la Ley Orgánica 10/1980). Por último, hay que señalar que el Juez conserva la dirección de esta fase preparatoria y puede no sólo acordar *ex officio* sino practicar el mismo cualquiera de los actos de investigación establecidos en la L.E.Cr. e instrumentar formalmente dicha actuación a través de las diligencias previas de los arts. 789 y siguientes de la misma Ley (arts. 3, 9, 5.2 y disposición final de la Ley Orgánica 10/1980).

8. Lo que se acaba de exponer no conduce, sin embargo, a la consecuencia de que sea inconstitucionalidad de la acumulación de las funciones instructora y juzgadora acarree la imposibilidad de aplicarla. Pueden darse casos, en efecto, en que en este procedimiento no se produzca una verdadera actividad instructora, en cuyo supuesto no habrá lugar a la abstención o la recusación. Pero aun el caso en que el Juez haya realizado diligencias instructoras, al abstenerse o al ser aceptada su recusación, entrarán en juego los mecanismos de sustitución previstos legalmente (art. 55 de la L.E.Cr. y 227 de la LOPJ) como en los demás casos de abstención o recusación. No se oculta a este Tribunal que la obligada separación entre la función instructora y la juzgadora afecta a un principio organizativo del procedimiento regulado por la Ley Orgánica 10/1980 y que, en consecuencia, los efectos de la aplicación de la causa de abstención o recusación aquí examinada son más amplios y más complejos que los que se provocan por la aplicación de otras causas que sólo actúan muy esporádicamente. Ello conduce a que sea sin duda el legislador quien debe asumir la tarea de reformar ese procedimiento o sustituirlo por otro, removiendo los riesgos que el procedimiento actual crea tanto para los derechos fundamentales como para la buena marcha y eficaz funcionamiento del proceso.

9. Al no proceder la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Orgánica 10/1980 y al ser conciliable su validez con la declaración de inconstitucionalidad del párrafo segundo del art. 2 de dicha Ley, este Tribunal no puede pronunciarse sobre los demás extremos planteados en forma subsidiaria en la cuestión 1.344/87. La presente Sentencia se limita, por tanto, a declarar la inconstitucionalidad y subsiguiente nulidad del citado párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980 según el cual «en ningún caso les será de aplicación (a los Jueces que conozcan de las causas tramitadas con arreglo a la Ley Orgánica 10/1980) la causa de recusación prevista en el apartado 12 del art. 12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». En cuanto a los efectos de esta Sentencia conviene recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40.2 de la LOTC, la presente Sentencia no permitirá revisar procesos fenecidos mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada, pues no está en juego una reducción de la pena o una reducción de sanción administrativa o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad, únicos supuestos en que, según el citado artículo de la LOTC, la Sentencia tendría efectos sobre los procesos terminados por Sentencia firme.

FALLO

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

Ha decidido:

1.º Estimar parcialmente las cuestiones de inconstitucionalidad 1.344/87 y 1.412/87, acumuladas, y en consecuencia, declarar inconstitucional y por tanto nulo el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes.

2.º Desestimar las cuestiones en todo lo demás.

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

Dada en Madrid a doce de julio de mil novecientos ochenta y ocho.—Firmado: Francisco Tomás y Valiente.—Gloria Begoñe Cantón.—Ángel Latorre Segura.—Francisco Rubio Llorente.—Luis Díez-Picazo y Ponce de León.—Antonio Truyol Serra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Jesús Leguina Villa.—Luis López Guerra.—Rubricado.