

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

**Instrucción 5/1988, de 26 de julio, [sobre forma de proceder por los funcionarios del Ministerio Fiscal en relación con la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que ha declarado inconstitucional y por tanto nulo el párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 10/1980].**

Referencia: FIS-I-1988-00005

---

La sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, que conforme a lo dispuesto en el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, vincula a todos los Poderes Públicos y comenzará a producir efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», ha declarado inconstitucional y por tanto nulo el párrafo 2º del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, esto es, ha dejado sin efecto la declaración de que en ningún caso será de aplicación a los Jueces competentes para el conocimiento y fallo de estas causas el motivo de recusación previsto en el apartado 12º del art. 54 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aunque el contenido de la referida sentencia se limita, por ser esa la cuestión de inconstitucionalidad sometida al Tribunal, al artículo y párrafo citados de la Ley 10/80, su doctrina es igualmente de aplicación al paralelo precepto contenido en el art. 3º de la Ley 3/1967, de 8 de abril, que excluía la aplicación de aquella causa de recusación en los casos comprendidos en el número 3º del art. 14, esto es, el procedimiento de urgencia ante los Juzgados, también llamado de preparatorias, ya que, en suma, la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional es que la declaración del art. 24.2 de la Constitución, reconociendo a todos el derecho a «un juicio público... con todas las garantías», incluye el derecho a un Juez imparcial, imparcialidad que puede verse afectada objetivamente en el juzgador cuando éste, al haber estado previamente en contacto con el objeto del proceso a través de una actividad instructora, puede formar impresiones o prejuicios «que influyan a la hora de sentenciar» (Fundamento Jurídico 5º), con cuya doctrina habrá que entender derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el citado art. 3º de la Ley pre-constitucional 3/67.

A la vista de la declaración del Tribunal Constitucional que ha quedado expuesta, parece necesario que el Ministerio Fiscal adopte una actitud unitaria y operativa que palie, en lo posible, las consecuencias negativas que en el mecanismo del proceso penal va a producir la necesidad de separar en el futuro en el ámbito de los procesos orales de la Ley 10/80 y las diligencias preparatorias, las funciones de instruir y enjuiciar. Por ello he acordado dirigir a V.V.E.E. las siguientes instrucciones:

1.º La Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 del corriente no declara la inconstitucionalidad de toda la Ley 10/80, sino la acumulación en un mismo Juez de la función instructora y juzgadora (Fundamento Jurídico 8º). En consecuencia la Ley sigue vigente y los Fiscales deberán velar porque se aplique en el ámbito de su competencia objetiva, con las particularidades y salvedades que luego se dirán, tendentes a sanar los procedimientos concretos de cualquier vicio de inconstitucionalidad.

2.º La misma Sentencia declara también que conforme con lo dispuesto en el art. 40.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no es permitido revisar los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza juzgada (Fundamento Jurídico 9º). Quiere ello decir que todas las sentencias firmes son válidas y debe procederse a su ejecución en sus propios términos, interesándolos así los Sres. Fiscales.

3.º Mayor problema plantean las sentencias ya dictadas en 1º Instancia y en trámite de apelación. En principio el supuesto vicio de nulidad que representa la imposibilidad de que las partes no hubieran podido invocar en su momento la causa de recusación 12.ª del art. 54 no habrá sido alegado en el escrito de interposición del recurso, por lo que su invocación en la vista de la apelación constituirá una cuestión nueva, que sería excluible del recurso. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que la posibilidad de esa alegación es algo sobrevenido, por lo que tampoco debe provocarse la indefensión de las partes, excluyendo del debate la cuestión con aquel pretexto formal. Sin embargo, recordamos que el de recusar al Juez que no se haya abstenido por considerarse no afectado en su imparcialidad, es un derecho de la parte, por lo que ésta puede renunciar a plantear la cuestión entendiendo que en el caso concreto no se siente lesionada en los derechos que el art. 24.2 de la Constitución Española le reconoce. Por ello, si el recurrente no lo plantea, el Fiscal no debe hacerlo en ese trámite avanzado del proceso, salvo que entienda que se ha lesionado efectivamente el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

De otra parte debe recordarse que en la apelación prevista en el art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (de aplicación en el ámbito de la Ley 10/80) el Tribunal tiene plenas facultades para revisar tanto los hechos como el derecho aplicable. Igualmente para subsanar en la apelación tanto las deficiencias de prueba como las desviaciones que el Juez de Instancia hubiere sufrido en la apreciación de las mismas. Trátase además de un Tribunal imparcial, que no ha intervenido en las fases previas del proceso y carece, por ende, de todo prejuicio. Ello quiere decir que su resolución, condenatoria o absolutoria del acusado, sana las eventuales quiebras que del principio de imparcialidad pueda invocar el acusado, respecto al Juez que lo juzgó en Primera Instancia. Todo lo que debe llevar a estimar con cautela las posibles alegaciones de nulidad del juicio, con retroacción del procedimiento al instante previo de su celebración, petición que de ser hecha por el apelante, el Fiscal sólo debe apoyar cuando, examinado el procedimiento y comprobada la clara intervención en el mismo como Instructor del Juez que celebró el juicio oral y dictó la sentencia de instancia, no se encuentren otros medios para que la Sala de apelación sane el principio del juicio justo a través de su sentencia sobre el fondo del asunto.

4.º En lo que hace a los procedimientos ya iniciados y en trámite el Fiscal deberá procurar que se cumpla en el futuro el principio de la separación entre Instructor y Juzgador interesando la abstención de éste cuando concurra en él la causa 12ª del art. 54. Pero ello no puede hacerse de forma global e indiscriminada, sino examinando cuidadosamente cada procedimiento concreto y apreciando si la actividad previa al juicio oral del Juez competente ha tenido naturaleza de actos de instrucción o se ha limitado a dirigir la actividad procesal, pero sin adoptar medidas o diligencias que por su naturaleza representen un eventual prejuicio objetivo o subjetivo por parte del Juzgador. Sólo si se diese este último caso el Fiscal interesará del Juez cumpla con lo prevenido en el art. 55.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, inhibiéndose del conocimiento del asunto y siendo sustituido para el acto del juicio oral por el que legalmente corresponda, sin perder de vista nunca que lo que se está defendiendo es el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial.

5.º Por último y es éste un aspecto que los Sres. Fiscales deberán cumplir con su mayor celo, respecto a los procedimientos que en el futuro se inicien y cuyo trámite sea el propio del previsto en la Ley 10/80, la actuación del Ministerio Fiscal deberá ir encaminada a recuperar el espíritu informador de dicha Ley, basada en los principios de oralidad y predominio de la actividad acusatoria, con exclusión de la instructora, fase ésta que en ninguno de sus preceptos prevé la Ley dicha, de forma que, como ya apunta la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional (Fundamento Jurídico 8º), se haga posible el cumplimiento y aplicación de aquella Ley, sin que se produzca en el procedimiento una verdadera actividad instructora, lo que de lograrse sea así hará impropio la abstención y recusación del Juez.

Con esa finalidad de extremar el cumplimiento de las normas legales en sus propios términos y en los que el legislador, al promulgarlas, decidió darles, cuidarán los Sres. Fiscales:

a) De que los procedimientos por hechos cuya naturaleza sujete su enjuiciamiento a las previsiones de la Ley 10/80 se inicien siempre en la forma prevista en el art. 3º y 5º de dicha Ley, rechazando la práctica viciosa que en algunos Juzgados se produce de comenzar incoando unas diligencias previas del art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo admisible cuando la naturaleza del hecho no está determinada ya en el momento de la incoación, supuesto que no es lo corriente en la generalidad de los casos.

b) En todo momento se procurará observar el sistema de investigación previsto en el art. 3º de la Ley. En consecuencia esa investigación deberá ser encomendada a la Policía Judicial y el Fiscal cuidará de interesar de la Policía la práctica de aquellas diligencias que considere precisas para esclarecer los hechos y preparar su acusación. En esta actividad el Fiscal no deberá olvidar el cumplimiento del principio de imparcialidad que la Constitución le impone, procurando se aporte todo el elemento investigador, tanto el que perjudique como el que beneficie al imputado, y que no se omita ninguna diligencia que pueda ser útil para la futura exculpación de aquél.

c) En los casos en que el Fiscal se encuentre adscrito al Juzgado, al tiempo que la Policía Judicial da cumplimiento a lo dispuesto en el art. 4º de la Ley, deberá solicitar que se le entregue la copia del atestado a que se refiere tal precepto, y a su vista, deberá interesar aquellas diligencias policiales que sean precisas para completar su contenido, de forma que el Juez no precise adoptar, por insuficiencia de la actividad de la acusación, iniciativa alguna que perturbe su condición de juzgador imparcial que ha de valorar lo que las partes le aporten, pero sin tomar iniciativas instructoras que puedan viciar, siquiera formalmente, su imparcialidad futura. Al respecto conviene recordar la doctrina del T.E.D.H. que centra en esa iniciativa del Juez la base de su incompatibilidad para actuar posteriormente como juzgador.

d) Igualmente en el supuesto de adscripción del Fiscal al Juzgado, aquél redactará su escrito de acusación, cuando tenga los mínimos elementos para ello, sin perjuicio de completar en el período que resta hasta el momento de la celebración del juicio oral, los elementos de prueba que estime convenientes para el apoyo de sus tesis acusatorias, para lo cual no vacilará en recurrir a la Policía Judicial a fin de que practique las investigaciones precisas, localice y convoque a los testigos para el juicio y practique aquellas otras diligencias que el Fiscal estime útiles, en los términos de la Ley Orgánica 2/1986, de 12 de marzo, y de mi Instrucción de 4 de mayo pasado y teniendo presente la facultad de proponer prueba en el mismo momento de iniciación del acto oral del juicio, en los términos reconocidos en la regla 1ª del art. 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

e) De no existir Fiscal adscrito al Juzgado, el Fiscal procurará preparar su escrito de acusación a la vista de la copia que del atestado deberá remitirle la Policía Judicial que lo instruya, en los términos del art. 4º de la Ley 10/80, o, en su caso, y de estimar insuficientes los elementos aportados por aquél, instarán del Juzgado dé orden a la Policía Judicial para que lleve a cabo las diligencias complementarias precisas, que expresamente se señalarán en el escrito que se presente, de forma, repetimos, que sea la iniciativa del Ministerio Fiscal y no la del Juez la que determine la práctica de las diligencias preparatorias del juicio, salvando así el principio de que el Juez que juzgue no haya tenido una previa actividad instructora, entendiendo por tal actividad la aportación de oficio de los elementos precisos para el enjuiciamiento.

f) Admitiéndose, por la aplicación supletoria el procedimiento de la Ley 10/80, de la regla 6ª del art. 891 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la posibilidad de la práctica de prueba anticipada en el período intermedio entre la fecha del escrito de acusación y la de celebración del juicio, el Fiscal deberá procurar que cuantas diligencias de prueba venga obligado a practicar el Juez en ese período -audiencia del interesado, interrogatorio de algún testigo, prueba pericial médica, de tasación o de cualquier otra naturaleza, incluida la inspección ocular, que puede tener naturaleza de prueba del juicio oral en los términos del art. 727, en relación con el art. 800, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- tenga aquella naturaleza de prueba anticipada, para lo cual la diligencia deberá practicarse ante el Juez, con intervención del Fiscal y los Letrados de las partes y con las características de Publicidad y contradicción

propias de toda prueba. Al tratarse de una prueba dirigida al propio acto del enjuiciamiento y no de una diligencia de instrucción, su práctica en la forma indicada no puede servir de base para la alegación de la causa de recusación 12ª, del art. 54. Conviene recordar, al respecto, que, de un lado, la prueba anticipada es, según los términos del párrafo 3º del art. 657 y de la propia regla 6ª del art. 791, prueba válida para el juicio oral y que ha de ser apreciada por el juzgador, por lo que su celebración ante el Juez que conozca de la causa no sólo no vicia su imparcialidad sino que refrenda la inmediatez tan necesaria para el buen enjuiciamiento penal; y de otro, que la fase del juicio oral se inicia, tanto en los términos del art. 791 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como en los del art. 7º de la Ley 10/80, tan pronto el Fiscal formula su escrito de acusación, por lo que las diligencias practicadas en ese período ya no son diligencias instructoras, sino diligencias del juicio oral, acordadas por el Juez que está conociendo del mismo, como medio para formar la convicción que va a reflejarse en su sentencia. Por lo mismo hemos de insistir en las condiciones de contradicción, publicidad y posibilidad de crítica por todas las partes personadas que deben reunir las diligencias que se practiquen, bien a instancias del Fiscal, bien de la acusación particular, a partir de la presentación de sus escritos de acusación, así como que tales diligencias carecen ya de valor instructorio, y sí son elementos del juicio oral, cuya anticipación, admitida por la Ley, no vicia la imparcialidad del juzgador, ni puede ser fundamento para la alegación de la causa de recusación 12ª del art. 54.

g) En los casos que por su complejidad o por el número de diligencias precisas para formar criterio sobre la acusación, resulte insuficiente el auxilio policial y sea preciso acudir a una actividad instructora del Juez, evidentemente éste se verá afectado por la circunstancia 12ª del art. 54 y deberá abstenerse para el acto del juicio oral, en cuyo supuesto habrá que acudir a su sustitución por quien legalmente sea asignado para ello. El sistema de sustituciones corresponde fijarlo a los Órganos de Gobierno del Poder Judicial, pero el Fiscal deberá prestar su colaboración para que tal régimen sea lo más fluido posible, en bien de la buena marcha de la justicia, sin perjuicio de expresar su criterio, cuando le sea pedido, en orden a cuál puede ser el régimen de sustituciones más eficaz en función de las circunstancias de cada juzgado y las peculiaridades de la situación de la justicia de cada Provincia y partido judicial.

h) En cuanto a las diligencias preparatorias a las que normalmente habrá precedido una fase de diligencias previas, incoadas en los términos del art. 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la causa de recusación 12ª puede encontrar mayor fundamento y su alegación puede ampararse en la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional más arriba definida, entendiéndose, como se dijo, ha quedado derogado por inconstitucionalidad sobrevenida el art. 3º de la Ley 3/1967, de 8 de abril.

De todas maneras los Sres. Fiscales deberán cuidar de que la alegación de aquella causa se base efectivamente en la previa existencia de una actividad instructora del juzgador, tal como aparece definida en los términos de la sentencia del Tribunal Constitucional referida, oponiéndose a la misma en los casos en que las diligencias previas fueran practicadas por otro Juez o pueda entenderse por su contenido que no tienen carácter de instrucción. Con el mismo fin se aplicarán en el trámite de las preparatorias, y en lo que sea compatible con las mismas, las instrucciones más arriba dadas con respecto al procedimiento de la Ley 10/80.

Madrid, 26 de julio de 1988.- El Fiscal General del Estado.