



# TRIBUNALES

*de Justicia*

---

Revista mensual de jurisprudencia, doctrina y práctica procesales

Directores: Ignacio Díez-Picazo Giménez / Ignacio Borrajo Iniesta

---

N.º 7 – JULIO 1997

---

**La prueba penal en el juicio oral**

**Calificación de Jueces y Magistrados**

**Normas sobre cuestiones prejudiciales  
comunitarias**

# La transformación de procedimiento por delito a juicio de faltas y el derecho a un juez imparcial (análisis jurisprudencial)

José Bonet Navarro (\*)

**SUMARIO:** I. La inconstitucionalidad de la acumulación de la función instructora y decisoria sobre el mismo asunto por el mismo juzgador.—II. La posibilidad genérica de instrucción en el juicio de faltas.—III. Algunas actividades instructoras en el juicio de faltas según la jurisprudencia. Crítica.—IV. La transformación de procedimiento por delito a juicio de faltas como actividad que pone en entredicho la imparcialidad objetiva del juez instructor.—V. La abstención necesaria en el supuesto de transformación del procedimiento a faltas.

## I – La inconstitucionalidad de la acumulación de la función instructora y decisoria sobre el mismo asunto por el mismo juzgador

El Tribunal Constitucional entre otros, las SSTC 113/1987, de 3 de julio; 145/1988, de 12 de julio; 106/1989, de 8 de junio; o 55/1990, de 26 de marzo se ha pronunciado en repetidas ocasiones afirmando que es inconstitucional que un mismo juez pueda instruir y sentenciar una misma causa. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había afirmado que el ejercicio sucesivo de las funciones de juez instructor y de juez sentenciador por el mismo juez o Magistrado en una misma causa vulnera la garantía de imparcialidad exigida por el art. 6.1 del Convenio Europeo, de 4 de noviembre de 1950,

La Sentencia del Tribunal Constitucional 60/1995, de 17 de marzo de 1995 (en BOE, núm. 98, suple-

mento, de 25.4.1995, págs. 12 y ss.), resume su propia doctrina y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia:

*«En relación con este derecho fundamental a no ser juzgado por quien ha sido previamente instructor de la causa, tiene declarado este Tribunal que, debido a que su finalidad consiste exclusivamente en evitar, por parte del órgano jurisdiccional encargado de conocer del juicio oral y de dictar Sentencia de determinados perjuicios acerca de la culpabilidad del acusado (SSTC 145/1988, 160/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990 y 113/1992), bien sea en la primera o en la segunda instancia (STC 320), dicho derecho lo es de la exclusiva titularidad de la defensa, por lo que carece de legitimación activa la acusación particular para pedir su eventual restablecimiento (STC 136/1992). Asimismo, y desde un punto de vista objetivo, también hemos dicho que, al concurrir dentro de las garantías esenciales del proceso*

(\*) Académico de Derecho Penal de la Universidad de Valencia.

penal acusatorio, no es necesariamente extensible a otros procesos de similar naturaleza como es el caso del procedimiento administrativo sancionador (STC 22/1990).

En cualquier caso, la acumulación de funciones instructoras y sentenciadoras no puede examinarse en abstracto, sino que hay que descender a los casos concretos y comprobar si se ha vulnerado efectivamente la imparcialidad del juzgador (STC 98/1990), debiéndose tener muy en cuenta que no todo acto instructorio compromete dicha imparcialidad, sino tan sólo aquellos que, por asumir el juez un juicio sobre la participación del imputado en el hecho punible, puedan producir en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad del acusado que lo inhabiliten para conocer de la fase del juicio oral (SSTC 106/1989, 151/1991, 136/1992, 170 y 320/1993).

En estas últimas decisiones se ha resumido la jurisprudencia de este Tribunal en los siguientes términos: «Esta doctrina se asienta sobre dos ideas esenciales: de un lado, que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora por todas; STC 145/1988, antes citada; de otro, será en cada caso concreto donde habrá que determinar si se da o no la apariencia de imparcialidad, pues es la investigación directa de los hechos, con una función inquisitiva dirigida frente a determinada persona, la que puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e impresiones respecto del acusado que influyan a la hora de sentenciar» (STC 136/1992, ff. 2.º).

... La imparcialidad del juez excede el ámbito meramente subjetivo de las relaciones del juzgador con las partes para originar en una auténtica garantía en la que se puede poner en juego nada menos que la auctoritas o prestigio de los Tribunales que, en una sociedad democrática, descansa en la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (Sentencias del TEDH de 7 de enero de 1982 -caso Piersack- y de 26 de octubre de 1984 -caso De Cubber-). Debido, pues, a la circunstancia de que en el ámbito de

la imparcialidad objetiva «incluso las apariencias pueden revestir importancia» (Sentencia del TEDH de 26 de octubre de 1984 -caso De Cubber-), ha de reclamarse el adagio anglosajón según el cual «no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace» (Sentencia del TEDH de 17 de enero de 1970 -asunto Delcourt-), lo que ha de determinar que «todo juez del que puede dudarse de su imparcialidad debe abstenerse de conocer del asunto o pueda ser acusado» (Sentencias del TEDH de 26 de octubre de 1984 -asunto De Cubber- y 24 de mayo de 1989 -asunto Hauschild-).

Con todo, puede afirmarse que la acumulación de la función instructora y sentenciadora en la misma causa y por el mismo juez supone el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, por infracción del artículo 24.2 de la Constitución Española, concretamente se infringe, en su vertiente objetiva, el derecho a un juez imparcial y ordinario predeterminado por la ley, y a un proceso público con todas las garantías. Por ello se dictó la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, cuyo objeto, según se dice en su preámbulo, es el de «acomodar nuestra organización judicial en el orden penal a la exigencia de que la imparcialidad del juzgador es incompatible o queda comprometida con su actuación como instructor de la causa penal».

## II — La posibilidad genérica de instrucción en el juicio de faltas

En la regulación del juicio de faltas no se prevé actividad instructora ni, por tanto, necesidad de que se separe una inexistente instrucción de la actividad juzgadora. Conforme a los artículos 962 y 963 LECrim., «luego que el juez competente tenga noticia de haberse cometido alguna de las faltas... que puedan perseguirse de oficio o previa denuncia del perjudicado, mandará convocar a juicio verbal al Fiscal, al quevarrante o denunciante, si lo hubiere, al presunto culpable y a los testigos... señalando día y hora para la celebración del juicio... del mismo modo dispondrá la celebración del juicio verbal, pero sin convocar al Fiscal, cuando la falta sólo pueda perseguirse a instancia de parte legítima, y ésta solicite la represión». Como se observa, no se prevé la práctica de diligencia de ningún tipo. Solamente la prueba anticipada prevista en el art. 967 LECrim., consistente en la declaración de los testigos y presuntos culpables

que residan fuera del territorio municipal por medio de esborno.

No obstante esta regulación, a nadie escapa que cuando se dicte sentencia relativa a la comisión de una falta es posible, aunque naturalmente no imprescindible, la realización de actividades de instrucción. Como afirma RAMOS MENDEZ, F. (*El proceso penal. Lectura constitucional*, Barcelona, 1991, págs. 44-5) «pocas veces es posible acudir directamente a un juicio de faltas, sin un mínimo de actividad de instrucción... Por muy abreviado que resulte la instrucción, siempre existe un germen que es el que, en definitiva, permite calificar el hecho como falta. No siempre esta actividad previa es todo lo breve que debería ser. La propia Ley permite, a la hora de conclusión de la instrucción, enviar la causa a falta, aunque otro fuera el rito con que se tramitó (arts. 639 y 790 LECrim)». En efecto, a parte de otros supuestos, se observa con absoluta claridad la instrucción cuando el procedimiento seguido por delitos, tramitados las Diligencias Previas o el sumario, conforme a los artículos 796, 5-2.º y 624 LECrim, al final se transforma en falta.

Ahora bien, contrariamente a lo que ocurre en las causas instruidas por delitos, donde siempre se realiza actividad instructora y, por ella, la sentencia se deberá dictar por juez distinto al instructor, en el juicio de faltas moralemente es posible la realización de funciones instructoras. Quizás por esa mera potencialidad, que no necesidad, el Tribunal Constitucional, por Auto núm. 371/1998, de 16 de octubre (con Autojurisprudencia Constitucional, XXXVIII, Madrid, 1991, págs. 941-5), respecto a la cuestión de inconstitucionalidad del art. 14.1 LECrim, planteada por el Juzgado de Instrucción 7 de Córdoba, en esencia inadmite la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 14 LECrim. Afirma que «el artículo 14 de la LECrim, establece en sus apartados 1 y 2, de forma abstracta, la competencia propia de los Jueces de Instrucción, reiterando y precisando lo que ya dispuso al respecto el art. 87.1.º de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. Esta definición abstracta no acumula, en efecto, por sí sola en el mismo Juez las funciones de instrucción y decisión... Tampoco impide, desde luego, que en virtud de una determinada configuración de circunstancias fundamentalmente la de que, iniciada una instrucción, los hechos que la han originado sean calificados como falta en la realidad por el mismo Juez que ha instruido el que en principio ha de fallar. Esta acumulación de funciones más o menos frecuente no será nunca, sin embargo, consecuencia obligada de la norma a la que, por ello, no hay razón alguna para consistir, desde

este punto de vista, contrario al art. 24.2 CE. Cuando tal acumulación de funciones cree, a juicio del Juez, un conflicto entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción, el propio Juez o las partes habrán de resolverlo utilizando los instrumentos que ofrecen, entre otros, los arts. 219 LOJ y 54 y 55 LECrim».

No es ahora el momento de valorar si el juicio de faltas es o no constitucional (sobre el particular, véase ORAA GONZALEZ, J. y P., «La constitucionalidad del juicio de faltas desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial», en *Poder Judicial*, 23, 1991, págs. 125-33; también LORCA NAVARRETE, A. M.º, «Jes actualizador la figura del instructor acusador», en *Actualidad Jurídica Arauzadi*, 233, 15 de febrero de 1996, págs. 1-6). No dudamos de que tal calificación merecería el juicio de faltas en el supuesto de que siempre y necesariamente el juez realizara actividad instructora. De un modo o de otro, del tenor literal del auto del Tribunal Constitucional si puede concluirse, de un lado, el reconocimiento de la posibilidad genérica de que en el juicio de faltas pueden realizarse actividades instructoras, de otro, que para el supuesto de que se produzca, entrarán en funcionamiento los mecanismos ordinarios de abstención y recusación, y una vez producida, de sustitución. En este sentido, afirma MONTON REDONDO, A. (*Derecho Jurisdiccional*, III, con MONTERO, ORTELLS y GOMEZ COLOMER, Barcelona, 1995, pág. 623) que «la carencia de procedimiento preliminar determina que no pueda ponerse en duda la imparcialidad objetiva del juez. Sin embargo, es evidente que éste puede haber desarrollado actividad investigadora previa (por ej. al consistir en falta hechos sobre los que se han practicado diligencias previas art. 705.2.º) lo que podría abrir camino a una posible abstención o recusación conforme a los arts. 219 LOJ y 54 y 55 LECrim».

### III — Algunas actividades instructoras en el juicio de faltas según la jurisprudencia. Crítica

Partiendo de que es posible la instrucción, pero no necesaria, se ha de observar cuándo la actividad instructora se produce en el caso concreto. En palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio (con BCF núm. 189, suplemento, de 8.8.1988, pág. 21) «puede definirse la instrucción, de acuerdo con el art. 299 de la

LECrim., 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 delincuentes, 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, que bastarían para la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 1.ª, de 20 de octubre de 1992 (en Justicia, 1995, págs. 135-42), resume la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los supuestos en los que cabe hablar de actividad instructora:

*"No hay tal cuando la actividad previa del juez sentenciador se limita a ordenar el proceso y señalar fecha para la celebración del juicio oral, admitiendo las pruebas propuestas (S 164/1988, de 26 septiembre y 88/1990, de 24 mayo). Si existió instrucción y, por tanto, se produjo vulneración del derecho fundamental, cuando el juez no se limitó a simples actos de ordenación procesal, sino que, por las circunstancias del hecho... practicó diligencias propias de la investigación, tendientes... a determinar la existencia y veracidad de las imputaciones... entre las cuales cabe indicar las declaraciones tomadas por dicho juez a los protagonistas del hecho y a diversos testigos (S 11/1989, de 24 de enero), o el interrogatorio judicial del denunciado, conforme al art. 386 LECrim., ya que en él las preguntas del juez han de ser directas y obliga a la averiguación de los hechos y la participación en ellos del procesado (S 106/1989, de 8 de junio), u 'oir en declaración a los agentes de policía actuantes... y la práctica de un cargo entre los acusados y los citados agentes' (S 151/1991, de 8 de julio) y, en general 'la toma de declaraciones a los protagonistas de los hechos' (S 113/1992, de 14 de septiembre)."*

Esta misma sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla considera que constituye actividad instructora la toma de declaraciones a los protagonis-

tas de los hechos: *"si constituye actos de auténtica instrucción, tal como señaló la citada S 113/1992, 'la toma de declaraciones a los protagonistas del hecho'... ya que precisamente esta reunión de material necesario para la celebración del juicio y este contacto previo con dicho material son los que 'pueden hacer nacer en el ánimo del juez instructor prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del encartado' en que se funda su necesario apartamiento de la fase plenaria."*

Por el contrario, entiende que no pueden considerarse actuaciones instructoras la mera incoación de Diligencias Previas ni el auto que acordaba continuar el proceso por los motivos del juicio de faltas. Tampoco la acreditación de sanidad y reserwa de documentos ni, obviamente, la convocatoria a juicio. Especialmente, en lo que se refiere a esta última, el hecho de hacer saber a cada parte la condición con la que se le cita no afecta a la imparcialidad objetiva si deriva de la mera constatación de las imputaciones que se han formulado.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.ª, entendió en Sentencia de 19 de septiembre de 1994, que debe ser claramente desestimado el primer motivo de apelación, en el que se denuncia la irregularidad que desde el punto de vista constitucional supone a criterio de la recurrente que el Magistrado juez a quo antes de celebrar el juicio verbal y dictar sentencia practicara actuaciones de instrucción.

Los hechos concretos en los que el recurrente entendió que se había realizado actividad instructora eran los siguientes: al dictar auto por el que se disponía la conexión telefónica, practicándose intervención desde el día 3 de septiembre de 1993, hasta el 15 de octubre del mismo año, al deducir que los hechos pudieran ser considerados constitutivos de un delito de llamadas maliciosas; lo que prestaran declaración las personas que la denunciante manifestaba eran los posibles autores del hecho; el que dictara Auto por el que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 789.5.º, 2.ª LECrim., «estimándose que los hechos pueden ser constitutivos de falta, procede la transformación del procedimiento en juicio de faltas. Siendo competente este Juzgado para el enjuiciamiento, disponiéndose en consecuencia «la tramitación del procedimiento, que se continuará por los trámites del juicio de faltas». La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia resuelve en términos literales lo siguiente:

*"La LO 2/1988, de 28 de diciembre que efectivamente como se indica en el escrito de recur-*

su, declaró en su preámbulo que la imparcialidad del juzgador es incompatible o quedó comprometida con su actuación como instructor de la causa, creando para subsanar esa incompatibilidad la nueva figura del juez de lo Penal, exclusivamente destinado a fallar las causas por delitos menos graves instruidas por los jueces de instrucción, pero sin modificar el procedimiento ni la estructura orgánica personal de los juicios de faltas, siendo continuo y continuando siendo competencia del mismo órgano judicial en el recibo de denuncias o querrelas, en la preparación del juicio, en la celebración del mismo y en el pronunciamiento de las sentencias.

Como en muchas, por no decir en la mayoría de las ocasiones, cuando se emite denuncia por razón de un hecho constitutivo de falta o denunciante no dispone de todos los datos necesarios para promover su imputación, por tratarse, en ocasiones, de datos que no puede obtener ni recabar por sí mismo, es necesario que demande del juez que antes de la celebración del juicio complete esos datos, como ocurrió en el caso de autos en que tuvo que solicitar la concesión de su teléfono al circuito de llamadas múltiples de la CTNE, medida que se hubo de acordar por auto motivado por un período máximo de 30 días tras cuyo resultado y tras la complementación de air a la titular del teléfono para que indicara la identidad de los autores de las llamadas localizadas como sospechosos, por no haberse producido conversación alguna tras descolgar el auricular, se comenzó inmediatamente para la celebración del juicio verbal, todas esas actuaciones, que la recurrente llama de instrucción pero que realmente podrían ser mejor denominadas como de simple preparación de la estructura del juicio, sin indagación de conductas ni investigación siquiera indicativa de culpabilidades y prescindiendo de los cuales no se podría celebrar el juicio por no estar definida la identidad de la persona que realizó los actos que se denuncian, no comprometen la imparcialidad del juez, pues no hace prácticamente sino colgar un nombre y dos apellidos en el espacio blanco que en la denuncia existe sobre el particular por no haber tenido el denunciante posibilidad de completar ese dato, no puede estimarse en absoluto que comprometan la imparcialidad del juez ni que supongan un perjuicio de culpabilidad ni valoración de clase alguna, por lo que su práctica por el juez que luego ha de conocer y fallar el juicio no puede en absoluto estimarse inconstitucional.»

Como se observa, la perspectiva de estas dos sentencias es bien diversa. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia esta partiendo de que la LO 7/1985, de 26 de diciembre crea la figura del juez de lo Penal, exclusivamente para fallar las causas por delitos menos graves instruidas por los jueces de instrucción, pero sin modificar el procedimiento ni la estructura orgánica personal de los juicios de faltas. Siendo ello así, aunque no se pronuncia expresamente, parece dar a entender de ese modo que en el juicio de faltas ni siquiera es posible la realización de una actividad instructora. En el desarrollo de su argumentación, centrada concretamente en el hecho de la concesión telefónica, si bien resolviendo también de «todas esas actuaciones les dice, incluyéndolo la trama de declaración y la transformación a juicio de faltas que la recurrente llama de instrucción, parece que entiende que no es posible actividad instructora alguna. De hecho, considera que los actos realizados en el juicio de faltas «realmente podrían ser mejor denominadas como de simple preparación de la estructura del juicio». Desde luego, en la sentencia omite cualquier referencia directa al hecho de haberse practicado diligencias previas dado que, hasta que el juez instructor entendió que los hechos podían ser constitutivos de falta, se había tramitado el procedimiento por un posible delito de «llamadas múltiples».

Por su parte, la perspectiva de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla es bien diversa. Demuestra un buen conocimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, parte de la posibilidad de que en el juicio por faltas si es posible, aunque no necesaria, una actividad instructora. En definitiva, entiende que constituye actividad instructora la toma de declaraciones a los protagonistas de los hechos. No obstante, considera que, entre otros hechos, «no pueden considerarse actuaciones instructoras la mera incoación de Diligencias Previas ni el auto que acordaba continuar el proceso por los trámites del juicio de faltas».

A nuestro juicio, especialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, con independencia de la justicia material del caso concreto que se enjuicia, ninguna de las dos son completamente correctas desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial y ordinario predeterminado por la Ley, y a un proceso público con todas las garantías. Y ello porque entendemos que la apertura de las diligencias previas o del sumario, con la realización de los actos correspondientes, con los cuales, el juez decide transformar el procedimiento a faltas, bien supone la realización de actividades ins-

facturas, o bien, en cualquier caso, supone que el juez toma partido por una de las variadas resoluciones pertinentes que supone, en definitiva, que su imparcialidad objetiva queda en entredicho.

#### IV — La transformación de procedimiento por delitos a juicio de faltas como actividad que pone en entredicho la imparcialidad objetiva del juez instructor

Advocates ORAA GONZALEZ, J y P. («La constitucionalidad del juicio de faltas desde la perspectiva del derecho a un juez imparcial», cit. págs. 130-1) que «independientemente de que en el ámbito propio de unas diligencias previas la normal es que se lesen a cabo actuaciones con un claro contenido instructivo, lo que es innegable es que en el trámite del artículo 789.5 LECrim, debe el juez de Instrucción tomar una decisión que le obliga a conocer el fondo del asunto, pues no de otro modo podrá calificar el hecho y decir qué infracción penal constituye y, en consecuencia, qué procedimiento ha de seguirse. En los términos empleados por la importante STC 186/1991, de 15 de noviembre, «cuando el instructor adopta la decisión de seguir el procedimiento (...) dicho de otro modo, cuando el juez adopta la decisión de continuar el proceso también rechaza (implícitamente) la procedencia de las otras resoluciones del artículo 789.5 LECrim, de modo especial, el archivo o subsesimiento de las actuaciones».

En efecto, en las diligencias previas o en el sumario lo normal es que se realicen actos esencialmente de instrucción. En consecuencia, dada la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional, la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, crea los Juzgados de lo Penal para conocer y fallar en los procesos penales abreviados instruidos por el Juzgado de Instrucción que no deca fallar la Audiencia Provincial (arts. 89 bis, 2 LOPJ, 14.1 y 779 LECrim). Esta competencia objetiva y funcional para enjuiciar, esto es, para el conocimiento y fallo, las causas por delitos instruidos por el Juzgado de Instrucción se atribuye con independencia de que hipotéticamente en la causa no se haya realizado actividad alguna o que ésta, en su caso, pueda considerarse de mera ordenación o, en palabras de la Audiencia Provincial de Valencia, «de simple preparación de la estructura del juicio, sin indagación de con-

dicatos ni investigación siquiera indicaría de calificaciones y prescindiendo de los cuales no se podría celebrar el juicio por no estar definida la identidad de la persona que realizó los actos que se demandan». Aun en estos supuestos, la competencia para dictar sentencia no se atribuye al Juzgado de Instrucción. Si no se prevé siquiera la posibilidad de que eventualmente o como excepción, en los casos en que no se realizaran actos de instrucción, el Juzgado de Instrucción dicte sentencia entendamos que es porque, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, la mera apertura del sumario o de las diligencias previas supone poner en entredicho la imparcialidad objetiva del juez instructor.

Por otra parte, sin perjuicio de los concretos actos que puedan haberse practicado en las diligencias previas o en el sumario, el juez de instrucción, cuando decide transformar el procedimiento a faltas, está tomando una decisión que le obliga inmediatamente a conocer el fondo del asunto. Salvo que se considere que adopta su decisión de manera arbitraria, solamente conociendo el fondo del asunto puede calificar el hecho y decidir qué procedimiento es el que debe seguirse. De ese modo, está tomando partido sobre la causa que, al menos formalmente, instruye; está formalizando un prejuicio sobre la causa que en su momento sentenciará; en definitiva, está perdiendo objetivamente su imparcialidad.

A nuestro juicio, y así lo viene a reconocer el Tribunal Constitucional cuando reconoce que en el juicio de faltas es posible la realización de actividades de instrucción, la pérdida objetiva de imparcialidad se produce con independencia de la gravedad de los hechos realizados y, en su caso, del procedimiento en el que se conoce de los mismos. Tras las diligencias previas o el sumario, calificados los hechos como delito, ha de conocer otro órgano jurisdiccional con el fin de salvaguardar el derecho a un juez imparcial y un proceso con todas las garantías. Todo ello porque la imparcialidad del instructor ha quedado en entredicho. No nos parece que tenga mucho sentido afirmar que, tras esas mismas diligencias previas o sumario, por el mero hecho de que los hechos puedan haber sido calificados como falta, los actos realizados dejan de ser de instrucción y sean de «mera preparación». En cualquier caso, los razones por las que cabría entender que la imparcialidad del juez queda en entredicho es exactamente la misma. Se mantenga la calificación de delito o se califique posteriormente como falta, la actividad del juez ha sido exactamente la

misma. El juez actuará como instructor y, si no conoce otro órgano o, al menos, si no se abstiene o se le recusa, también actuará como sentenciador. Nos parece que su idoneidad e imparcialidad se ha visto seriamente comprometida, aunque sea por la simple posibilidad de que haya asumido el criterio formado en la fase de «investigación». Creemos que, en definitiva, siempre que el juez de instrucción decida transformar a falta un procedimiento, como hubiera ocurrido en el supuesto de haber mantenido la calificación, se lo ha de salvaguardar el derecho a un juez imparcial, también deberá ser otro el juzgador que dicte sentencia.

#### V — La abstención necesaria en el supuesto de transformación del procedimiento a falta

Si admitimos que la transformación del procedimiento a falta supone razón suficiente para que el juez que decida la causa sea distinto al que tramitó las diligencias previas o el sumario, atendiendo la previsión del citado Auto del Tribunal Constitucional 371/1990, de 16 de octubre, habrán de utilizarse «los instrumentos que ofrecen, entre otros, los arts. 219 LOPJ y 54 y 55 LECrim».

Situados en sede de aplicación de las causas legales de abstención y recusación, el problema de esta solución es, como apunta acertadamente LORENTE HURTADO, F., («Apuntes críticos sobre la Sentencia constitucional número 145/1988, de 12 de julio. De la abstención del juez instructor», en *Proder Judicial*, 11, 1988, págs. 91 y ss.) que puede apreciarse «una distorsión o desbordamiento del ámbito propio de esta institución —de fundamento puramente subjetivo— al erigir en ella un problema objetivo o sistémico». No obstante las acertadas críticas que formuló este autor, no creemos que se trate en realidad de un problema objetivo con carácter general. Desde el momento que es hipotéticamente posible el desarrollo de un juicio de falta sin actividad alguna o sin que la misma pueda ser considerada de instrucción, el problema se reduce a una cuestión puramente subjetiva del concreto juez con el asunto enjuiciado cuando haya realizado eventualmente actos propios de instrucción. Sin embargo, la cuestión es distinta en el caso de que se hayan tramitado diligencias previas o un sumario si entendemos que en esos casos concurre siempre la causa para que sea otro el juzgador que conozca y falte la causa. En estos supuestos no

se plantea la situación que prevalece el Auto del Tribunal Constitucional 371/1990, esto es, que «al acumulación de funciones crea, a juicio del juez, un conflicto entre su deber de absoluta imparcialidad y la existencia de un prejuicio originado en el curso de la instrucción», sino que la acumulación de funciones plantea una situación en la que la imparcialidad objetiva queda seriamente en entredicho. Desde este punto de vista compartimos las palabras de LORENTE HURTADO («Apuntes críticos sobre la sentencia...», cit. pág. 92) cuando afirma que «hay, pues, una aplicación de la institución a un supuesto ajeno al ámbito subjetivo que le es propio».

A nuestro juicio, aunque esto lo digamos a los menos efectos de lege ferenda, los juzgados de lo Penal, si es que fueron creados para «acomodar nuestra organización judicial... a la... imparcialidad del juzgador...» deberán tener atribuida también la competencia para conocer y fallar de todas las causas tramitadas mediante diligencia previas o sumario, aunque, al final, se haya entendido que los hechos podían ser constitutivos de falta.

Cualquier otra solución plantea serios inconvenientes. Considerar, como hace el Tribunal Constitucional, que se ponga en marcha los mecanismos de abstención y recusación, supone olvidar que se dan situaciones en las que objetivamente, y no subjetivamente, se produce la causa de abstención y recusación. En estos casos, como mínimo, la abstención debería ser necesaria, incluso tendría que ser automática. Consideramos que incluso estaría de más el que el auto o escrito se eleve a la Sala de Gobierno para que se adopte la decisión correspondiente. Los problemas más graves se plantearían cuando, por error, el juzgador no practicara esa necesaria abstención, podría la parte esperante a la decisión para, si no le conviene, alegar la infracción de un derecho fundamental para recurrir en todas las instancias hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos? O, por contra, ¿habría que entenderse que prevalece la facultad de recusar o de alegar esa infracción constitucional por parte del acusado? ¿se pretende mantener una situación en la que es factible que la actividad jurisdiccional se realice por juzgadores objetivamente parciales? Estas preguntas, y otras que pueden plantearse, se obvian sencillamente atribuyendo la competencia para conocer y fallar la causa tramitada por delitos a otro órgano distinto al que practica las diligencias previas o el sumario, con independencia de que los hechos hayan sido considerados menos graves de lo que en principio se creía.