

## CONSULTA NUMERO 4/88

### SOBRE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 11,3 Y 18 DEL ESTATUTO DE AUTONOMIA DE GALICIA APROBADO POR LEY ORGANICA 1/81, DE 6 DE ABRIL

#### I

La Xunta de Galicia formuló denuncia contra quien hasta hacía unos días era Vicepresidente de la misma y actual Diputado del Parlamento gallego. El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña, actuando como Tribunal Superior de Justicia, adoptó acuerdo con fecha de 6 de octubre de 1987 (fundado en los artículos 11,3 y 18 del Estatuto de Autonomía de 6-4-1981 en relación con el artículo 73, 3, a) y disposición transitoria 2.<sup>a</sup>3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1-7-1985) por el que aceptaba el conocimiento del asunto desde la instrucción, iniciándose sumario 2/87, acordándose delegar la instrucción en el Magistrado-Juez n.º 3 de Santiago de Compostela, quien, en virtud de la delegación, practica las pruebas que estimó oportunas y declara concluso el sumario por auto de 23-12-1987 elevándolo al Pleno de la Audiencia Territorial.

El Pleno de la Audiencia Territorial, con fecha 5-2-1988, entre otros acuerdos, adopta el de declarar nulo el auto dictado por el Instructor-Delegado concluyendo el sumario, fundándose en que tal resolución contradice el auto del Pleno de 6-10-1987, ya que al Instructor-Delegado se le encomendó únicamente la práctica de la investigación debiendo

remitir las actuaciones en cuanto las estimase practicadas, al haber quedado reservada al Pleno la decisión de concluir el sumario, ya que había asumido la competencia tanto en la fase instructora como en las posteriores. Al mismo tiempo acordó dar vista de las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien solicitó la práctica de determinadas pruebas. El Pleno por auto de 26-2-1988 acordó no sólo que se practicaran las pruebas pedidas por el Ministerio Fiscal, sino otras pruebas que estimaba necesarias para el esclarecimiento de los hechos. Y a partir de aquella fecha, nombró Instructor a un Magistrado miembro del Pleno, quien practica las pruebas acordadas y concluidas las mismas el Pleno de la Audiencia Territorial por auto de 27 de julio de 1988 dicta auto de procesamiento contra el anterior Vicepresidente de la Xunta y Diputado del Parlamento de Galicia por los delitos de cohecho y prevaricación.

El defensor del procesado al recurrir en súplica el auto de procesamiento, además de anunciar la posible recusación en su día de los Magistrados que intervinieron en el Pleno, que a su juicio deberán abstenerse de actuar en la fase plenaria si a ella se llega, estima que el propio Pleno debe plantear la inconstitucionalidad del artículo 18 del Estatuto de autonomía, en cuanto establece la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (y hasta su entrada en funcionamiento, a tenor de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup>3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Pleno de la Audiencia Territorial).

## II

Publicada la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de julio de 1988, entiende el Fiscal que consulta que es natural el anuncio del planteamiento de la posible inconstitucionalidad de los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía, pues en el actual caso, seguido por los trámites del sumario ordinario, no cabe duda de dos cosas: que están distinguidas las fases

de instrucción y de plenario, y que el Tribunal en Pleno actuó como instructor con todas sus consecuencias: aceptación de competencia para instruir y fallar, nombramiento de Instructor simplemente delegado —hasta el punto de anular el auto de conclusión que dictó, por asumir facultades instructoras propias del Pleno— práctica de pruebas acordadas de oficio, acuerdo de procesamiento y decisión sobre la situación personal del procesado.

Y a la luz de la doctrina mantenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional del 12-7-1988, no cabe duda de que los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia están viciados de inconstitucionalidad, en cuanto en ellos se señala, con violación del artículo 24.2 de la Constitución, que el mismo Tribunal que instruye ha de juzgar; de ahí el que, como dice el Tribunal Constitucional, debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente 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, lo que, se concluye por el Fiscal consultante, es más de tener en cuenta cuando el acuerdo de procesamiento, tomado prácticamente por unanimidad del Tribunal que en su día va a juzgar se refiere a una persona de la relevancia del aquí acusado y en una enrarecida atmósfera política, ajena al Tribunal, pero imposible de soslayar.

Por cuanto antecede concluye afirmando la conveniencia de informar en su momento favorablemente si se produce el planteamiento por el Tribunal de la cuestión de inconstitucionalidad de los preceptos citados, o incluso de solicitar del Tribunal su planteamiento. El momento oportuno para plantearla sería inmediatamente después de dictarse el auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucionales los preceptos serían nulas todas las actuaciones procesales a partir de dicho momento, y por consiguiente, también la sentencia.

### III

Los artículos 11.3 y 18 del Estatuto de Autonomía de Galicia, el primero referido a sus parlamentarios y el segundo al Presidente y demás miembros de la Junta, tienen un contenido virtualmente idéntico, y, en lo que aquí interesa, expresan que durante su mandato y por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia, no podrán ser detenidos sino en caso de flagrante delito, «correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Galicia».

El Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña se encuentra instruyendo sumario ordinario como consecuencia de la interpretación dada a dos normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial: artículo 73.3a) y disposición transitoria 2.<sup>a</sup>3. La primera de ellas dice que corresponde a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento de las causas penales que los Estatutos de Autonomía reservan al conocimiento de los Tribunales Superiores de Justicia. Y la segunda establece que hasta que entren en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, las competencias que la presente Ley atribuye a su Sala de lo Penal continuarán residenciadas en la Sala del Tribunal Supremo que actualmente la tiene atribuida, salvo que los Estatutos de Autonomía las atribuyan a las respectivas Audiencias Territoriales.

La cuestión de la posible inconstitucionalidad de los preceptos ya aludidos ha de ser examinada a través del presupuesto ineludible que representa la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional 145/88, de 12 de julio, recaída a propósito de la inconstitucionalidad o no de algunos preceptos de la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. Pero como expone el Fiscal que formula la Consulta, en el caso planteado no surge la duda respecto a si ha existido instrucción, pues se trata de un sumario ordinario en el que la fase instructora está perfectamente delimitada; y

acontece, además, que el Pleno de la Audiencia Territorial ha conducido directamente la instrucción, llegando incluso al procesamiento. En tales circunstancias, el hecho de que ese mismo Pleno, una vez concluido el sumario, haya de enjuiciar y fallar, puede crear esa apariencia de falta de parcialidad que, siguiendo las directrices del Tribunal Constitucional conformes con las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podría justificar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, máxime si se tiene en cuenta la relevancia social del acusado y la enrarecida atmósfera política, ajena sí al Tribunal, pero imposible de soslayar. Mas el problema se agrava ante la dificultad de abstenerse el Tribunal, debido a que la Ley le obliga a conocer tanto de la instrucción como del enjuiciamiento.

a) La instrucción del sumario se ha realizado por el Pleno de la Audiencia Territorial; el fundamento fue hallado en el artículo 18 del Estatuto de Autonomía, expresivo de que corresponderá decidir al Tribunal Superior de Justicia «sobre la inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Pero conviene aclarar desde este momento, que la anterior norma no se refiere a *instrucción* en sentido propio o técnico, sino a algunas actuaciones decisorias que tienen lugar en la fase de instrucción; ocurre también, y hay que destacarlo, que el artículo 18 del Estatuto de Autonomía —cuya aprobación en los trabajos parlamentarios se produjo sin discusión alguna— va más lejos que lo que, en su día, previó la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al menos así parece desprenderse de la literalidad del artículo 73,3.a) de esta última al disponer que a la Sala de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia corresponde «el conocimiento de las causas penales», reservadas a los Tribunales Superiores de Justicia.

Por «conocimiento de las causas penales», podrá entenderse, en interpretación meramente literal, que no le corresponde la instrucción, sino el enjuiciamiento y fallo, pero debe descartarse esta idea porque la propia Ley Orgánica

del Poder Judicial, en el apartado 3.b del citado artículo 73 dice que también corresponde a la Sala de lo Penal de dichos Tribunales Superiores de Justicia «la instrucción y fallo de las causas penales contra Jueces, Magistrados y miembros del Ministerio Fiscal». Excluye asimismo aquella interpretación lo dispuesto en el artículo 57.2.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando atribuye a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el conocimiento de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidente del Congreso y del Senado».

Significa lo dicho, de una parte, que la instrucción de las causas contra el Presidente y miembros de la Xunta de Galicia no viene claramente atribuida en la Ley Orgánica del Poder Judicial al Tribunal Superior de Justicia, aunque pudiera llegarse a una respuesta afirmativa mediante criterios interpretativos sistemáticos o analógicos; de otra, que el Estatuto gallego en su artículo 18, tampoco estableció explícitamente la instrucción en su plenitud, sino que la limita a las concretas decisiones de «inculpación, prisión, procesamiento y juicio». Por ello, es, al menos, cuestionable que el Pleno de la Audiencia Territorial de La Coruña haya asumido la instrucción completa de la causa. La Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte posibles imprecisiones, cuando ha querido que sea así, lo ha dicho expresamente. Para el Tribunal Constitucional «conocimiento» no supone instrucción. La sentencia 154/88, en su fundamento jurídico 5, dice que «no es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo artículo 2 de la Ley Orgánica 10/80, que se limita a atribuir la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción)»... Si aceptamos, pues, que el Estatuto de Autonomía de Galicia únicamente atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones de inculpación, prisión, procesamiento y juicio, será necesario determinar si, en todo caso, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (S. 145/88), la apariencia de parcialidad que prohíbe el artículo 24.2 de la Constitu-

ción Española se produce cuando quien debe juzgar, previamente ha conocido el asunto a través de valoraciones que han exigido tomar postura respecto de aquél, como ocurre en los indicados casos en que es necesario decidir sobre la prisión o sobre el procesamiento.

b) La sentencia 145/88 del Tribunal Constitucional, en su Fundamento jurídico 7 dudosamente llega a estas conclusiones cuando explica qué debe entenderse por «instrucción» en el sentido que aquí interesa, es decir, en cuanto actuación que pueda debilitar la imparcialidad del Juez, o crear apariencias en su contra. Entiende, de una parte, que «no toda intervención del Juez antes de la vista tiene carácter de instrucción ni permite recusar por la causa prevista en el artículo 54.12 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Basta recordar, dice, «que en el procedimiento penal ordinario las Audiencias Provinciales conocen en apelación de los autos dictados por el Juez de instrucción e incluso decretan de oficio la práctica de nuevas diligencias al conocer el Auto de conclusión del Sumario (art. 631 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Esto es cierto, hasta el punto de que la misma Audiencia que luego ha de juzgar, según nuestro ordenamiento, debe previamente valorar el auto de procesamiento y el de prisión, durante la instrucción, en caso de que se impugnen (artículo 384 L. E. Crim.). Tales actuaciones sin embargo, parecen aceptables al Tribunal Constitucional desde el punto de vista de la imparcialidad, y no las considera obstáculo para que después la misma Audiencia que revisó la prisión o el procesamiento, juzgue el caso.

De otra parte, por contra, pone de relieve la sentencia citada, que «instructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones» (las enumeradas en el artículo 299 de la L. E. Crim.) 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 corres-

ponden, así como 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, quebrándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y juzgadora. Y más adelante agrega: «Es... la investigación directa... lo que forma el núcleo esencial de la instrucción».

Es verdad que también la misma sentencia se refiere a la decisión sobre la prisión provisional del detenido, afirmando que, por regla general, exige del Juez una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, y ello puede ser integrante de una actividad instructora; pero después de lo expuesto más arriba, parece que esta frase no debe valorarse aisladamente, sino en el contexto completo de la sentencia. En este sentido, es al menos dudoso que la sola decisión sobre la prisión o sobre el procesamiento haya de entenderse como actividad instructora a los efectos de la imparcialidad de quien luego debe juzgar, cuando resulta que en apelación la Audiencia realiza la misma operación —considerada fuera de la instrucción en la Sentencia— y cuando en el asunto que nos ocupa, el órgano que es llamado a tomar dichas decisiones es colegiado y no unipersonal, lo que reduce igualmente su apariencia de imparcialidad objetiva. A esta conclusión, aun reconociendo la dificultad del tema, pudiera llegarse sin grandes esfuerzos interpretativos, de la ponderación del conjunto de la doctrina de la sentencia 145/88, sobre todo porque los casos que se citan del TEDH, fundamentalmente el caso De Cubber, no contempla materia similar a la de este caso, pues allí se trataba de un Juez que tras intervenir en la instrucción accede al Tribunal colegiado el que interviene en algunas decisiones durante la instrucción y después el mismo ha de juzgar. Claro es que lo argumentado se basa, como hemos dicho al principio, en la opinión de que el artículo 18 del Estatuto gallego solo atribuye al Tribunal Superior de Justicia las decisiones y no la instrucción.



c) El hecho de que el Pleno de la Audiencia de La Coruña haya sobrepasado esas facultades, podrá tener otras consecuencias, pero no la de conducir a plantear una cuestión de inconstitucionalidad de unos preceptos (sería el art. 18) que no le obligaban a realizar la instrucción del sumario. Además, no basta para que resulte afectado el deber de imparcialidad, haber sido Instructor, sino haber realizado realmente propias actividades instructoras. Lo que puede contaminar de nulidad es precisamente el contacto directo con la investigación y la práctica de las pruebas. Esto no es aplicable, según los antecedentes, al Pleno de la Audiencia Territorial, sino, en todo caso, al delegado del Pleno para la instrucción. En consecuencia, puede juzgar el Pleno con la abstención del Magistrado delegado del Pleno para la instrucción.

Para evitar situaciones como la que ofrece la Consulta, otros ordenamientos jurídicos arbitran soluciones legislativas tendentes a esa finalidad. Así, el francés, tan afín en otras materias al nuestro, en los delitos cometidos por Magistrados y ciertos funcionarios, atribuye a la «Cour de Cassation» la obligación de designar la jurisdicción encargada de la instrucción y del enjuiciamiento (art. 679 y siguientes. «Code de Procedure Penale»). Y en materia de prisiones o inculpaciones, el Tribunal que después deberá juzgar el caso, no interviene durante la instrucción, porque las decisiones sobre aquéllas son tomadas por lo que se llama «Chambre D'accusation» (art. 191 y siguientes).

Podrá argüirse también que en el asunto presente, es precisamente lo excepcional del cargo ocupado por el acusado y las mayores garantías de que pretende rodeársele, lo que justifica y constituye la finalidad que persigue la unificación en un mismo Tribunal de la instrucción y el enjuiciamiento. Un poco en la línea que mantienen las sentencias del Tribunal Constitucional para la supresión de la doble instancia en materia penal (51/85, F. J. 3, 30/86, F. J. 2) respecto a Dipu-

tados y Senadores, o en el sentido que se expresa la sentencia del Tribunal Constitucional 90/85, F. J. 6, para las denegaciones de Supplicatorio.

El argumento nos parece débil, pues los casos comparados son en realidad distintos. La finalidad de la doble instancia es lograr una mayor garantía, no sólo por lo que supone el doble conocimiento, sino porque el segundo Tribunal que conoce es de grado superior al que lo hizo en primer lugar. De ahí que si la competencia viene atribuida por razón de la persona en primera instancia al más alto Tribunal, pueda dejar de tener sentido un nuevo enjuiciamiento.

Pero en el asunto que estamos examinando, la imparcialidad es predicable y debe ser protegida en todo órgano dedicado a juzgar resultando igualmente reprochable la apariencia de parcialidad en un Tribunal inferior que en uno superior.

d) El último punto de que trata la Consulta plantea con suma corrección el momento en que una cuestión de inconstitucionalidad, de la naturaleza de la aquí examinada, debe promoverse. Aunque se ha concluido que es improcedente en este caso su planteamiento, estimamos válidas las apreciaciones que se hacen y de interés general su conocimiento, por lo que es oportuna la exposición de tal línea argumental.

Conforme al estricto tenor del artículo 35,1 y 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, parece que toda cuestión de inconstitucionalidad deberá plantearse «concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia». De ahí que en la cuestión que dio lugar a la sentencia de 12 de julio de 1988 el Ministerio Fiscal al oponerse a la misma estimara que el Juez la había planteado anticipadamente en unas diligencias previas, antes de incoarse el procedimiento de la Ley 10/80 y el Letrado del Estado al oponerse también a la cuestión diga

que el Juez no plantea la cuestión una vez concluso el procedimiento y antes de dictar sentencia.

Mas el Tribunal Constitucional rechaza aquellas objeciones y entiende que la cuestión se planteó en momento oportuno. Ello es así porque como dice el Tribunal Constitucional (Sentencia 54/83, de 21 de junio) la expresión *fallo* utilizada tanto en la Constitución (art. 163) como en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (art. 35.1) se ha de entender en sentido amplio significando pronunciamiento decisivo e imperativo de una resolución judicial, se trate de materia de fondo o materia procesal», ya sea en forma de auto o de sentencia, y así lo ha reconocido la Circular de esta Fiscalía 1/86, de 14 de febrero; es lo decisivo la relación de la validez norma-fallo a producir en el proceso, es decir que la aplicación de la norma que se estime inconstitucional lleve consigo la nulidad de la actuación procesal y por consiguiente la invalidez del fallo. De ahí que la sentencia de 12 de julio de 1988 estime ajustado que el Juez suscite la cuestión una vez concluidas las diligencias previas, por entender que la validez de la sentencia depende de la norma impugnada, ya que si fuese inconstitucional y habiendo realizado funciones de instructor carecería de competencia para celebrar el juicio oral y en consecuencia para fallar.

En el supuesto de la Consulta por aplicación de la doctrina constitucional, si hubiera habido lugar al planteamiento, el momento oportuno hubiera sido el inmediatamente después de dictar auto de conclusión del sumario y antes de dar traslado al Ministerio Fiscal para instrucción, pues de ser inconstitucional el precepto serían nulas las actuaciones procesales subsiguientes y también la sentencia, al no ser razonable exigir al Tribunal seguir los trámites hasta la celebración del juicio para plantear después una nulidad que de antemano presume. Esta última tesis sería exacta sólo si la inconstitucionalidad se predicare del precepto penal sustantivo del que dependiera el fallo con lo que el trámite procesal

anterior, incluido el juicio, sería válido. Pero, insistimos, no lo es cuando lo que se plantea es la inconstitucionalidad de la tramitación procesal del plenario de la causa y su fallo por el Tribunal que instruyó.

Madrid, 4 de noviembre de 1988.

## EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.