

DEI S. PRAVIDE ET PRO

Revista

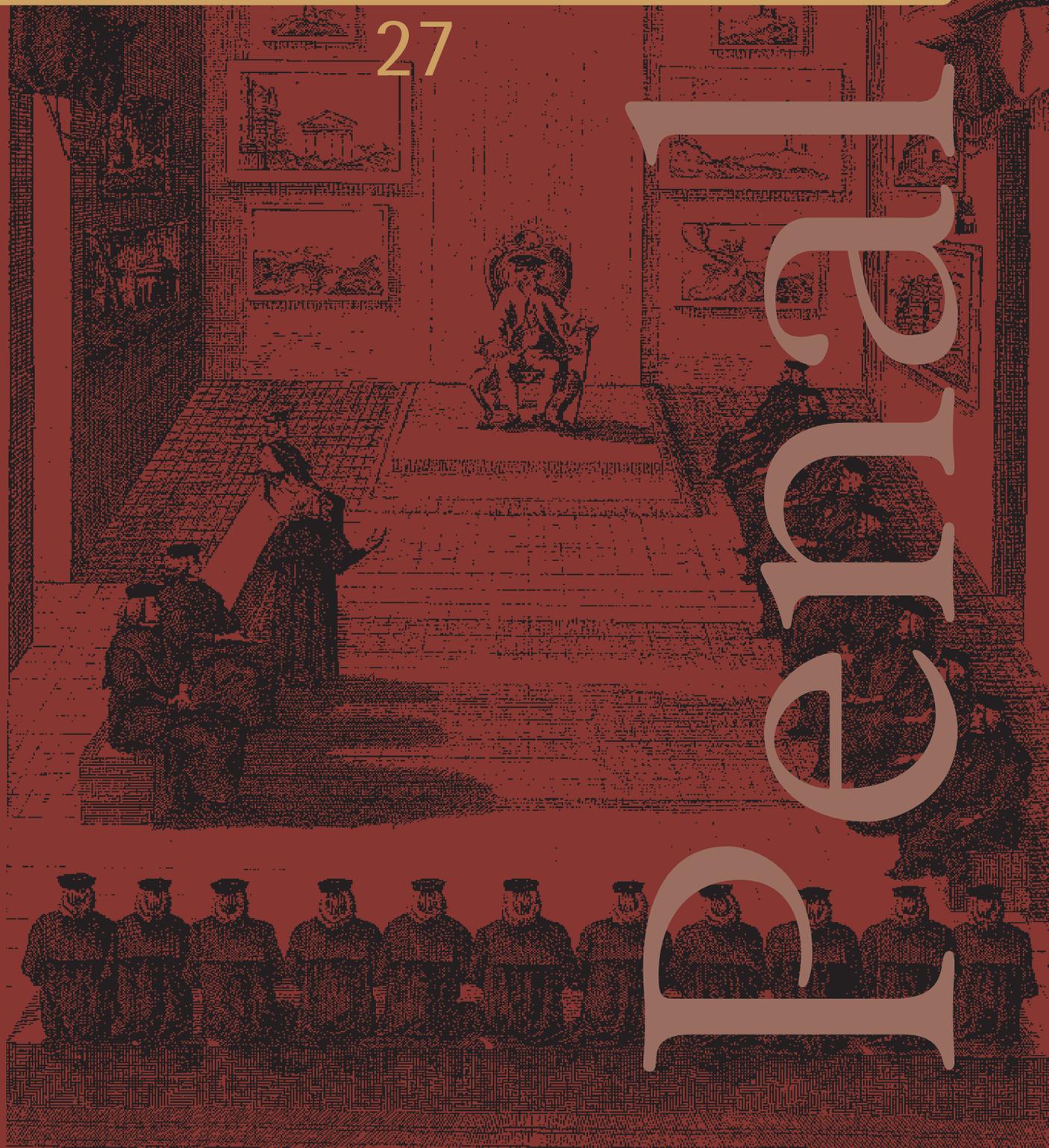
Enero 2011

27

Revista Penal

Enero 2011

Penal



Revista Penal

Número 27

Sumario

Especial Doctrina: El Derecho penal en la Unión Europea

- Obtención transnacional de pruebas. Diez tesis sobre el Libro Verde de la Comisión Europea sobre «Obtención de pruebas en materia penal en otro Estado miembro y la garantía de su admisibilidad», por *Kai Ambos* 3
- La aproximación constitucional al Derecho penal frente a las fuentes e instituciones supranacionales europeas, por *Alessandro Bernardi* 15
- Bienes jurídicos de relevancia comunitaria y protección penal: el caso de las falsedades en las cuentas de sociedades mercantiles por *Luigi Foffani* 41
- Evaluación Legislativa y Racionalidad en el Ámbito Penal Europeo (y Nacional) por *Marta Muñoz de Morales Romero* 51
- La armonización del derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo. *European Criminal Policy Initiative* y el Manifiesto sobre Política Criminal Europea, por *Adán Nieto Martín* 78
- Manifiesto sobre política criminal europea 83

Doctrina

- ¿Un nuevo sistema de penas?: La *probation* y la suspensión de la ejecución de la pena, por *Miguel Abel Souto* 93
- Medios de comunicación y populismo punitivo. Revisión teórica del concepto y análisis de la reforma penal en materia de hurto, por *Joan Baucells Lladós y Luiz Peres-Neto* 111
- A setenta años de la migración republicana: los juristas, por *Sergio García Ramírez* 132
- La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución por *Faustino Gudín Rodríguez-Magariños* 141
- La herencia de Franz von Liszt, por *Francisco Muñoz Conde* 159
- La aplicación del concepto de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder en América Latina y España: desde el juicio a las juntas militares argentinas hasta los casos contra Abimael Guzmán, Alberto Fujimori y los líderes políticos colombianos vinculados al paramilitarismo por *Francisco Muñoz Conde y Hector Olásolo* .. 175
- La relevancia justificante del consentimiento de las menores de edad en el nuevo sistema de aborto no punible (Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo) *Prof. Dr. Sergio Romeo Malanda* 191
- Introducción al sistema Anti-corrupción de la República Popular China, por *Shizhou Wang* 211

Sistemas penales comparados: Derecho Penal Tributario 216

Bibliografía: Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva, por *Francisco Muñoz Conde* 271

Crónica. II International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era, Beijing, 2010 por *Juan Carlos Ferré Olivé y Miguel Ángel Núñez Paz* 283



Universidad de Salamanca



Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.
Con el apoyo económico de la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac – Univ. Valencia
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla

Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño (Argentina)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)
Felipe Caballero Brun (Chile)
Shizhou Wang (China)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)
Adán Nieto Martín y (España)
Dimitris Ziouvras (Grecia)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)
Luigi Foffani y Luca Ramponi (Italia)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Ana Cecilia Morún y David Infante Henríquez (República Dominicana)
Svetlana Paramonova (Rusia)
Baris Erman y Pinar Yazici (Turquía)
Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

ISSN: 1138-9168

Dep. Legal: B-28.940-1997

www.revistapenal.com

Suscripciones: Marcial Pons
Departamento Suscripciones
revistas@marcialpons.es
Tel: 0034 913043303
Fax: 0034 913272367



La paulatina metamorfosis del juez de instrucción como juez de garantías: pautas jurídicas para la pervivencia de una arraigada institución

Faustino Gudín Rodríguez-Magariños

*Magistrado. Secretario Judicial excedente.
Doctor en Derecho.
Licenciado en criminología.
Profesor honorario UAM*

Revista Penal, n.º 27.— Enero 2011

RESUMEN: *Bajo nuestro punto de vista, entendemos que la abolición de la figura del juez de Instrucción español y puede ser peligrosa en orden a la defensa de las garantías de nuestro sistema. Normalmente, en los tiempos modernos, un sector muy importante de la doctrina asume que la salvaguardia de esta figura tradicional es un anacronismo porque se la reputa contradictoria con el principio acusatorio que, indefectiblemente, es una de las garantías esenciales de nuestro sistema y que la institución debería ser relegada como una vacua reminiscencia o reliquia del ominoso sistema inquisitivo. Mas, bajo nuestro punto de vista, nosotros consideramos que el juez de instrucción español puede ser reputado como la sana evolución del juez de garantías. Nosotros discernimos una marcada diferenciación entre la nuda investigación que es tarea propia del Fiscal y la actuación de la instrucción donde ya no solo se acusa sino que es preciso, en ocasiones, menoscabar los derechos fundamentales de los ciudadanos pues, confortándolos y ponderándolos con otros intereses legítimos en juego, se hace preciso una actividad cautelar jurisdiccional no meramente de parte.*

Finalmente, nosotros consideramos que, llegados a la eventual reforma, la misma comportaría que el Fiscal General del Estado debería, lege ferenda, en aras al respeto de las garantías (y a su nuevo status como magistratura postulante), ser elegido por una mayoría cualificada del Congreso o de las Cortes, como ya sucede en toras instituciones como el Defensor del pueblo o el Tribunal de Cuentas. La ciudadana no entendería que la cúpula organizativa de la investigación de los delitos estuviera exclusivamente bajo la completa discrecionalidad de un grupo político y sus aliados, pues la justicia no solo debe ser honesta sino también parecerlo.

PALABRAS CLAVE: *sistema acusatorio, magistratura postulante, juez de garantías, imparcialidad, derechos fundamentales. Fiscal General del Estado.*

ABSTRACT: *From our point of view, we consider that the abolition of the Spanish's examining magistrate could be dangerous for the guarantees of our system. Usually, on the modern times, a lot of people assume that safeguard this figure is an anachronism, because this institution attack the accusatory principle and it's a reminiscence of the ancient inquisitorial system. On the other side, we believe that the examining magistrate could be well thought-out like an evolution of the judge of guarantees on duty. We distinguish betewen the investigation who is an area reserved to the prosecutor, and the judiciary actuation. The first point should not broke the civil rights, the second point, the judicial, could interfere on the civil rights of the citizens.*

Finally, we consider that the eventual reform should require a constitutional reform changing that General Prosecutor, from this moment on, have to be elected by a qualified quorum of the Parliament and it could not be chosen by the Government, as actually succeed. We believe that justice must not only be done; it must also be seen to be done, and to keep up appearances, it is of vital importance for the credibility of the actual judicial system.

KEY WORDS: *accusatory system, court of impeachment, examining magistrate, impartiality, civil rights and General Prosecutor.*

SUMARIO. 1. Sistema inquisitivo versus sistema acusatorio. 2. Historia. 3. Características sistema acusatorio español. 4. Experiencias en el marco del derecho comparado. 5. El Ministerio Fiscal español imposibilidad constitucional de operar como una magistratura postulante. 6. Acusación popular y acusación particular versus Fiscal instructor. 7. La necesaria imparcialidad del órgano instructor. 8. Conclusiones.

1. Sistema inquisitivo versus sistema acusatorio

Desde hace tiempo, en el Derecho procesal orgánico moderno late una sombra de duda sobre la conservación de la figura del Juez de Instrucción. Esta incertidumbre sobre la continuidad de esta institución, está fundamentalmente relacionada con la duda relativa a, si con la pervivencia de la figura del Juez instructor, se estaría menoscabando de algún modo las exigencias del principio acusatorio y, sobre si dejar la acusación en manos del Fiscal, comportaría un halo más garantista en el Ordenamiento procesal penal. Frecuentemente, oímos corroboraciones acrílicas sobre este postulado pero, a la par, se percibe una total falta de un juicio reflexivo sobre la trascendencia de la liquidación de esta arraigada, cuando menos socialmente, institución. Paralelamente, advertimos un manifiesto vacío crítico en relación a qué garantías estaríamos perdiendo con la supresión de una figura que actualmente ejerce una clara función de salvaguarda de los derechos procesales de los ciudadanos.

Con esas críticas feroces a esta institución, se ningunea el importantísimo papel de defensa de los las libertades civiles de los ciudadanos y de legalidad que actualmente está desempeñando el Juez de Instrucción como guardián imparcial del tesoro de las garantías y la función que ha desarrollado para situar a nuestro país entre las democracias avanzadas escrupulosas en la defensa de los derechos fundamentales. La institución ha funcionado como un freno frente a los excesos del poder ejecutivo de órganos predeterminados a no buscar la nuda verdad en la fase de instrucción sino a dar satisfacción a excesos vengativos o a aparatos mecanicistas orientados a cumplir finalidades parciales gubernativas. Quizás nos demos cuenta del importantísimo papel democratizador que ha ido ejerciendo paulatinamente el Juez de instrucción en nuestra sociedad cuando dicha figura se extinga, en parte por desgana de los encargados de defenderla, que no se percataron de su elevada misión.

Nadie parece plantearse la posibilidad de la viabilidad de la pervivencia del Juez de Instrucción transformado en un Juez activo de garantías que progresivamente vaya dejando mayores de cuotas de actuación al Ministerio Fiscal, pero que siga controlando como órgano garantista superior e imparcial la jurisdiccionalidad y legalidad de la actividad instructora.

Es indiscutible que el principio acusatorio representa un pilar de primer orden en la configuración del Derecho procesal moderno pues, entre otras cosas, se encuentra firmemente ligado a la imparcialidad del Juez y favorece en grado sumo la contradicción pues la parte se enfrenta a una acusación concreta por parte de un órgano postulante con intereses muy precisos y definidos. Mas el principio de contradicción y de igualdad de armas también puede verse menoscabo si una acusación parcial puede interesar y acordar medidas restrictivas de derechos y manejar la instrucción del proceso de un modo carente de objetividad e imparcialidad. Las medidas cautelares reclaman de suyo como una vocación inherente la presencia de un ente imparcial que vele por la legalidad de la intrusión que se ejerce sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La duda que surge en el horizonte es si resulta imprescindible revolucionar el actual modelo de Ministerio Fiscal para adaptarlo al nuevo modelo de instrucción o si, en cambio, es posible evolucionar partiendo del modelo constitucional de Ministerio Fiscal existente, y a partir de ahí potenciar la figura del fiscal¹ pero manteniendo de alguna manera un juez que esté en la instrucción, quizá no como Juez de Instrucción, pero sí como juez de garantías, con facultades reales de control de las garantías durante el curso de la instrucción.

En los países donde se ha remodelado la figura del fiscal investigador, no ha redundado palpablemente en una mejora de la estructura del proceso, ni en su celeridad², ni siquiera el sistema acusatorio el cual ya se ve suficien-

1 Tal como se ha hecho con la Instrucción 2/2008, de 10 de marzo, de la FGE sobre principios generales en las funciones del Fiscal en la fase de instrucción y actuaciones en protección de las víctimas y del derecho de defensa o en la subsiguiente Instrucción 2/2008, de 10 de marzo, de la FGE: protección del derecho de defensa por el Fiscal en la fase de instrucción.

2 En contra GÓMEZ COLOMER, J. L., «El Fiscal instructor», *Justicia: Revista de derecho procesal*, Núm. 2, 1996, pp. 259-286. En este sentido, BACIGALUPO ZAPATER el fiscal investigador tampoco podría acelerar el proceso penal mientras las verdaderas fuentes de las dilaciones sigan estando presentes, en concreto se refirió a la pluralidad de partes acusadoras que prevé la LECrim, al sistema de recursos durante la instrucción —inmensamente más largo que en otras leyes procesales europeas— y, sobre todo, al ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal. «La posición del Fiscal en la investigación penal: La reforma de la LECR», *Diálogos jurídicos*, Centro de Estudios Jurídicos, Martes 26 de abril de 2005.

temente salvaguardado con el alejamiento del instructor de cualquier tipo de decisión o intromisión en la fase de plenario. De otro lado, hay que tener en cuenta también consideraciones fácticas de eficiencia y de eficacia: es preciso considerar, la plantilla del Ministerio fiscal, y su despliegue absolutamente inadecuado para el nuevo sistema proyectado. Y no se puede crear la figura del fiscal investigador sin dotar de medios al Ministerio Fiscal, en concreto, de una policía judicial real y efectiva, inexistente en estos momentos, y de todo un aparato de apoyo, de órganos periciales que asistan la labor del fiscal investigador. Y, en la actual situación de crisis, parece bastante improbable que estos medios se atribuyan al Ministerio Fiscal.

Como afirma FERRAJOLI³ «la separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás, ... comporta no sólo la diferenciación entre los sujetos que desarrollan funciones de enjuiciamiento y los que tienen atribuidas las de postulación —con la consiguiente calidad de espectadores pasivos y desinteresados reservada a los primeros como consecuencia de la prohibición *ne procedat iudex ex officio*— ... La garantía de la separación, así entendida, representa, por una parte, una condición esencial de la imparcialidad (*terzietà*) del juez respecto a las partes de la causa, ... es la primera de las garantías orgánicas que definen la figura del juez; por otra, un presupuesto de la carga

de la imputación de la prueba, que pesan sobre la acusación, que son las primeras garantías procesales del juicio».

No obstante en el modelo español la intromisión del juez de Instrucción en la fase de enjuiciamiento aparece completamente blindada por la legalidad vigente. Mas en Italia la Fiscalía actúa con independencia al Gobierno y el Ejecutivo a modo de una auténtica magistratura postulante que se desenvuelve bajo un complejo sistema de oficinas (*uffici*).

En conclusión, hay que romper con la idea monolítica, auténtico tabú o irrazonado apriorismo mental, extraída de las experiencias de otras épocas, de que el Juez instructor menoscaba, aunque sea someramente, la viabilidad del principio acusatorio. Tal como sostiene MARTÍNEZ ARRIETA⁴, avalado por una uniforme e inveterada jurisprudencia⁵, el principio acusatorio es una opción no explícita del constituyente que informa al ordenamiento procesal español en su conjunto, del que nacen los derechos y las posiciones de las partes en el proceso. Bajo una lectura armónica de sus preceptos, la Constitución opta inequívocamente por el sistema acusatorio y en su virtud, una vez realizada esa alternativa, una serie de garantías procesales inherentes al mismo, básicamente establecidas en su art. 24 de la CE.

La vigencia del principio acusatorio formal en el proceso español y francés⁶, es otra forma de entender este principio que requiere, en esencia, de la existencia de una acusación formal contra una persona concreta, pues, según el Tribunal Constitucional⁷, no puede haber condena sin acusación

3 Cfr. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op.cit., p. 567.

4 Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, A., *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Ed. Comares, Granada, 1994, pp. 16 y 17.

5 Esta opinión está avalada masivamente por la jurisprudencia que declara que aunque no aparece formulado expresamente en la Constitución, el Tribunal Constitucional, en sus SSTC 17/1988, 168/1990, 47/1991 y del TS en las de 14 febrero 1995 y 10 octubre 1994, de 14 marzo y 4 noviembre 1996 que han consagrado una constante doctrina que reflejada, que sostiene que: «los derechos a la tutela judicial sin indefensión, a ser informado de la acusación y a un proceso con todas las garantías que reconoce el art. 24 CE conducen a señalar que este precepto consagra el principio acusatorio en todos los procesos penales, de tal manera que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, lo que obliga al Tribunal a pronunciarse sobre los términos del debate tal y como hayan sido formulados por la acusación y la defensa. Ello significa, además, que ha de existir una correlación entre la acusación y el fallo». [Recientemente las STS 1590/1997, (2ª), de 30 de diciembre (García-Calvo y Montiel) y la STS 1206/2009 (2ª), de 1 de diciembre, (Colmenero Menéndez de Lúcar)].

6 En el país galo ya en el CPP de 1808 se instituyó el sistema «acusatorio formal»: un órgano, el Ministerio Público, dependiente del ejecutivo se encargaba del ejercicio de la acusación (acusatorio) correspondiendo, sin embargo, a la autoridad judicial la responsabilidad de investigar los hechos delictivos e iniciar el proceso. Existía un control, empero, sobre el uso correcto de la facultad de acusar (en régimen de monopolio, ya que la acción pública se había abolido). Desparecido, como en Inglaterra el jurado de acusación, se crea la «chambre d'accusation», órgano compuesto por jueces. (Un completo análisis de la fiscalía en Francia y la actual situación la realiza DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., «El poder de acusar», Ariel, Barcelona, 2000, pp.113 y ss.

7 STC 266/ 2006, (Sala 1ª) de 11 de septiembre (Aragón Reyes). En su FJ 2º se sostiene que «Como tiene señalado este Tribunal en reiterada doctrina, «entre las exigencias derivadas del principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, habiendo precisado a este respecto que por 'cosa' no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica». En análogo sentido se pronuncian SSTC 12/1981, de 10 de abril y la STC 95/ 1995 (Sala 2ª), de 19 de junio (González Campos), que sostienen expresamente que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido la oportunidad de defenderse de manera contradictoria. En análogo sentido las SSTC 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre» (entre otras muchas, SSTC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 35/2004, de 8 de marzo, FJ 2; 71/2005, de 4 de abril, FJ 3; y 224/2005, de 12 de septiembre, FJ 2).

... y su infracción determina, una doble vulneración constitucional: la del derecho a conocer la acusación —art. 24.2 de la CE—, pues ésta sería inexistente, y la del derecho a no sufrir indefensión —art. 24.1 de la CE. El instructor supervisa la fase de investigación pero el cómo sin entrometerse como se ejerce la acusación la fase del plenario⁸.

Como casi siempre para entender una institución o axioma antológico como el principio acusatorio hemos de partir de su reverso pues como afirmara Pascal «todo tiene dos caras» y la técnica didáctica del contraste es un poderoso factor de comprensión de las realidades. Sólo comprendiendo bien los defectos del anterior sistema inquisitivo podremos entender un poco la mecánica de funcionamiento del principio antagónico que nos serviría para inmunizarnos frente a sus perniciosas consecuencias.

Se basaba el sistema inquisitivo en postulados tales como el secreto⁹, la delación anónima, la posibilidad de aplicar el tormento, la primacía de la prueba de confesión

(«la reina de las pruebas») y la escritura, etc. Por ende, el proceso inquisitivo, que en sus orígenes apareció diseñado como un instrumento para proteger a los denunciantes temerosos frente a los poderosos, sirvió en la praxis, muy por el contrario, como un instrumento idóneo para cometer todo género de excesos contra el imputado, sin posibilidad por parte de éste de protegerse contra las diatribas del poder.

El principio acusatorio que cuenta su más lejano precedente en el derecho romano y que es consustancial al derecho anglosajón parte, en cambio, de la concepción dialéctica esencial del proceso, que busca la decisión del conflicto subyacente por una instancia superadora, ajena a él y a las partes enfrentadas¹⁰.

Actualmente ha sido tan grande la aceptación del principio acusatorio anglosajón («adversary system»¹¹) en el continente europeo que hoy en día podemos afirmar que sólo en él nos encontramos ante un auténtico proceso. En

8 Así la STS 1206/ 2009 (2ª), de 1 de diciembre, (Colmenero Menéndez de Luarca) manifiesta que la determinación de ese hecho se inicia, de modo muy provisional, en la denuncia o querrela y se va precisando como consecuencia de la instrucción hasta el momento del procesamiento en el procedimiento ordinario, y del Auto de incoación de procedimiento abreviado en esta modalidad procesal. El escrito de conclusiones provisionales de la acusación da lugar a la identificación, aunque todavía provisional, del hecho imputado, que aún admite alguna precisión en el Auto de apertura del juicio oral, en cuanto que, en el procedimiento abreviado el Juez de instrucción y en el ordinario el Tribunal, pueden denegarla parcialmente al entender que algún hecho no es constitutivo del delito imputado ni de ningún otro. En este Auto se acuerda contra una persona determinada y por unos hechos que deben aparecer en la acusación. Mas, la determinación final del hecho imputado se contiene en las conclusiones definitivas de la acusación y son sólo estos hechos los únicos que vinculan al Tribunal como consecuencia del principio acusatorio (FJ 2º).

9 La importancia de la publicidad está convenientemente destacada por GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/ HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1972, p. 242, al decir que «En el proceso penal vigente, en oposición al procedimiento secreto inquisitivo, los principios de publicidad y oralidad son correlativos. La significación de la publicidad no sólo es política, sino técnico-jurídica. Su valor está, por un lado, en que contribuye a asegurar la confianza de la opinión en la administración de justicia. Una sentencia basada en elementos que sólo el juzgador conoce podrá ser justa; quienes ignoren lo dicho y hecho ante el juez carecerán de base para apreciarlo y pueden no estimarlo así. El proceso secreto produce desconfianza en la confianza popular y, a la larga, desinterés por la justicia; viene ésta a perder su función social y educadora. Por otro lado, la satisfacción que otorga -al ofendido por el delito, en caso de condena; al honor del inocente erróneamente inculpaado, en caso de absolución- únicamente es plenamente sentida si opera a la luz del día. Con la publicidad, no sólo el acto jurisdiccional puede a su vez ser juzgado socialmente. Exponiendo su conducta a la crítica; a las partes y sus representantes les será más difícil actuar en el juicio arbitrariamente. La publicidad representa asimismo un aguijón para la conciencia de peritos, testigos, etc». La STS de 29 de julio de 1998 (Delgado García) [R] Ar. 1998\5855 establece su repudio frente al secretismo pues «nunca se destacará suficientemente el ejercicio material del derecho de defensa pasa por el conocimiento cabal de la imputación, pues sólo uno puede defenderse de lo que previamente se conoce».

10 Sus características son sobradamente conocidas y pueden ser resumidas en las siguientes claves: La publicidad plena de todo el procedimiento. La regla general de la libertad personal del acusado, hasta la condena definitiva.

La igualdad de armas con paridad absoluta de derechos y de poderes entre el acusador y el acusado con plena contradicción en el debate. La pasividad del juez al recoger las pruebas, sean de cargo o de descargo. La oralidad de las sesiones. El principio de unidad de acto que comporta la continuidad del contexto síntesis en todo el procedimiento. La inmediatez en la relación directa del Juez con la valoración de lo acontecido en el plenario, con la regla general de que sólo es válido aquello que se practica en su presencia. La congruencia o correlación entre lo que se acusa y lo que se debate, sin posibilidad de que el Juez introduzca extremos diferentes en el debate o de acusaciones sorpresivas «Con la acusación —requerimiento de apertura del juicio— se fija más rígidamente el objeto del procedimiento penal por venir, específicamente el juicio ... esa descripción será la que establezca los límites cognocitivos del tribunal durante el debate y la sentencia ... la sentencia —se dice— sólo puede como máximo ser un correlato de la acusación». (Maier, J. B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, p. 36).

11 Es importante comprender que «adversarial» se refiere al sistema basado en el principio de contradicción o *adversary procedure* del derecho anglosajón por el que las partes implicadas en un proceso judicial presentan sus pruebas y refutan el argumento de la parte contraria por medio de un procedimiento de la *cross-examination*, esto es, interrogatorio y replica.

realidad como argumenta MONTERO AROCA¹²— «... éste [el proceso] si no es acusatorio no es proceso, con lo que el calificativo no añade nada, no califica, siendo simplemente un pleonismo. ...». También el TEDH¹³ lo conceptúa como una garantía esencial del proceso vinculándolo al principio de contradicción.

Como sostiene FERRAJOLI¹⁴, el Juez no debe tener ningún interés, ni general ni particular, en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, al ser su función la de decidir cuál de ellas es verdadera y cual es falsa. Al mismo tiempo, no tiene por qué ser un sujeto «representativo» puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, e incluso el de la totalidad de los asociados lesionados...»¹⁵.

Mediante el ejercicio de la acusación, el acusador apela a la ley, el jurista romano llamaba a esta instrumentalizada queja *legis actio*. Por lo tanto, lo que tiene que realizar el acusador es convencer mediante la lectura de la ley que con el agravio particular a su patrocinado, paralelamente se ha inferido también un perjuicio al sentimiento de las normas de convivencia necesarias para el recto desarrollo de la colectividad. Y debe con ello mostrar que la verdad sigue siendo verdad, aun cuando el sujeto sólo la reconozca y defiende desde el estrecho punto de vista de su interés propio.

En definitiva, tras la querrela particular lo que trata el acusador es mostrar al mundo que la ley misma ha sido puesta en litigio, que hay una disputa por la ley, que debe ser decidida en el caso singular y que, en caso de que la comunidad no reaccione, sus pautas de coexistencia en el futuro aparecerán debilitadas y se podrán repetir escarnios similares por parte tanto del propio sujeto como de los otros individuos que podrían tomar ejemplo de conductas similares.

Y eso es precisamente lo que tiene que llegar a comprender el Juzgador, quien emancipándose del frío sentimiento de lo subjetivo, desprovisto de todo impulso de parciali-

dad, tiene que comprobar que hay de personal y que hay de legítimo y objetivo en el contenido de la acusación.

Verdaderamente, que el Tribunal decisor este absolutamente desvinculado del órgano instructor es una máxima necesaria para la objetividad de un juicio justo (*fair trial*). De ahí, el esfuerzo por asegurar lo que CHIOVENDA¹⁶ vino a conceptuar como «alienità» (o «terzietà», o «estraneità»), esto es, y por utilizar la muy expresiva traducción ideológica propuesta por DE LA OLIVA — y que comienza a ser utilizada por los procesalistas españoles — el desinterés objetivo (cuánto más, el subjetivo) del juzgador respecto al caso a él sometido (Piú terzo, piú giudice).

Consecuente a este planteamiento, el TC¹⁷ sostiene que la vigencia del principio acusatorio debe medirse en dos aspectos, para excluir la indefensión, el conocimiento de la acusación y la congruencia con lo apuntado por las acusaciones o «que el hecho objeto de la acusación y el que es base de la condena permanezcan inalterables» (TC S 134/1986, FJ 4), y ello no sólo por razón de la necesaria congruencia con el objeto del proceso, sino porque la modificación e introducción en la sentencia de hechos distintos constituye vulneración del principio acusatorio tanto si se considera que el condenado lo habría sido sin que se ejerciera acusación sobre esos hechos, como si se entiende respecto de esos hechos la acusación habría sido ejercida por el Juez, pues ello vulneraría su imparcialidad al unir en su actuación las funciones de acusación y enjuiciamiento. Igualmente es consecuencia de lo anterior que no cabe considerar que existe indefensión «si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia» (TC S 134/1986, FJ 2).

El órgano jurisdiccional no puede, por ello, salir en busca del conflicto, provocar su jurisdiccionalización ni tomar partido por uno de los litigantes. Así, Alexis de Tocqueville en su estudio acerca de «La Democracia en América» escribía estas explicativas palabras:

12 Vid. MONTERO AROCA, J., *Los principios del Proceso penal, un Intento de Exposición Doctrinal Basada en la Razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, en esp. pp.39 y ss.

13 STEDH, caso Oyman c. Turquía, (Sec 2ª), Sentencia de 20 de febrero de 2007, (rec. 39856/2002). Donde se señala que El artículo 6.3 a) subraya la necesidad de poner un extremo cuidado en notificar la acusación al interesado. El acta de acusación juega un papel determinante en las persecuciones penales: desde su notificación, la persona acusada está oficialmente avisada de la base jurídica y fáctica de los reproches que se dirigen contra ella. El artículo 6.3 a) reconoce al acusado el derecho a ser informado no sólo de la causa de la acusación, es decir de los hechos materiales que se le imputan y en los que se basa la acusación, sino también de la calificación jurídica dada a estos hechos y de una manera detallada. También en el caso Miraux c. France, la STEDH (Sec. 2ª), de 29 septiembre de 2006, (rec. 73529/2001) donde el Tribunal recuerda que la equidad de un procedimiento se aprecia respecto del conjunto de éste. Las disposiciones del apartado 3 del artículo 6 muestran la necesidad de poner un particular cuidado en notificar la acusación al interesado. El acta de acusación juega un papel determinante en las persecuciones penales: a partir de su realización, la persona acusada está oficialmente avisada por escrito de la base jurídica y fáctica de los reproches formulados contra ella.

14 Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, (trad. García Pascual, C.), Ed. Trotta Madrid, 2003, p. 549,

15 Vid. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op.cit., pp. 579-80.

16 Vid. CHIOVENDA, G., *Teoría General del Proceso*, Reus, Madrid, 1977.

17 STC 302/2000 (Sala 1ª), de 11 de diciembre (Casa Bahamonde).

«... El primer carácter del poder judicial, en todos los pueblos, es servir de árbitro. Para que haya lugar a acción por parte de los tribunales, es preciso que haya discusión. Para que haya juez, es preciso que haya proceso. En tanto que una ley no dé lugar a una discusión, el poder judicial no tiene ocasión, pues, de ocuparse de ella. Existe, pero no la contempla...»¹⁸.

2. Historia

El sistema inquisitivo dominó en la Europa de la Edad media y fue introducido en nuestro Ordenamiento mediante las Partidas¹⁹ se implantó definitivamente en el Reino de Castilla en la Edad Media (siglos XIII, XIV y XV), sustituyendo al proceso penal acusatorio. Su vigencia se extiende hasta 1872²⁰, quedan definitivamente desterrados en la fase de juicio oral con la ley vigente, pero no en la fase sumarial, la cual contiene elementos netamente inquisitivos.

A grosso modo cabe apuntar que el principio inquisitivo se basaba en el secreto, en lo opaco en la actuación de oficio y en la potestades cuasi ilimitadas del instructor-enjuiciador de ningunear al sujeto sometido a denuncia, hasta tal punto, que perdiendo su dignidad humana se le contemplaba más como un objeto que como un sujeto del proceso.

Ya Beccaria se apercibió cuan imposible era sustituir la tortura y las instituciones jurídicas que le servían de corolario por otras pruebas más objetivas sin sustituir al mismo tiempo todo el proceso penal «ofensivo» por otro de carácter «informativo»²¹.

Con el triunfo decimonónico de las ideas liberales, la «ley provisional para la organización del Poder judicial» de 1870 instó al Gobierno a proceder a la reforma del pro-

ceso penal, con inclusión del juicio por Jurado. La primera codificación procesal española estará claramente influenciada por la normativa francesa²² (Code d'instruction criminelle de 1808) y tratará de cristalizar las ideas liberales en el marco de nuestro lúgubre proceso criminal y como secuela del proceso francés se ordena bajo el sistema acusatorio formal con pervivencia de la figura del Juez de Instrucción, al igual que su modelo galo.

Si hay un texto legal memorable en los anales de nuestra literatura jurídica es la Exposición de Motivos de la Ley de enjuiciamiento Criminal. En la misma, un hombre culto y honesto, reflexiona sobre los avatares de su tiempo intentando imponer un poco de cordura y racionalidad en un sistema que como el mismo sustenta se halla «plagado de vicios y peligros, cargado de una atmósfera malsana que llega a la asfixia sin sentirla».

Su propósito es lograr un nuevo modelo de coexistencia donde los hombres «sean verdaderamente libres y pedan tener en su mano medios eficaces de defender y conservar su vida, libertad, su fortuna, su dignidad, su honor». Como refiere VIVES ANTÓN²³, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 pretendía introducir un cambio sustancial en nuestro modo de enjuiciar, abandonando los errores de pasado, se busca dar un poco de claridad y justicia a un método enjuiciativo que posibilitaba enormes abusos. Se proponía «rendir culto en los progresos de la ciencia, rompiendo con el procedimiento escrito, inquisitivo y secreto, para sustituirle con los principios tutelares de libertad, de contradicción, de igualdad de condiciones entre las partes contendientes, publicidad y oralidad», «De hoy más», se afirma en su famosa Exposición de Motivos, «las investigaciones del juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio».

18 Vid. TOCQUEVILLE, A., *De la démocratie en Amérique*, Vol. I, GF Flammarion, Paris, 1981, (apartado,1,6) «... Le premier caractère de la puissance judiciaire, chez tous les peuples, est de servir d'arbitre. Pour qu'il y ait lieu à action de la part des tribunaux, il faut qu'il y ait contestation. Pour qu'il y ait juge, il faut qu'il y ait procès. Tant qu'une loi ne donne pas lieu à une contestation, le pouvoir judiciaire n'a donc point occasion de s'en occuper. Elle existe, mais il ne la voit pas. Lorsqu'un juge, à propos d'un procès, attaque une loi relative à ce procès, il étend le cercle de ses attributions, mais il n'en sort pas, puisqu'il lui a fallu, en quelque sorte, juger la loi pour arriver à juger le procès. Lorsqu'il prononce sur une loi, sans partir d'un procès, il sort complètement de sa sphère, et il pénètre dans celle du pouvoir législatif...».

19 Por vigencia de las Partidas, que pueden consultarse en la edición de Las Siete Partidas Sabio Rey Alfonso X, nuevamente glosadas por el Licenciado Gregorio López, Madrid, Ed. Hafrey, 1691, y, últimamente, en la edición del BOE de 1974. Hay que tener en cuenta sin embargo que el sistema inquisitivo no estuvo vigente en todos los reinos de España, pues en Aragón rigió acusatorio; Vid. FAIRÉN GUILLEN, V., «El proceso aragonés de Manifestación y el británico de Habeas Corpus», *Temas del ordenamiento procesal Vol. I*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 131 y ss.; v asimismo a TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 15.

20 Naturalmente, con la aparición entre esos años de textos legales importantísimos, como la Novísima Recopilación de 1805. Téngase en cuenta que las partidas IV y VII, reguladoras del proceso, donde se recogen ideas que son netamente inquisitivas, como la «pesquisa» o la «inquisitio», pero continuó regulando la acción popular y la acusación, lo que hace que no pueda considerarse al proceso penal de partir como totalmente inquisitivo. (Vid. Gómez COLOMER, J. L., «Origen y evolución de la declaración indagatoria», *RDPI*, 1980, pp 11-111).

21 Así opina TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO. Acotaciones a *De los delitos y de las penas*, op. cit., p. 197.

22 Así también opina, ALMAGRO NOSETTE, J., *Derecho Procesal*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, p. 30.

23 Vid. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», *Revista del Poder judicial Núm. Especial II*, Madrid, 1988, pp. 93-94.

En consecuencia, la referida Exposición de Motivos, criticaba ásperamente «...la costumbre, tan arraigada en nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado...».

Los liberales españoles del siglo XIX eran muy conscientes de la futilidad formal de la abolición de las bases del sistema inquisitivo (que cobijaba instituciones tan deleznable y atroces como la tortura) si el inculcado se hallaba inerme ante el juez que le iba a castigar. Por ello se busca desesperadamente erradicar el sistema inquisitivo. El Ministro consciente de que en su época no era viable eliminarlo en la fase de instrucción intenta «llevar en cierta medida el sistema acusatorio al sumario mismo». Para ello, le confiere dos derechos que el propio magnate reputa, con singular acierto, preciosos: el primero es la asistencia letrada desde el momento que se dicta el auto de procesamiento, el segundo es la posibilidad de participar y visionar el imputado todas las pruebas en su contra, así el reconocimiento judicial, inspección ocular, análisis químicos y autopsias. Junto a ello se establece la obligación por parte del Juez de notificar todas las resoluciones al imputado, «salvo que la publicidad y contradicción de las mismas representen un peligro para la sociedad» (secreto del sumario).

El otrora ministro de Justicia relata cómo en el procedimiento que regía hasta 1882 «no se daba intervención alguna al inculcado», donde el instructor a la par que decisor pronunciaba su sentencia manifestando «todas las preocupaciones y perjuicios que hizo nacer en su ánimo la instrucción». Se crea un marco de investigación donde los instructores «animados en su espíritu y hostil se engendra en su patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos del procesado, descuidando consignar los datos que puedan favorecerle». El juez inquisidor formula un juicio de opinión contra el imputado «descendiendo a la arena del combate para convertirse en acusador, con el riesgo inminente de que la excitación del amor propio ofusque o perturbe su inteligencia».

Por último, afirma que «habiendo sido educados los españoles durante siglos en el procedimiento escrito, secreto e inquisitorial, lejos de haber adquirido confianza en la justicia y de coadyuvar rectamente en su recta administración, (a diferencia del ciudadano inglés) han formulado ideas falsas sobre la política judicial y se han desviado cada vez más de los tribunales, mirando con lamentable recelo a los Magistrados, Jueces, Escribanos y Alguaciles, repugnando figurar como testigos en los procesos».

Partimos pues de una realidad incontestable no sólo de la superioridad absoluta del sistema acusatorio sobre el inquisitivo, sino también de los efectos perniciosos que dicho sistema ha engendrado en la población. Mas, con el

devenir del tiempo, se aprecia una evolución positiva en la valoración del Juez de Instrucción y la desconfianza parece centrarse actualmente más en la labor de las acusaciones.

La intervención «ex officio» del juez. Es característica esencial del sistema inquisitivo la reunión en una sola persona de las facultades de acusador y juzgador, procediendo el juez, no por iniciativa particular, sino ex officio. Ello está hoy constitucionalmente prohibido (art. 117.3 C. E., y también art. 2º LOPJ de 1870).

Sin embargo, queda alguna manifestación del principio inquisitivo en cuanto a la iniciación del sumario, puesto que el órgano jurisdiccional tiene la facultad, si se trata de un delito perseguible de oficio, es decir, de un delito público, de incoar el sumario (arts. 303, 308, 318 y 638, III, LECr), generalmente por haber presenciado el delito o haber tenido conocimiento directo de su comisión, pero, entiéndase bien, esta facultad es consecuencia del principio de necesidad penal en lo que hace referencia a la iniciación.

La situación persistió, así, la práctica consistente en reducir el juicio oral a una mera homologación automática de la información obtenida en la fase investigadora. Así las cosas, todavía en 1960, JIMÉNEZ ASEÑO no dudaba en escribir que la instrucción «... es un arsenal de pruebas indiscutible, que fundan la acusación y correlativamente la defensa. La función del plenario no es otra que la de ratificar o rectificar a la instrucción. El plenario no hace sino homologar lo que existe en el sumario. Así es como hay que interpretar los textos legales, porque es la única admisible en la realidad. La prueba del juicio oral es prueba formal en cuanto tiende a comprobar la que se practicó en vía instructiva y ha servido de base a la acusación y al procesamiento, y servirá, en definitiva, para la condena...».

Este punto de vista, divulgado en la diaria práctica del foro, fustigó —tal como señala MONTERO AROCA²⁴— una quiebra de los principios rectores de su procedimiento, una subversión de la contradicción y de la igualdad de las partes, y una degradación del sistema acusatorio formal. En un análisis de la situación procesal existente en 1964, SERRA DOMÍNGUEZ²⁵ narra con cierto halo de amargura: «... Desgraciadamente, la opinión citada, aunque totalmente contraria a la letra y el espíritu de la Ley, es la que impera en la práctica de los tribunales españoles. ... El juicio oral es tan sólo una parodia de proceso, cuyos sujetos tienen el máximo interés en que termine lo antes posible, convencidos de antemano por el resultado de la instrucción. ...».

Relata el referido autor que no era extraño que el Juez adscrito al caso, hubiera formalizado por escrito el sustrato de la sentencia antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, tomando como base el resultado del sumario.

La memoria de estos excesos y abusos de la figura del Juez de Instrucción el germen de desconfianza que se ha inoculado y late aún en día en la doctrina y aunque la situación ha cambiado sustancialmente, con la total ausencia

24 Vid. MONTERO AROCA, J., op. cit, pp. 45 y ss.

25 Vid. SERRA DOMÍNGUEZ, M., «Ministerio Fiscal», *Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1988, pp. 403-430.

del Juez de instrucción en la fase decisoria, han pervenir ya infundadas reticencias contra la institución por considerarla «una cristalización de la contaminación inquisitiva».

Sólo tras unas décadas más tarde bajo el espíritu amante de la libertad inherente a la Constitución de 1978, desarrollada por la labor fecunda del Tribunal Constitucional bajo el marco de las intensa metamorfosis de la Sociedad española se vio activado proceso de adaptación a los nuevos marcos democráticos que ya imperaban en la Europa a la que España anhelaba pertenecer.

3. Características sistema acusatorio español

Se le denomina también sistema acusatorio formal pues comporta una síntesis que recopila muchos rasgos de ambos sistemas, tanto del proceso penal acusatorio puro, como del proceso penal inquisitivo, están hoy vigentes en nuestro proceso penal, pero no confundidos, sino que se aplican respectivamente a cada una de las dos fases en que nuestra ley ha dividido al proceso penal, si bien no rigen en toda su pureza, lógicamente. Aunque ecléctico el sentido y la funcionalidad del sistema es fundamentalmente acusatorio aunque bajo cierto esqueleto previo heredado del sistema inquisitivo. Esa cualidad configura al sistema seguido por nuestra ley de 1882, denominado sistema acusatorio formal o mixto. En general, puede decirse que los principios que caracterizan a este sistema, son los siguientes²⁶:

1) Las funciones de acusar y de juzgar se hallan diametralmente separadas. De un lado, acusa un órgano público el ministerio fiscal²⁷ y a su lado, si lo desean, el ofendido por el delito, sea español o extranjero, llamado acusador particular y, puesto que la ley le concede también acción, el español no ofendido por el delito, denominado acusador popular y del otro Juzga el órgano jurisdiccional. Se modula, a nuestro juicio sabiamente, un exceso inherente en el sistema acusatorio puro con base en el cual solamente los particulares tenían derecho de acción. Más característica es, sin embargo, la consagración en nuestro sistema de la acción pública o popular, pues todos los españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden ser parte

acusadora en el proceso penal (arts. 101 y 270 LECrim). En definitivas, no hay un organismo público ni privado en nuestro país que ostente el monopolio de la acusación en el proceso penal. Es, además, un derecho constitucional (C. E., art. 125).

No puede existir juicio sin acusación. Es un principio clave de la LECRIM, puesto que no puede haber juicio oral sin que lo pida al menos uno de los acusadores (art. 627, IV), pues la alternativa es necesariamente el sobreseimiento (art. 627, IV, in fine, LECrim)²⁸.

3) El proceso penal español por delitos graves está dividido en dos fases, la sumarial y la de juicio oral, sometidas a principios distintos cada una de ellas, como veremos oportunamente, pero en ambas cosas gozan de unos principios comunes cuya menor o mayor vigencia y protagonismo viene marcada por las exigencias del proceso y la funcionalidad de la misión que desempeñan en cada uno de los tempos en los que se va desenvolviendo.

4. Experiencias en el marco del derecho comparado

El «desprestigio» internacional de la figura del Juez de Instrucción comienza en Alemania en 1929 y cristaliza en 1974²⁹, con la Gran reforma del proceso penal, cuando se da un vuelco a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de una persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Público)³⁰, sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando aquel país la tradicional competencia del Juez Instructor para la fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas.

En un primer momento, el modelo de Fiscal germano proviene del «Ministère Public» francés, introducido en Alemania a través de la vigencia en Renania del «Code d'instruction criminelle» de 1808. Tras la reforma, el Ministerio Fiscal aparece como el órgano instructor de las causas penales (parágrafos 160 y ss. StPO), pudiendo intervenir el Juez sólo para adoptar resoluciones que impliquen restricciones de derechos fundamentales, principalmente de la libertad (v. por ejemplo los parágrafos 65, 114,

26 Vid. FAIRÉN GUILLÉN, V., «La disponibilidad del derecho de defensa en el derecho procesal», *Temas del Ordenamiento Procesal*, Vol. II., Ed. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1207 a 1218.

27 El ser un órgano público jerárquico dependiente del Gobierno plantea no pocos problemas como veremos posteriormente, haciendo a nuestro juicio inviable una reforma legislativa sin una previa reforma constitucional.

28 Sobre este tema hay que tener en cuenta la STS 1045/ 2007, (2ª) de 17 de diciembre (Bacigalupo Zapater) que sitúa los límites del ejercicio de la acción popular en el procedimiento abreviado (conocida en el foro como el caso Botín) cuya doctrina fue matizada posteriormente con la STS 54/ 2008, (2ª) de 8 de abril de 2008 Marchena Gómez), (también conocido como el caso Atutxa).

29 Mediante la Erstes Reform des Strafverfahrensrechts, abreviada 1. StVRG («Primera Ley de Reforma de Derecho Procesal Penal»), de 9 de diciembre de 1974, conocida doctrinalmente como la «Gran Reforma del Proceso Penal», v. sobre sus aspectos más importantes KERN / ROXIN C., *Strafverfahrensrecht* (14ª de.), Ed. C.H. Beck, Munich 1976, pp. 353 y 354; y ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (15ª ed.), Ed. C.H. Beck, Munich 1979, pp. 373 a 375.

30 Sobre esta cuestión vid. una explicación detallada de esta reforma alemana en PEDRAZ PENALVA, E., «La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975», *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* 1976, pp. 647 y ss. Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada a partir de ahora en GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985. Véase también MAIER, J.B.J., *La Ordenanza Procesal Penal alemana*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1978, (t.I) y 1982 (t.II).

126a, 161a, etc. StPO)³¹; el Ministerio Público es, ante todo, el dueño del proceso penal, porque es la única parte acusadora en el mismo, gozando del monopolio de la acción penal (parágrafo 243, ap. 3 SpPO); el Ministerio Público dispone de amplias facultades derivadas del principio de oportunidad, pudiendo ofrecer medidas alternativas a la persecución penal, que se configuran como excepción al principio de legalidad penal y procesal (parágrafos 153 y ss. SpTO), introduciéndose en la práctica además y siendo admitida por la necia la negociación con el imputado (Absprache)³²; al ser la única autoridad, pública o privada, que puede ejercer la acción penal, el derecho al recurso adquiere para él su sentido más absoluto (parágrafos 296 y ss. StPO); finalmente, el Ministerio Fiscal es en Alemania también la autoridad principal de la ejecución penal (parágrafo 451 StPO).

No obstante, en relación a la función investigadora y persecutoria, pese a tener fundamento la afirmación que señala al Fiscal como el «señor del procedimiento de averiguación»³³, ni se prescinde del todo de la intervención judicial, ni el peso de toda la actuación en esta fase procesal recae sobre dicho órgano³⁴.

Se aprecia en el país teutón una imparable tendencia a que la Policía vaya copando mayores cotas de intervención en la investigación. Así, recientemente se afirma que el fiscal alemán es «una cabeza sin manos», de ahí que el p.gf.152 GVG establezca la obligación de colaboración y ayuda al órgano acusador y director de la fase investigadora, por parte de determinados funcionarios, pertenecientes o no al cuerpo policía y que actuarán, bien de oficio, bien a las órdenes de la Fiscalía.

En consecuencia, hoy por hoy, se percibe cierta inquietud doctrinal en Alemania las continuas llamadas de atención

que recaen sobre la «policialización» de la investigación en el procedimiento criminal³⁵. Frente a la percepción de la creciente importancia de la fase investigadora y a la necesidad de incrementar las garantías en la misma, se desecha la vuelta a un juez instructor, a modo de garante jurisdiccional, pero, simultáneamente, se alerta sobre el imparable expansionismo de la policía a la hora de reclamar para sí la dirección de la etapa investigadora del proceso penal, de la que —se alega— es su verdadero ejecutor.

En Italia, el CPPI se modificó por Decreto del Presidente della Repubblica, de 22 de septiembre de 1988, atribuyendo la llamada *indagine preliminare* al Ministerio Público, si bien con la necesaria colaboración del *Giudice per le indagini preliminari*. Nos hallamos, pues, ante un progreso tecno-jurídico del mismo signo que en el país teutón, en su Código de Procedimiento Penal donde se postula un monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal pero bajo un halo de control, judicial que encapsula su actividad (arts. 50, 405 y 416 CPP, con fundamento en el art. 112 de la Constitución de 1948), la instrucción del proceso penal a su cargo (arts. 327 y 358 CPP), las medidas alternativas a la persecución penal (arts. 444 y ss. CPP), así como una intervención principal en la ejecución de resoluciones judiciales (arts. 655 y 656 CPP), sin perjuicio de la intervención del Juez de las Investigaciones Preliminares (v. arts. 279, 283, 294, etc., por ejemplo, del CPP), o del llamado Tribunal de la libertad, instaurado en 1984, en la fase de investigación (v. art. 309 CPP), o del Magistrado de Vigilancia en la ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 677 y ss. CPP)³⁶.

Las competencias atribuidas al Ministerio Público transalpino son extensas: puede hacer comparecer e interrogar testigos e imputados, secuestrar cosas o documentos, alla-

31 Un resumen detallado de la posición del Juez Investigador alemán instruyendo el Fiscal, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, op. cit., pp. 73 a 75.

32 Véase sobre estos acuerdos BARAHONA VILLAR, S., *La conformidad en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 150 y ss.

33 Vid. FELTES, Th. «Die Erledigung von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft», *Kriminologisches Journal*, Núm. 1, 1984, pp. 50-63.

34 La Ley, atendiendo a la importancia de las medidas, demanda la existencia de un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su admisibilidad. Para ello, dada que la fase investigadora del proceso corresponde al Fiscal, se contempla, a estos únicos efectos, la figura del «juez investigador». La intervención de este «juez investigador» se produce de dos maneras diversas: a) por iniciativa propia y; b) a instancias de la Fiscalía. En el primer caso se encuentran los actos de investigación urgentes (165 StPO) y la promulgación de oficio de la orden de prisión (125 StPO). En el segundo: la interrupción de la prescripción (78c StGB); el aseguramiento de los medios de prueba (251 y 254 StPO); ordenar en casos no excepcionales el secuestro y embargo (98; 111e, 1 y 111n, 1 StPO) y las investigaciones corporales referidas en los parágrafos 81a, 2 y 81c, 3 StPO; ordenar el levantamiento de los puestos de control (111, 2 StPO); ordenar la retirada provisional del permiso de conducir (111a StPO) y; el internamiento provisional en centro médico especializado (126a StPO).

35 Posteriormente a la reforma, en 1975, se aprecia la inquietud en la creación de una Comisión interministerial de justicia e interior elaboró una serie de directrices sobre la relación policía-fiscalía— donde se recogen numerosas disposiciones que muestran una peligrosa tendencia a trasladar funciones judiciales al ejecutivo. Sobre esta acusada tendencia, vid. GÖRGEN, F., «Die Polizei als Staatsanwaltschaft vor der Staatsanwaltschaft?», *DRiZ*, 1976, pp. 11 y ss y «Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei», *Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Núm. 97, Bonn, 1973.

36 Para la información sobre Italia vid. CHIAVARI, M., *La riforma del processo penale. Appunti sul nuovo codice*, 2ª Ed., Utet, Turín, 1990, pp. 78 y ss. Del mismo autor, «Dal giudice istruttore al giudice per le indagini preliminari», *La riforma del processo penale* [coord. GAITO], Utet, Turín, 1988, pp. 80 y ss.

nar domicilios, hacer pericias y arrestar preventivamente al sospechoso. Esto último en casos de urgencia y por breve lapso hasta obtener la orden de un juez³⁷.

Sin embargo, nos hallamos ante una auténtica magistratura postulante pues rige el principio de legalidad, no el de oportunidad donde el Ministerio público es órgano completamente independiente, pues no recibe instrucciones de ninguna autoridad. Sus investigaciones se hallan sujetas a un posterior control judicial. Concluida una investigación, se presenta al juez a cargo del procedimiento preliminar que es quien decide si hay prueba para llevar adelante la acusación o si debe desestimarse el caso.

En conclusión, en Italia, como apunta CHIAVARIO³⁸, se ha producido una metamorfosis donde el rol del juez que de protagonista en el anterior sistema pasa a ser controlador y «reequilibrador». Podemos apreciar que se adopta un sistema paralelo a la *cross examination* judicial anglosajona.

Finalmente, también Portugal se ha sumado a la órbita de países que han optado por reformar a fondo la institución el Ministerio Fiscal con la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1986 y Código de proceso penal de 1987. En el país luso, el Fiscal ha pasado a ocupar «de facto» actualmente casi en régimen de monopolio el ejercicio de la acción pública penal (art. 241 CPP, con fundamento en el art. 224.1 de la Constitución Portuguesa de 1976), que hay que completar con las disposiciones de los arts. 53, 262, 263, y 267 CPP y art. 3 de la Ley Orgánica del Ministerio Público portuguesa de 1986. La investigación del proceso penal aparece, en principio, competencia suya (art. 53.2, b) CPP), previéndose medidas alternativas a la persecución penal en sus art. 281 y ss. Pese a la exigencia constitucional del principio de jurisdiccionalidad de la instrucción³⁹ (recogido en el art. 32.4 de la aludida Constituição da República Portuguesa) la «ficción legal» de la intervención

del juez en el inquérito y de una posible instrucción complementaria, esta sí, judicial, ha salvado la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 53.2 b) y 262 a 285 CPPP, de 17 de febrero de 1987⁴⁰.

No obstante, en relación al país galo, el rol del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino continúa siendo uno de los más importantes de la Europa actual, correspondiéndole la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al «Procureur de la République»), de acuerdo con el art. 81 y concordantes del Code de Procédure Pénale de 1958, es decir, averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculcado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas⁴¹.

Por tanto, el Ministerio Público tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la «enquête préliminaire», es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación. Ya desde 1990 trabaja una comisión, al parecer sin perspectivas de éxito de momento en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción.

No obstante la figura del juez de instrucción galo parece sujeta a las mismas tensiones abolicionistas que su homónimo español. La reforma procesal de enero de 1993, inspirada en el «informe Delmas Marty» que postulaba encomendar a la Fiscalía las funciones de investigación y a

37 Vid. TINEBRA, G., «The role of the Pubblico Ministero in Italy», *International Review of Penal Law*, Vol. 63, Núms. 3-4, 1992, pp. 593-601.

38 Cfr. CHIAVARIO M., «Limites en matiere de preuve dans la nouvelle procédure pénale italienne», *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Núm. 1, 1992, pp. 30-41.

39 Con la particularidad que la Constitución Portuguesa de 1976 fija en el referido art.32.4 que la instrucción es competencia un órgano jurisdiccional. Sin embargo, el CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso dividida en dos fases la primera de investigación (*inquérito*) obligatoria a cargo del Ministerio Fiscal y la segunda eventual de instrucción (*instrução*) a cargo del Juez (arts. 286 y ss) división de funciones que se reputa constitucional por la doctrina (así vid. DE FIGUEIREIDO DIAS, J., «Sobre os sujeitos porcessais no novo Código do Processo penal», *Jornadas de Direito Porcessual. O novo Código de Processo penal*, Ed. Almedina, Coimbra, 1991, p. 23).

40 Con carácter general, puede consultarse GIMENO SENDRA, J.V., El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española, *Revista Justicia* 1990, núm II, pp. 493 y ss. Más en profundidad sobre la cuestión destacan los comentarios a todos esos preceptos en LOPES MAIA GONCALVES, M., *Código de Processo Penal anotado*, 6ª Ed., Almedina, Coimbra, 1994. Con carácter general, puede consultarse GIMENO SENDRA, J.V., El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española, *Revista Justicia* 1990, núm II, pp. 493 y ss. Sobre la constitucionalidad de la investigación del fiscal vid. FIGUEIREIDO DIAS, J, Sobre os sujeitos processuais no novo Código de processo Penal, en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo penal*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 23ss.).

41 Véase ROZÉZ, S., «Le Juge d'Instruction», *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, [Coord. VON GAMM/ RAISCH / TIEDEMANN], De. C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, p. 177.

otro juez las decisiones sobre derechos fundamentales, fue modificada por otra de 24 de agosto de 1993, devolviendo al juez de instrucción las facultades para decidir sobre la prisión preventiva⁴². La sospecha de prejuicios recaída en el juez por ser quien investiga y debe decidir sobre la existencia de acción penal (hechos presuntamente delictivos e imputado) se traslada al fiscal, quien concentraría en su persona la investigación sobre la concurrencia de tales hechos y sujetos y la decisión sobre el ejercicio de la acción. Esta es una de las principales conclusiones de la llamada «Comisión Truché»⁴³.

Posteriormente, con la Loi N° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes ha conferido la competencia de la detención provisional a un juez diferente del instructor similar a un juez de garantías (*le juge des libertés et de la détention*), en aras a preservar la imparcialidad del órgano instructor, incorporando paralelamente el «double regard» (doble garantía) del juez de las libertades y del juez de instrucción cuando éste último deniega la libertad provisional. El juez de las libertades y de la detención decide en los supuestos limitativos de la libertad⁴⁴, controlará el tiempo de la investigación preliminar (*enquête préliminaire*); y fuera del ámbito estricto del procedimiento penal, se le atribuye la competencia para decidir la expulsión de los extranjeros y los internamientos psiquiátricos⁴⁵.

5. El Ministerio Fiscal español imposibilidad constitucional actual de operar como una magistratura postulante

El ser un órgano público vinculado al Poder Ejecutivo plantea no pocos problemas, dada su aparente relación de

dependencia con el gobierno⁴⁶, ya que la institución se configura como un órgano jerárquico de signo piramidal cuya cúpula es elegida discrecionalmente por el Gobierno.

Aunque la reforma operada en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal por la Ley 24/ 2007, de 9 de octubre, puesto que la misma ha sido presentada ante la opinión pública con el propósito de avanzar en la autonomía y reforzar la apariencia de imparcialidad de la Institución frente a la sociedad, analizando su articulado encontramos mas factores de discrecionalidad política en la elección de su cargo que datos enfocados a configurarlo como una magistratura postulante⁴⁷. Esta ausencia de imparcialidad en la configuración de su jerarquía orgánica contrasta con la una particular relevancia y actualidad desde el momento en que existe una voluntad política declarada de acometer en el sentido expuesto la reforma de la futura Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Constitucionalmente, no es indefectible que una autoridad judicial ajena a la investigación sea la encargada dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Por el contrario, si las resoluciones mencionadas son adoptadas por la misma autoridad judicial que tenga a su cargo la investigación, se preverá un recurso de rápida tramitación ante un Tribunal superior. Esta regla deberá tener especial aplicación con la prisión preventiva.

Por lo tanto, el Ministerio Fiscal tiene vetado la posibilidad de dictar medidas procesales que impliquen una limitación de los derechos de la persona. Por el contrario, si las resoluciones mencionadas son adoptadas por la misma autoridad judicial (Juez de garantías) que tenga a su cargo la investigación, se preverá un recurso de rápida tramitación

42 Vid. TEXIER, Ph., «El caso francés», *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial, Estudios de Derecho judicial, N° VI*, Madrid, 1998, p. 137 y ss.

43 Este «Informe de la Comisión de Reflexión sobre la Justicia», elaborado en Francia en 1977, recibe el nombre del presidente de la corte de Casación al que se encomendó su presidencia.

44 Prolongación de la «garde à vue» y autorización de pesquisas en materia de terrorismo y estupefacientes (art. 706-23 CPPF); visitas domiciliarias en materia fiscal (art. L 16B y L 38 del Libro de Procedimientos fiscales), así como todas las medidas anteriormente atribuidas al Presidente *du tribunal de grande instance*.

45 Para conocer mejor esta importante reforma parcial: AAVV, *Une nouvelle procédure pénale?*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, Núm. 1, Enero-marzo, Paris 2001, pp. 1-216; LE GUNHEC, F, *Loi n° 2000-516 du 15 Juin 2000 Renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, *La Semaine Juridique. Édition Générale*, Núms. 26-28, junio de 2000, p. 1223 y ss.

46 Así el art.124. 4 de la CE que predica que El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial. Contrasta esta dependencia gubernativa con la Constitución Republicana de 1931, en lo que en el Título VII dedicado a la Justicia, disponía en su art. 104 que «El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia». Sobre este tema vid. FAIRÉN GUILLEN, V., «La reorganización del Ministerio fiscal español», *Temas del ordenamiento procesal, Vol. I*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 488 y ss.; también a GIMENO SENDRA, J. V., «El Ministerio Fiscal y la Constitución: su naturaleza jurídica», *Comentarios a la legislación penal, t. I (Derecho Penal y Constitución)*, Ed. Eunsa, Madrid, 1982, pp. 327 y ss.; SERRA DOMÍNGUEZ, M. «El Ministerio Fiscal», *RDPI*, 1979, pp. 609 y ss.; y a DOLZ LAGO, M. J., «Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, Núm. 9, pp. 77 y ss.

47 Sobre este tema MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 14, Iustel, enero de 2008. El autor entiende que, analizando la normativa, esta resulta insatisfactoria y lege ferenda resulta necesaria una redefinición de su vinculación con el Poder Ejecutivo y de su organización interna, en aras de una mayor independencia.

ante un Tribunal superior. Como ya señalara Goldsmith el principio de oportunidad, que avala la más flexible actuación del Ministerio Fiscal, no es una consecuencia ni un corolario que añada algo al principio acusatorio.

Sin embargo, *lege ferenda*, parece necesario reformar la situación actual para que el Juez instructor paulatinamente vaya cubriendo un papel más pasivo y controlador mientras que el Fiscal ejerza un papel más activo. Pues como pone acertadamente de manifiesto FLORES PRADA⁴⁸, en el sistema actualmente vigente en España se llega al absurdo de que «el Juez investiga para el Fiscal, y el Fiscal inspecciona la legalidad de las actuaciones sumariales del Juez». La confusión entre los roles de ambos y la realización de diligencias inútiles aparecen por desgracia con frecuencia mayor que la deseable o, en el mejor de los casos, están en disposición siempre de aparecer merced a un sistema que no responde a la lógica interna de la separación de poderes que la propia Constitución consagra, ni a las concretas funciones que se atribuyen al Poder Judicial⁴⁹.

Una excepción al sistema lo encontramos en España en la jurisdicción de Menores, donde el juez de menores actúa como un mero Juez de garantías en la investigación y el art.6 de la LO 5/2000, de 12 de enero, confiere potestades al Fiscal para dirigir personalmente la investigación de los hechos y ordenar que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de delitos. La experiencia en su día fue utilizada como un banco de pruebas para generalizar la excepción. Así, la Memoria de la Fiscalía de 2001⁵⁰ señalaba expresamente: el procedimiento de menores era un banco de pruebas y piedra de toque en el sentido reformista, (...) que posiblemente servía para inclinar en uno u otro sentido esa balanza todavía incierta que sopesa las ventajas e inconvenientes de que el Ministerio público se convirtiera en instructor de las causas penales. Con independencia de lo equívoco de la experiencia⁵¹, en-

tendemos que dada la especificidad de la materia entendemos que los resultados no deberían ser extrapolables.

En definitiva, entendemos que el dejar en manos del Ministerio fiscal el control de la instrucción comportaría como ya vimos en Portugal una relectura constitucional donde se dejara la posibilidad e un último control por el juez de instrucción pues *lege data* parece inviable que un órgano aparentemente parcial pueda desempeñar una actividad tan delicada, en cuanto se esta actividad comportara normalmente, el menoscabo de numeroso derechos fundamentales, y será necesario para su adopción y sacrificio. Este examen para valorar hasta que punto se puede menoscabar el ejercicio de un derecho fundamental sólo puede ser desarrollado, tal como apuntara ALEX Y, por un órgano imparcial que lo someta al examen de los tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (lo que se ha venido en llamar el «test alemán de proporcionalidad» o «el balancing test» del derecho anglosajón.

Desde otro punto de vista, otorgar el monopolio investigador del Fiscal, que tiene a su disposición toda la maquinaria del Estado (art. 4 EOMF), podía situar en una situación de agravio comparativo a la acusación popular que, en principio, carecería de medios para llevar a cabo su labor investigadora, salvo que en la sociedad aparezcán estructuras «ad hoc» al margen de las oficiales del Estado.

Actualmente, como manifiesta MARTÍN PASTOR⁵², tras la nueva regulación, la alternativa la encontramos Fiscal General del Estado «obediente», con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía o un Fiscal General del Estado «rebelde», que priva a Gobierno de un preciado instrumento de política criminal, en ambos casos la configuración constitucional coloca al Ministerio Público como institución entre la espada y la pared de cara a su credibilidad. En cualquier caso esta situación esquizofrénica o bipolar denominada por ARMENTA DEU⁵³ como de per-

48 Vid. FLORES PRADA, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 61 y ss.

49 Este paulatino papel garantista del juez aparece claro tanto en el embrión del Corpus Iuris Comunitario, como en el caso del Estatuto de Roma, que crea la aún nonata Corte Penal Internacional -particularmente en este último caso- no se alberga la más mínima duda acerca de qué órgano es el encargado de recabar los datos que habrán de ser llevados a juicio para intentar conseguir una condena penal. En ambos casos y en otros similares -como los tribunales internacionales *ad hoc* creados para Ruanda y la antigua Yugoslavia- la figura del Fiscal es la encargada de llevar adelante la investigación penal, de modo que los jueces son reforzados en su papel de garantizar la legalidad de las actuaciones relevantes dentro de la instrucción (cuando se afecten a derechos fundamentales) y, básicamente, para aguardar en el juicio oral a que se les presenten las pruebas reunidas durante la investigación.

50 Vid. *Memoria de la FGE de 2001*, Publicación del Ministerio de Justicia, Madrid, 2002, p. 316.

51 Así DOLZ LAGO (Fiscal coordinador de menores de la Comunidad Valenciana) refiere que en la práctica no puede hablarse de una verdadera instrucción en manos del fiscal, quien ha devenido una oficina administrativa de recolección de documentos. Anteriormente por este mismo autor y en base a la normativa anterior, un completo análisis incluido en la Memoria de la FGE de 1995, con el significativo título El Fiscal y la reforma de menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992, recoge la experiencia de las Fiscalías de Madrid, Barcelona, Lleida y Valencia, en el sentido señalado. En resumen, la experiencia, se afirma, resulta de imposible referencia por la escasa relevancia del quehacer del fiscal como instructor, debido fundamentalmente a la enorme incidencia de mecanismos de oportunidad que eluden la instrucción y el proceso. (Vid. Memoria FGE 1995, Publicación del Ministerio de Justicia, 1996, pp. 877 y ss).

52 Vid. MARTÍN PASTOR, J., «La reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?», *Revista General de Derecho Procesal*, Núm. 14, Iustel, enero de 2008.

53 Vid. ARMENTA DEU, T., «El Fiscal instructor ¿es necesario?», *Cuadernos de Derecho público*, Núm. 16, 2002, p. 191.

manente «crisis de identidad» contrasta acusadamente con las importantísimas responsabilidades (de cara al ejercicio y limitaciones a los derechos de los ciudadanos) que se le quiere conferir en la futura institución.

6. Acusación popular y acusación particular versus Fiscal instructor

En España la delegación de la instrucción al fiscal cuenta con un problema añadido. A diferencia de otros países, nuestro sistema procesal penal presenta la peculiaridad de que junto al Ministerio Fiscal puede acusar el ofendido por el delito, pero también cualquier ciudadano español, precisamente porque la acción penal, en la mayor parte de los delitos, es pública⁵⁴. Así se establece en el art. 125 de la CE, según el cual, «los ciudadanos podrán ejercer la acción popular (...) en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine», fórmula que se reproduce en términos similares por el art. 19.1 de la LOPJ: «Los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley».

Por lo tanto, al dejar la Instrucción en manos del Fiscal, cabe plantearnos hasta qué punto se menoscaba este derecho constitucional reconocido a los ciudadanos —lo que no implica que sea un derecho fundamental—, aunque de configuración legal, porque el legislador es libre para determinar los casos y formas en que procede su ejercicio, aunque no puede dejarlo vacío de contenido.

Hemos de recordar que el Tribunal Constitucional⁵⁵ «ha reconocido la conexión entre el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE); afirmando con posterioridad que una interpretación restrictiva de «las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular» puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (...). Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (...),

sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la LECr hace para el proceso penal.

Lo que parece discutible es si la interpretación restrictiva que el legislador efectuó sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no se respeta el principio *pro actione* que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción penal.

Otro de los temas a considerar, partiendo de la realidad donde la experiencia nos muestra que se han producido abusos en el ejercicio de la acción popular, dando lugar a acusaciones infundadas, ejercidas más bien «por móviles que van desde la politización de asuntos hasta los meramente económicos»⁵⁶, surge la duda es que tipo de legitimidad Fiscal puede tener para vetar o empujar la actividad investigadora fraudulenta o espuria de las otras partes pues al ser parte está sujeta al principio de igualdad de armas procesales.

Finalmente, hemos de partir, de si otorgar la Instrucción al Fiscal coloca al resto de las acusaciones en una situación de potencial agravio comparativo⁵⁷ pues no poseen los mismos medios y recursos fácticos y si una acusación personada tiene acceso a las diligencias judiciales, no parece que esto pueda ocurrir con las diligencias de investigación del fiscal, tradicionalmente secretas.

7. Imparcialidad del órgano Instructor

La complicación de la moderna delincuencia hace cada vez más difícil poder investigar sin, a la par, estar obligado a menoscabar las libertades civiles de los ciudadanos reputados como sospechosos. En una democracia avanzada este sacrificio de las garantías debería estar protagonizado por un ente imparcial, ajeno a cualquier disputa política o gubernativa.

A la hora de enfocar quién debe ocupar el necesario protagonismo surge a la mente la posibilidad de la figura del aséptico juez de garantías que, si bien resulta incuestiona-

54 Con la acusación popular se reconoce constitucionalmente la acción postulante a todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito (arts. 125 de la CE y 101 de la LECr), acusación que tiene su origen en nuestro Derecho en el Real Decreto de 22 de octubre de 1820 en la legislación de imprenta, con las excepciones en el Derecho actual que vienen determinadas en el art. 102 de la LECr (no gozar de la plenitud de derechos civiles, haber sido condenado dos veces por sentencia firme como reo de denuncia o querrela calumniosa y el juez o magistrado).

55 STC 311/2006, (Sala 1ª), de 23 de octubre, (Casas Baamonde).

56 Sobre este tema vid. ORTEGO PÉREZ, F., «Restricción «jurisprudencial» al ejercicio de la acción penal popular (Un apunte crítico a la controvertida «doctrina Botín»)», *Diario La Ley*, Núm. 6912, de 27 de marzo de 2008, epígrafe II. Se hace eco de las críticas y desajustes que suscita la proliferación de ciertas acusaciones populares en procesos penales especialmente mediáticos, tratando de articular el ejercicio de este derecho constitucional sin contravenir las disposiciones del ordenamiento procesal penal.

57 Actualmente ya existen desigualdades entre el Fiscal y las partes, como la relativa al secreto de las actuaciones que afectará a las acusaciones, si las hubiera, y a las defensas, pero no al Ministerio Público en esta fase instructora (art. 302 de la LECr). Se ha perfilado en esta etapa un sistema en el que hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas, pero con la posibilidad excepcional de que el juez de instrucción de oficio, a propuesta del fiscal, o de cualquier de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas.

ble que contribuiría a dar una imagen más neutral a la hora de adoptar medidas, especialmente aquellas que inciden en bienes jurídicos sobre los que existe una sensibilidad más alta y salvaría la necesaria jurisdiccionalidad de actuaciones como la recepción y dirección de la prueba anticipada, también debe analizarse tomando en consideración que si conoce difícilmente puede controlar la instrucción. Por lo tanto, percibimos en él cierta esquizofrenia, pues, de un lado, late necesidad de que dicho órgano actúe paralelamente aunque sin inmiscuirse en la instrucción, ya que de otra manera difícilmente podrá adoptar las resoluciones que se le encomiendan con el necesario conocimiento de causa. Finalmente, implica un notable incremento de una planta judicial, cuestión que debe ser analizada bajo los parámetros de las circunstancias actuales.

Recientemente, el TEDH en la sentencia Vera-Fernández Huidobro⁵⁸ contra España señala que las garantías de imparcialidad en aplicación del artículo 6.1 del Convenio afecta igualmente al juez encargado de la instrucción de un procedimiento penal. En la medida en que los actos realizados por el juez de instrucción influyen directa e ineluctablemente en la conducción y, por tanto, en la equidad del procedimiento ulterior, incluido el proceso de enjuiciamiento propiamente dicho, las exigencias del derecho a un proceso equitativo en sentido amplio implican necesariamente que el juez de instrucción sea imparcial. Supuesto de no vulneración del derecho fundamental.

Anteriormente esta tendencia a inocular un órgano imparcial que controle el curso de la instrucción viene reflejada en el caso Pandy contra Bélgica⁵⁹ donde se postula que las declaraciones del Juez de Instrucción no pueden implicar un prejuicio de culpabilidad. La presunción de inocencia exige que al cumplir sus funciones, los miembros del tribunal no partan de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido el acto incriminado y si esto es menos dificultoso en el caso del protagonismo de un órgano judicial se hace hartos más sospechoso en un órgano de marcado tinte postulante como el Ministerio Público.

Anteriormente, el TEDH, en el caso *Serves c. Francia*, veía en el juez de Instrucción francés un garante frente a las presiones e irregularidades a las que podía verse sometido el inculpaado sobre todo en la fase de la toma de declaración.

No podemos soslayar que si en el futuro la investigación de los delitos fuera encomendada al ministerio público, las partes ya no dispondrían de un constitucionalmente inexistente «derecho a un fiscal predeterminado por la ley», entre otras razones porque, por una parte, y, como según el art.124.2 CE, el Ministerio Fiscal se rige por el principio de la «unidad de actuación», cualquier miembro de ese Ministerio podría entender de la investigación, o, posteriormente, ser relevado discrecionalmente de ella.

Y es necesario aludir, una vez más, a la «dependencia jerárquica» con la que se caracteriza al Ministerio Fiscal el mismo art. 124.2 CE, la atribución a un determinado fiscal de la instrucción de una causa penal carceraria de cualquier relevancia garantística para el imputado y para los acusadores, ya que, en cualquier caso, ese fiscal concreto carecería de autonomía investigadora, en cuanto que dicha instrucción estaría siempre sometida a las órdenes de sus superiores, al contrario de lo que sucede actualmente con los jueces de instrucción predeterminados por la ley que funcionalmente «en el ejercicio de la potestad jurisdiccional ... son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial» (art. 12.1 LOPJ).

Hace mucho tiempo VIADA⁶⁰ puso en solfa una extraña paradoja que es preciso hoy traer de la memoria: «... el sistema de instrucción por el fiscal, que en principio parece ser más ortodoxo con el acusatorio, oculta, en definitiva, si se refuerzan sus poderes (y en virtud del principio de oportunidad que se esconde en la institución⁶¹), un sistema inquisitorio... (...) El fiscal acaba convirtiéndose en juez de instrucción, desapareciendo el acusatorio. Quien era sujeto impulsor ha devenido juez, cayendo el principio por tierra».

58 STEDH caso Vera-Fernández-Huidobro c. España, (Sec. 3ª), Sentencia de 6 de enero de 2010, (rec. 74181/2001).

59 STEDH caso Pandy c. Bélgica, (Sec. 1ª), de 21 de septiembre de 2006, (rec. 13583/2002).

60 Vid. VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., *Curso de derecho procesal penal*, Vol II, S/E, Madrid, 1962, pp.17 y ss.

61 El margen de discrecionalidad para poder ejercer la acusación es sopesado por autores como GÓMEZ ORBANEJA quien se pregunta: «¿cuándo puede decirse que existen «motivos suficientes» para acusar a una determinada persona? El Ministerio Fiscal tendrá que apreciar objetivamente, según las circunstancias del caso, e incluso a pesar de su propio convencimiento, si la prueba de la culpabilidad es posible; no siéndolo deberá abstenerse de sostener por el momento una acción que, conforme a su criterio discrecional, está desprovista de toda expectativa de éxito. Pero en ello no se trata para nada, lo mismo que en la «subsunción» del hecho bajo la norma, de discrecionalidad en el sentido de la oportunidad, sino de la «procedencia». El principio de oportunidad (ya sea política o ejecutiva) viene en ocasiones disfrazados de otros conceptos como el de la «legitimidad democrática». (Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», Bosch., Barcelona, 1947, p. 528). Así, por ejemplo, en Portugal MAIA COSTA, al referirse al fiscal luso, señala que en nombre de la necesidad de conferir «legitimidad democrática» a los órganos de gobierno de las magistraturas, en la práctica se intenta restringir fuertemente la independencia del Ministerio público y de un modo más indirecto también de la magistratura judicial, que ha venido a mostrarse progresivamente incómoda para los intereses políticos dominantes. (Vid. MAIA COSTA, E., «El Ministerio Fiscal en Portugal», (trad. de LÓPEZ KELLER, C.), *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Núm. 21, 1/1994, p. 87).

9. Conclusiones

El debate abierto acerca de la instrucción penal está adoptando un tono marcadamente sesgado y se aceptan como verdades fuera de todo halo de crítica afirmaciones que merecen cuando menos una más que pormenorizada reflexión.

Existe una marcada tendencia a soslayar y ningunear el importante papel garantista que durante las últimas décadas ha ejercido la figura del juez de Instrucción, siendo una de las claves necesarias para entender el proceso democrático español derivado de la transición.

Una de estas acriticas afirmaciones, un tanto irreflexivas, la hallamos en que la figura del Juez de Instrucción es una rémora para las exigencias del principio acusatorio. Esta constante alegación por parte de los defensores de la instrucción por el Fiscal, han desfigurado la esencia del principio, por cuanto, esencialmente, dichas exigencias no son otras que la de que el Juez que instruye una causa no puede ser el mismo que la falle y la de que la sentencia debe ser congruente con la acusación.

Es preciso también diferenciar cuanto se refiere a la función investigadora del Fiscal de la función instructora judicial, la primera es un acto de parte que no requiere las mismas garantías que la actuación de un órgano vocacionalmente imparcial. El informe de la Comisión de Expertos nombrada por el Gobierno para la reforma habla reiteradamente de «investigación» -que es cosa distinta de «instrucción» (art. 299 LECr). La investigación es una actividad material o mecánica, mientras que la instrucción es una diligencia jurídica de naturaleza procesal. Por consiguiente, la intervención del Ministerio Fiscal como instructor no puede valorarse al margen de su condición de parte en el proceso y de las exigencias del principio de igualdad de partes.

La investigación del fiscal viene relacionada con las exigencias, al menos en numerosos casos, del principio de oportunidad, mientras que la instrucción es más fiel al principio de legalidad y al escrupuloso respeto de las garantías⁶². No obstante, a la vez, el juez de Instrucción otorga carácter de jurisdiccionalidad (se produce la meta-

morfosis de investigación a instrucción) a lo que se hace y eso en una materia plagada de sacrificios de los derechos fundamentales, donde hay que continuamente ponderar situaciones, poseer un ente imparcial no tiene precio.

Paralelamente, se desconoce y se obvia los riesgos que comportaría el monopolio investigador del Fiscal, que tiene a su disposición toda la maquinaria del Estado (art. 4 EOMF), pondrá en cuestión la viabilidad de la acusación particular y popular que, en principio, carecería de medios para llevar a cabo su labor investigadora, salvo que en la sociedad aparezcan estructuras «ad hoc» al margen de las oficiales del Estado. El monopolio de la investigación un Fiscal no independiente y jerarquizado menoscabaría los derechos reconocidos en el art. 125 de la CE y abocaría a la debilidad a las acusación paralelas a la pública que perderían la posibilidad de poder socavar el apoyo en sus diligencias del actual órgano independiente. Por otra parte, no podemos olvidar otras consecuencias, en cuanto, según reiterada jurisprudencia constitucional, únicamente las diligencias sumariales practicadas ante el Juez, con todas las garantías legales y constitucionales pueden ser llevadas al juicio oral y luego ser valoradas por los Tribunales.

Por ende, compartimos con los detractores del Juez Instructor el planteamiento relativo a que un sistema procesal moderno sólo puede ser entendido bajo el prisma de la defensa a ultranza del principio acusatorio, pero entendemos que la actual total desvinculación entre la fase de instrucción y enjuiciamiento ha inmunizado la situación contaminadora preexistente en el marco procesal anterior⁶³. Mas, hoy en día la contradicción constituye el nuevo nervio y el eje fundamental sobre el que se desarrolla el derecho procesal moderno que tiende a irradiar sus influencia incluso en la fase de instrucción. Otorgar al Ministerio Fiscal el monopolio de la instrucción puede comportar una merma de los derechos procesales del imputado que precisa de un órgano imparcial que reaccione frente a los eventuales abusos empleados la acusación en el curso de la investigación.

Erradicada incluso disciplinariamente (art. 219.11 de la LOPJ) cualquier posibilidad de «contaminación inquisi-

62 Resultan reveladoras las observaciones que sobre el nuevo modelo de fiscal alemán formula el también fiscal MUHM: «hay que decir que los fiscales han archivado frecuentemente por propia decisión, en aplicación del principio de oportunidad, precisamente en aquellos casos en que se hallaban implicados personajes del mundo político y de las altas finanzas» [MUHM, R., «Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo en la República Federal Alemana. (Crisis del modelo y perspectivas de reforma)», *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Núm. 22, 2/1994, p. 95]. A ello se debe, informa el mismo autor, que se haya suscitado un estado de opinión favorable a una reforma de la institución inspirada en el sistema italiano. Este hecho tiene que ver también con circunstancias como el resultado de una investigación parlamentaria llevada a cabo en el land Badem-Würtemberg sobre el uso generoso del archivo de causas en las que aparecían implicados «personajes estrechamente ligados a miembros del gobierno». De ahí que MUHM concluya su trabajo afirmando que «el modelo de fiscal alemán, caracterizado por la estrecha dependencia jerárquica del ejecutivo, no parece idóneo ni para garantizar una acción libre de influencias externas y por consiguiente imparcial, ni para asegurar la realización del precepto constitucional de igualdad frente a la ley» (Vid. MUHM, R., «Dependencia del Ministerio Fiscal del Ejecutivo...», op.cit., p. 96).

63 A la hora de enjuiciar el Juez debe ser «tanquam tabula rasa in qua nihil est scriptum», no cabe duda que la jurisprudencia del TEDH se postula en el sentido de vetar cualquier posibilidad de injerencia o intrusión del plano instructor con el enjuiciador, dando lugar a lo que en nuestro país se conoce como contaminación inquisitiva. Entre otras, STEDH, de 1 de octubre de 1982. Caso Piersack contra Bélgica (1970) donde se afirma que «todo juez en relación con el cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer el caso».

tiva» y asegurada de un modo completo la imparcialidad tanto desde un plano subjetivo como objetivo⁶⁴, queda por examinar si ganado este terreno lo debemos ceder ahora ante un órgano que constitucional no es independiente (art. 124.2 y 4 CE). El hecho de que la actividad instructora esté desarrollada por un órgano imparcial por eso el TEDH exige a «todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer en el caso ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática...»⁶⁵. Pues bien un órgano dependiente jerárquicamente del Ejecutivo puede incentivar la desconfianza ciudadana, razonable o no, hacia las instituciones y enraizar un poco más la conciencia popular que los poderosos operan inmunes a la justicia, sentimiento popular que encuentra eco las célebres palabras de Rosa Luxemburgo sobre la justicia en el capitalismo entendiéndolo que es una red que sirve para apresar a las pequeñas sardinas mientras que los voraces tiburones campean a sus anchas⁶⁶.

La línea reformista viene avalada por una serie de transformaciones en países de nuestro mismo contexto socio-cultural, herederos igualmente del ejemplo francés, donde el modelo actual de Juez instructor fue sustituido por la figura del Fiscal investigador, como secuela de la «gran reforma» del proceso penal alemán y el Código Procesal Penal Portugués de 1987 y el Italiano de 1988 (si bien en este caso el fiscal actúa como una magistratura postulante).

La disputa entre que sea el Juez de Instrucción o el Fiscal la figura que deba encauzar la instrucción cuenta con

grandes diatribas doctrinales, pero también con ciertas notorias ventajas. La principal diatriba al juez de instrucción es que conceptualmente aparece poco sostenible (y algo esquizofrénico) que se pueda ser imparcial, por un lado, y por el otro, ser una plataforma desde donde se va a ejercer una acusación⁶⁷. Mas en nuestro derecho baste contemplar la Instrucción N° 2/2008 sobre la funciones del Fiscal en la fase de Instrucción para concienciarnos que actualmente se trata del órgano principal que interviene y modula la investigación bajo el control garantista del Juez Instructor.

En conclusión, la nueva línea jurisprudencial europea existente parece enfocada a reforzar la legalidad de la instrucción mediante un control imparcial de un órgano independiente, evitando que la investigación se convierta en un instrumento discrecional en manos del ejecutivo y sus versátiles intereses⁶⁸.

La figura del Ministerio Fiscal como principal garante de la acusación sólo puede ser entendida como una Magistratura postulante independiente de la acción del Ejecutivo. La figura del Juez instructor aparece hoy en día como impermeable frente a las tensiones del Poder y de las disputas de los partidos políticos. Pues si hoy en día una de las mayores críticas que se realiza sobre la institución es la incesante presencia de presiones sobre el Juez que aunque se halla sólo es institucionalmente independiente de cualquier tensión por parte de factores exógenos a su función. Dejar la investigación en manos de un Fiscal jerarquizado bajo las órdenes del Ejecutivo supondría introducir un auténtico caballo de Troya⁶⁹ en nuestro sistema de garantías en la

64 STEDH de 28 de octubre de 1984, *De Cubber c. Bélgica*, y TEDH de 1 de octubre de 1982, *Piersack c. Bélgica*.

65 STEDH de 1 de octubre de 1982, caso *Piersack*.

66 Literalmente «The justice of the bourgeois classes had again been like a net, which allowed the voracious sharks to escape, while the little sardines were caught» (LUXEMBURG, R., «Against Capital Punishment» (Noviembre de 1918), *International Socialist Review*, Núm. 1, Vol. 30, Enero-Febrero, 1969, pp. 5-6).

67 Así VIVES ANTÓN afirma que «El argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es, en nuestra opinión, que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia el argumento se concreta de la siguiente manera: El Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el Juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el Fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos. Seguir manteniendo el sistema clásico es en definitiva una contradicción, porque el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial. (VIVES ANTON, T.S., «Doctrina constitucional reforma del proceso penal», *Poder Judicial*, núm. II (especial), 1987, p. 102.

68 Es interesante traer aquí la opinión al respecto del Presidente de la República, Scalfaro: «(Tengo miedo! Tengo miedo como jefe del estado, como ex magistrado, como ciudadano, que un día se produzca una ola de retroceso y que el fiscal recaiga bajo las órdenes del ejecutivo. Lo que quiere decir dar un salto en el vacío de miles de años de cultura jurídica...» (La Repubblica, de 8 de diciembre de 1993).

69 Así se pronuncia MAIER quien hace suyo el punto de vista de MUZIO cuando afirma sobre la introducción del Fiscal, modelo francés, en el sistema de garantías: «como un instituto tiránico que, como caballo de Troya, lleno de armas y de armados, de perfidias, de artimañas y de engaños, ha sido sacrílegamente introducido en el templo de la justicia, ornado de terciopelo, con largos cordones de oro, clavado como una espina en el corazón de la magistratura y por papagalismo llamado también entre nosotros con énfasis charlatanesco ministerio público». [MAIER, J. B. J. «El ministerio público ¿un adolescente?», *El ministerio público en el proceso penal*, Editorial AD-HOC. Buenos Aires, 1993, p. 29.

instrucción. Como afirma ANDRÉS IBÁÑEZ⁷⁰ «el debate juez de instrucción versus fiscal tal como está planteado entre nosotros no remite a una confrontación corporativa, ni tampoco se plantea en términos abstractos, sino sobre las condiciones de este juez y este fiscal. Es un debate que perdería todo su sentido cuando el segundo tuviera asegurado un estatuto apto para garantizar la independencia de su actuación en función (sólo) de exigencias de legalidad».

No aparece constitucionalmente posible instaurar un Ministerio Público en el papel de Instructor sin que su labor en las medidas cautelares más delicadas (prisión preventiva, intervenciones telefónicas, interceptación de la correspondencia, comunicaciones) sea supervisada por un Juez de garantías imparcial. Esto comporta un que la eventual reforma propuesta desde múltiples sectores comportará un esfuerzo económico doble: la creación de una Fiscalía incomparablemente mayor y a la par de de una red de Jueces de garantías.

La defensa de la figura del Juez de Instrucción debe ceñirse a su funcionalidad como órgano defensor de las garantías del imputado, que en el plano fáctico es donde más opera en la actualidad.

Así ORTELLS RAMOS⁷¹, señala, aunque lo considere una obviedad, que la investigación (en el procedimiento preliminar o instrucción previa) y esa prueba son actividades netamente jurídicas y, por ello, es consustancial a las mismas estar sometidas a una ordenación, que supone establecer limitaciones y condicionamientos y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones, positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad realizada, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción.

Aunque, en principio, teóricamente no habría tampoco ningún problema en admitir que instruyera el Ministerio Fiscal, pues dicho llanamente se trataría de una solución tan buena como podría ser la contraria y cualquier otra, hemos de ser conscientes que, en nuestro modelo constitucional, tendría llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez de garantías fuera inexcusable⁷². Esta decisión conllevaría cambiar el texto constitucional y hacer del Fiscal general del estado una magistratura dependiente de las Cortes (a modo del defensor del Pueblo) y no elegida unilateralmente por el partido o los partidos del gobierno, dado que, sino se hace así, se mermaría en grado sumo la imparcialidad de la instrucción y se germinarían gravísimas suspicacias en los ciudadanos en su labor, sobre todo en los casos de corrupción.

Por ende, la figura del Juez de Instrucción, ajeno a cualquier intervención en la fase de enjuiciamiento, es constitucionalmente tan viable como la del Fiscal responsable de la Instrucción. Así, del análisis de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, se llega a la conclusión (y afirmado con todas las cautelas), de que una cosa es tomar la iniciativa en la averiguación y práctica de pruebas, y otra muy distinta que sobre el material que ha ordenado e importado otro juez, se compruebe si tal efectividad, absolutamente provisional, permite entrar en el proceso penal propiamente dicho. Lo que incompatibiliza con el hecho de juzgar es la contaminación durante el proceso de averiguación y constatación de la perpetración del delito y de las circunstancias que pueden influir en su calificación y de la culpabilidad de los delincuentes por vulneración del derecho a un tribunal imparcial.

Por lo tanto, examinando globalmente la cuestión, en el plano de, los hechos, cabe plantearnos desde el respeto más absoluto al principio acusatorio sin el Juez de Instrucción es el órgano más adecuado a nuestro país y a nuestra situación.

Mas sin una reforma de la Constitución con un Ministerio fiscal edificado bajo la un pirámide jerárquica cuya cabeza es elegida discrecionalmente por el Gobierno y no por el Congreso (por una mayoría cualificada similar a la defensor del Pueblo, por ejemplo), entendemos que es inconstitucionalmente inviable la implantación de la figura del Ministerio Fiscal instructor. Y ello es así pues aunque el Ministerio Público no goza del monopolio de la Instrucción, la politización inherente a la elección del cargo, al ser elegido unilateralmente por el gobierno sin aquiescencia de los otros grupos parlamentarios, daría una apariencia equívoca a su, probablemente recta, labor.

Un Juez de garantías completamente esterilizado y desvinculado del sustrato real de la instrucción resulta poco funcional pues su misión consiste en ponderar, medir y sopesar la entidad de las graves medidas limitadoras de los derechos fundamentales que se deben acordar en el seno de la investigación (léase prisiones preventivas, libertades bajo fianza, alejamientos, intervenciones de las comunicaciones orales, escritas, telefónicas o telemáticas o entradas y registros domiciliarios, incautación de documentaciones personales, decomisos provisionales de efectos, etc.).

Como argumenta en el viejo aforismo de los Tribunales ingleses «justice must not only be done; it must also be seen to be done»⁷³. Uno de los aspectos más positivos, nun-

70 Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «Entre política y Derecho: El Estatuto del actor público en el proceso penal», *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales, Cuadernos de derecho Judicial*, Núm. 28, Madrid, 2005, p. 47.

71 Vid. ORTELLS RAMOS, M., «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de Derechos fundamentales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Núm. 12, 1996, pp. 27 y ss.

72 En este sentido vid. GIMENO SENDRA, J.V., «Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial», *Revista Justicia*, núm. IV, 1988, pp. 832 a 834.

73 Recogido en la STEDH *Delcourt v. Bélgica* de 17 de enero de 1970 (A 011). Este principio aparece expresado de este modo por Lord Hewart, C.J., en su sentencia dictada en el caso «*R. v. Sussex JJ., Ex parte McCarty*», 1924, K.B., 256/259: «*Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done*». No sólo hay que hacer justicia; también hay que dar la impresión manifiesta e inequívoca de la pulcritud con la que se realiza. También la STS 308/2002 (2ª), de 22 de febrero (Jiménez Villarejo) destaca que la confianza de los ciudadanos en la imparcialidad del juez es la base indeleble sobre la que sustenta sus potencialidades de actuación.

ca suficientemente valorado, radica en que la instrucción en España, gracias a la figura del Juez de Instrucción, es una investigación jurisdiccionalizada que evita que se halle excesivamente polarizada y, a la par, dotada de mayores garantías que en los países del Orbe anglosajón, donde los excesos de la Policía o el Ministerio Fiscal, según los casos, han incidido en una paulatina mayor presencia judicial que supervise la instrucción.

En el fondo de este debate late el debate sobre qué debe pesar más el principio de legalidad (atribuible) al Juez de instrucción o el de oportunidad (encuadrable bajo el halo del Ministerio Público) en la investigación, uno comportaría en principio mayores garantías para los ciudadanos el segundo una mayor flexibilidad y armonía en la investigación del crimen. Este debate se hace más palpable aún en los países donde se ha producido la reforma (Alemania⁷⁴, Italia y Portugal) pues lejos de haber llegado una situación de pacífica estabilidad las tensiones entre las garantías legales y las exigencias de la oportunidad en la actuación investigadora se hacen aún más palpables que en el nuestro.

Quizás la solución se encuentre como en el caso portugués o francés la posibilidad de un sistema que sepa yuxtaponer las ventajas de ambos sistemas, pero hoy existen demasiadas carencias estructurales en el Ministerio fiscal para que se haga cargo de plano de la instrucción, so pena de deteriorar gravemente el régimen de garantías de los ciudadanos. Actualmente, *lege ferenda* parece necesario crear filtros y mecanismos que pueden ser utilizados como contrapesos eficaces para mitigar la actual dependencia gubernamental de la Institución⁷⁵.

En conclusión, este debate no puede ser separado de su incidencia en las garantías procesales, máxime en un país

con escasa tradición debido a su pasado autoritario. Como reseña MESTRE DELGADO⁷⁶ las garantías procesales son la clave de bóveda de un sistema penal avanzado, y la exclusión de esas diligencias viciadas, del juego procesal cotidiano, la mejor receta para que se abandone (dada, en definitiva, su inutilidad) su práctica. Por ende, es lastimoso tener que estar presenciando que pese a que existe un órgano imparcial que vela por la regularidad de la instrucción, los actos judiciales de expurgo sobre la actuación de la Policía son casi generalizados (parafraseando al relator especial de Derechos Humanos de la ONU, que lamentablemente se pronunció así en visita girada hace pocos años a España) «algo más que una rutina».

La justicia constituye una parte del sistema de seguridad pública, adempero, en virtud de su imparcialidad, su función natural es la de «freno» a los abusos del resto de los poderes públicos y también de los propios. Y puede ser desarrollada por el poder judicial precisamente porque no es representativo, sino sujeto únicamente a la ley y obligado a la averiguación de la verdad, cualesquiera que fueren los sujetos juzgados y los contingentes intereses dominantes. En este sentido, la función judicial es una «garantía» de todos los ciudadanos frente a cualquier forma de abuso o de arbitrariedad y como tal es también garantía de seguridad y, por tanto, es interés de todos respetarla e impulsarla. El Juez que interviene en la instrucción moderno se va transformando en ambos lados del océano Atlántico en un Juez de garantías, y su decadencia puede representar un ocaso de las garantías que representa y defiende. Pues como se ha enfocado en el Tratado de Roma en relación a la Corte Penal internacional «quien instruye, no acusa».

74 En este sentido, ARMENTA DEU afirma que en Alemania, comprobados los déficits en materia de garantías, se está planteando retornar a la vieja figura del juez de instrucción, ARMENTA DEU, T., «El Fiscal instructor ¿es necesario?», op. cit., pp. 191 y ss.

75 Sobre este tema vid. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La Autonomía del Ministerio Fiscal en el Proceso Penal y la Reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 430 y ss.

76 Vid. MESTRE DELGADO, E., «Eficacia procesal de la investigación penal», *La Ley Penal*, Núm. 65, Noviembre 2009, pp. 1-2.