

# LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL POR EL MINISTERIO FISCAL: ASPECTOS ESTRUCTURALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

Juan Luis GÓMEZ COLOMER

Profesor de Derecho procesal Universidad Jaime I de Castellón. España  
Revista Peruana de Derecho Procesal I, Setiembre 1997, p. 335-358.

(p. 335) *El proceso, como instrumento para alcanzar la paz social, es siempre un espejo en el cual la sociedad puede reconocer sus propias opciones acerca del modelo político bajo el cual ha escogido vivir. A través de él puede leerse si es el autoritarismo o el Estado de Derecho el que prima en determinado grupo humano. En países como el nuestro -en los que el Estado de Derecho es, sino una realidad plena, sin lugar a dudas la más firme de nuestras esperanzas-, se hacía imperioso introducir el principio acusatorio con el objeto de garantizar la plena vigencia de un debido proceso. La mayoría de analistas coinciden en indicar que la modificación más importante introducida en nuestro ordenamiento procesal penal es la de haber puesto en manos del Ministerio Público la etapa de instrucción del proceso penal con el argumento de la necesidad de separar las funciones de investigación de las de juzgamiento, pues lo contrario - es decir, su concentración en un sólo órgano- es incompatible con el sistema acusatoriogarantista por el cual ha optado el nuevo Código Procesal Penal. El autor, a contracorriente de la opinión mayoritaria, considera que el cambio no resuelve el problema de la imparcialidad, pues resulta por lo menos paradójico que se proclame la imparcialidad de un proceso en el cual el órgano que luego formulará la acusación sea el que ha decidido en su momento si había mérito para ella; citando al autor: "investiga quien esparte, y por ello mismo, con toda la nobleza del término el que es parcial". A través de una exposición fluida y profusamente documentada el autor comparte con los lectores sus cuestionamientos a una reforma penal que pierde de vista lo fundamental, procurar un proceso penal digno del Estado de Derecho en que hemos escogido vivir.*

## 1. ÚLTIMAS ORIENTACIONES REFORMISTAS DEL PROCESO PENAL

(p. 337) Hasta donde alcanza nuestra memoria siempre hemos oído hablar de crisis de la Justicia y, consiguientemente, de una serie de medidas para lograr superarla. A la afirmación general de ser la Justicia lenta y cara, se contraponen deseos y realidades reformistas tendentes a hacerla más rápida y más barata<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Los últimos congresos celebrados así lo demuestran. Véase en particular la excelente relación general de **TIEDEMANN, K.**, para el Coloquio Preparatorio, Sección III, de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Toledo (España), del 1 al 4 de abril de 1992, y publicado en la monografía *Les mouvements de réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme*. En: *Revue Internationale de Droit Pénal* 1993, 3e et 4e trimestres, pp. 783 a 811. Por lo que hace referencia a España, v. la ponencia general española y la relación de nuestro país presentadas en dicho Coloquio de, **GIMENO SENDRA, J.V.**, publicadas en la monografía anteriormente citada, pp. 873 a 887 y 1051 a 1062, y, del mismo

(p. 338) Para ello se concretan y proponen una serie de acciones, cuya eficacia por otra parte ha sido casi nula, puesto que se sigue hablando de crisis de la Justicia, que se pueden resumir en estas tres:

1ª) Reformas orgánicas, de manera que haya más órganos jurisdiccionales, sobre todo de base, mejor repartidos territorialmente, con competencias objetivas y funcionales más racionalmente establecidas, y por ende más Jueces y más Fiscales, queriéndose sin duda también que estén mejor preparados.

2ª) Reformas procedimentales, eliminando procesos inútiles, simplificando los que se dejen en vigor, facilitando trámites, acortando plazos y suprimiendo formalismos innecesarios.

3ª) Reformas concretas de instituciones clave del proceso que, preferiblemente acompañando a las anteriores y generalmente aplicando principios procesales consagrados en las normas fundamentales, contribuyan al principio máximo de una Justicia justa, rápida, barata y eficaz, que tiene en la mayor parte de los Estados reconocimiento constitucional<sup>2</sup>.

Pues bien, dentro de esta tercera categoría se proponen reformas importantes, y se han llevado ya a la práctica en algunos países, que afectan a la institución de la Fiscalía con relación al proceso penal<sup>3</sup>. En concreto podemos citar las cuatro siguientes:

---

autor, *Causas históricas de la ineficacia de la Justicia*. En: Revista *Justicia*, 1987, Nº III, pp 579 a 601; y *Los procedimientos penales simplificados*, En: Revista *Poder Judicial*, Nº especial II, pp. 31 y ss. Véase también MORENO CATENA, V. *La Justicia penal y su reforma*. En: Revista *Justicia*, 1988, Nº II, pp. 313 a 318.

Respecto a Alemania, v. la ponencia de TIEDEMANN acabada de citar.

Con relación a Italia, v. la ponencia de CHIAVARIO, M. *Les mouvements de réforme du procès penal et la protection des droits de l'homme en Italie*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, pp. 1193 a 1211. En cuanto a Francia, v. la ponencia de BRAUNSCHWEIG, A. *La procédure pénale en droit français*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, pp. 1089 a 1113. La reforma afecta también a Portugal, v. ANTUNES, M.J. *La réforme de la procédure pénale et la protection des droits de l'homme au Portugal*, publicada en la monografía del coloquio antedicho, pp. 1271 a 1287.

Finalmente, para América Latina, v. CRUZ CASTRO, F. *Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica*. En: Revista costarricense *Ciencias Penales*. 1994, Nº 8, pp. 40 a 51; BERTOLINO, P. J. *Proceso penal y servicio de la justicia*. La Plata: librería Editora Platense, 1992, pp. 82 y ss.; MAIER, J.B.J. *Situación de la Justicia penal y problemas de los sistemas escritos*. En: Revista costarricense *Ciencias Penales*, 1991, Nº 4, pp. 2 a 7; TIJERINO PACHECO, J.M. *Nuevas corrientes procesales penales en la dogmática*. En: Revista costarricense *Ciencias Penales*, 1992, Nº 6, pp. 47 a 49. Agradecemos vivamente a este último autor, que ha sido hasta fechas recientes Fiscal General de la República de Costa Rica, su valiosísima ayuda para la comprensión del Derecho Procesal Penal de ese bellissimo país, y de otros muchos latinoamericanos.

<sup>2</sup> Indirecto en España (arts. 1.1, 14, 24 y 119 de la Constitución de 1978), Alemania (arts. 3 y 103, ap. 1 de la Ley Fundamental de 1949), Italia (arts. 3 y 24 de la Constitución de 1947), y Portugal (arts. 13 y 20 de la Constitución de 1976); pero directo por ejemplo en Costa Rica (art. 41 de la Constitución republicana de 1949), v. Constitución política de la República de Costa Rica, anotada y concordada. San José: Juricentro, 1985, comentada por el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa de Costa Rica, pp 214 a 221; ARMIJO SANCHO, G.A. *La Constitución política: Su influencia en el Derecho Procesal Penal*. San José: Escuela Judicial, 1991, pp. 25 y ss.; y CRUZ CASTRO, F. *la defensa penal y la independencia judicial en el Estado de Derecho*. San José: Llanud, 1989, pp. 19 a 21.

<sup>3</sup> En general, sobre la posición del Ministerio Fiscal en diversos países europeos, v. recientemente el número especial 6 de los *Cadernos da Revista do Ministerio Público* 1994, que recoge las

**a)** Reconocimiento en exclusiva de la acción penal al Ministerio Fiscal, por tanto, monopolio acusador (legitimación activa única) para este órgano público, con exclusión (o mínima intervención, generalmente limitada a la pretensión civil) de particulares sean o no los ofendidos por el delito.

**b)** Atribución al Ministerio Fiscal de la competencia para instruir las causas penales, sustituyendo al Juez Instructor, sin perjuicio de la intervención ocasional de éste cuando resulte necesario.

**c)** Otorgamiento al Ministerio Fiscal de facultades derivadas del principio de oportunidad para, ofreciendo bajo determinados presupuestos medidas alternativas al imputado, no perseguir el delito generalmente menos grave o leve, bien a través del instituto de la "conformidad", bien a través de la llamada "negociación sobre la declaración de culpabilidad".

**d)** Conversión del Ministerio Fiscal en autoridad principal, o incluso única, de la ejecución penal.

Es difícil encontrar un argumento común a todas estas posibilidades, relativamente nuevas en los ordenamientos jurídicos continentales, salvo que se trate de lograr un aceleramiento, simplificación y abaratamiento de la impartición de Justicia penal, fin general al que nos hemos referido al comienzo de este escrito, reforzando una de las instituciones más importantes del proceso penal cual es el Ministerio Público, pero un observador atento de la realidad jurídica que proporciona el Derecho comparado, deduce inmediatamente que desde 1974<sup>4</sup>, fecha en que en Alemania se da un vuelco (**p. 339**) legal a favor del sistema anglosajón de instrucción a cargo de persona distinta al Juez (Policía y Ministerio Fiscal)<sup>5</sup>, sin duda la más importante de todas las propuestas antedichas, abandonando la tradicional competencia del Juez Instructor para esta fase inicial del proceso penal, los demás países las han ido contemplando todas ellas o una buena parte de las mismas.

Si seguimos con **Alemania**, la veracidad de lo dicho es incuestionable<sup>6</sup>. El Ministerio Público es órgano instructor de las causas penales (§§ 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 §§ 65, 114, 126a, 161a, etc. StPO)<sup>7</sup>; 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 (§ 243, ap. 3 StPO); 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 (§§ 153 y ss. StPO), introduciéndose en

---

ponencias presentadas al IV Congresso do Ministerio Público, celebrado en Cascáis (Portugal) en 1994, bajo el título Ministerio Público: Instrumento do executivo ou órgao do Poder Judicial?

<sup>4</sup> Mediante la Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts, abreviada 1. StVRG ("Primera Ley de Reforma del 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. Strafverfahrensrecht, München: C.H. Beck, 1976, pp. 353 y 354; y ROXIN, C. Strafverfahrensrecht, 15a, München: C. H. Beck, 1979, pp. 373 a 375.

<sup>5</sup> Véase 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.

<sup>6</sup> Una exposición doctrinal y la traducción de la legislación alemana citada a partir de ahora en GÓMEZ COLOMER, JX. El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona: Bosch, 1985. Véase también MAIER, J.B.J. La Ordenanza Procesal Penal alemana, Buenos Aires: Depalma, 1978 (t. I) y 1982 (t. II).

<sup>7</sup> Un resumen detallado de la posición del Juez Investigador alemán instruyendo el Fiscal, en GÓMEZ COLOMER, JX., El proceso penal alemán..., cit., pp. 73 a 75.

la práctica además y siendo admitida por la Jurisprudencia la negociación con el imputado (Absprache)<sup>8</sup>; 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 (§§ 296 y ss. StPO); finalmente, el Ministerio Fiscal es en Alemania también la autoridad principal de la ejecución penal (§ 451 StPO)

Algo parecido se podría decir de **Italia**, cuyo Código de Procedimiento Penal<sup>9</sup> prevé el monopolio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal (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)<sup>10</sup>.

Finalmente, también **Portugal** se ha sumado a la órbita de países que han optado por reformar a fondo la institución del Ministerio Fiscal. En este país, el Fiscal detenta 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<sup>11</sup>), 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 es también competencia suya (art. 53.2, b) CPP), previéndose medidas alternativas a la persecución penal en sus arts. 281 y ss. El art. 270 especifica qué funciones puede delegar en la Policía Criminal. La intervención del Juez de Instrucción, basada en el art. 32.4 de la Constitución, se fija en los arts. 268 y 269 CPP. Finalmente, el Fiscal comparte funciones de ejecución penal al lado del Tribunal (art. 469 CPP)<sup>12</sup>.

Pues bien, visto el marco, es hora de entrar ya en el objeto principal de este escrito, a saber, (p. 340) analizar las razones que pueden avalar que el Ministerio Fiscal sea el competente para instruir las causas penales en España, así como las opiniones contrarias a ello, para dar nuestra opinión personal sobre el tema. Antes es necesario, sin embargo, al ser una institución procesal importada, analizar brevemente la situación jurídica en los principales países de nuestro entorno cultural, a saber, Alemania, Italia, Portugal, Francia, Estados Unidos e Inglaterra, dando unos apuntes relativos a algunos países latinoamericanos, como Argentina y Costa Rica, que también son destinatarios de estas palabras.

---

<sup>8</sup> Véase sobre estos acuerdos BARONA TOAR, S. La conformidad en el proceso penal, Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, pp. 150 y ss.

<sup>9</sup> Véase la traducción de VIIXAGOMEZ, M., El nuevo proceso penal italiano, Documentación Jurídica núm. 61, Madrid: Ministerio de Justicia, 1989, pp. 41 y ss.

<sup>10</sup> Para la información sobre Italia vide CHUVARIO, M., La reforma del processo penale. Appunti sul nuovo código 2a, Torino: UTET, 1990, pp. 78 y ss. fundamentalmente.

<sup>11</sup> Véase GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, F., La Justicia, según la Constitución Portuguesa de 2 de abril de 1976, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana 1976, pp. 547 y ss., esp. pp. 566 y 567.

<sup>12</sup> Véanse los comentarios a todos esos preceptos en LOPES MAIA GONÇALVES, M., Código de Processo Penal anotado 6a, Coimbra: Almedina, 1994. Con carácter general, puede consultarse GMENO SENDRA, J.V., El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española. En. Revista Justicia, 1990, Nº II, pp. 493 y ss.

## 2. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO PENAL EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO CONTINENTAL

Alemania, Italia, y Portugal contemplan la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, derogando las normas que atribuían la competencia al Juez Instructor, como se apuntó supra.

En **Alemania**, la *Strafprozessordnung* de 1877, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del Fiscal en sus §§ 100 a 103-Dispone textualmente en concreto el § 160, ap. (1) que "*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliessung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*"<sup>13</sup>. La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 StPO), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales<sup>14</sup>.

Respecto a **Italia**, el *Codice de Procedura Penale* de 1988 ha derogado el de 1930 (el Código ROCCO)<sup>15</sup>. Esta Ley preveía la competencia exclusiva del Juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la llamada instrucción sumaria, a cargo del Ministerio Fiscal según el art. 389 (o del Pretor para los delitos de su competencia)<sup>16</sup>.

El Código de 1988, en cambio, ha introducido como se anunció antes la instrucción del proceso penal, sin distinción entre formal o sumaria, a cargo del *Pubblico Ministero*, disponiendo textualmente su art. 327.1 que "*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*"<sup>17</sup>, concretándose a continuación esta facultad en los arts. 328 y ss.

Con relación a **Portugal**, el *Codigo de Processo Penal* de 1987, que ha derogado el de 1929, contempla igualmente la investigación del proceso penal a cargo del Ministerio

---

<sup>13</sup> Véase la traducción en GÓMEZ COLOMER, J.L. El proceso penal alemán..., cit., p. 337.

<sup>14</sup> Así lo confirma expresamente PETERS, K. *Strafprozess. Ein Lehrbuch*, 4a ed., Heidelberg: Ed. C.F. Müller, 1985, pp. 182 y 183.

<sup>15</sup> Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO, M. *Procedura Penale Un Codice tra "storia" e cronaca*, Torino: Ed. Giappichelli, 1994, pp. 13 a 32.

<sup>16</sup> Véanse CORDERO, F. *Procedura Penale*, 5a ed., Milano: Ed. Giuffrè, 1979, pp. 432 a 439; FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto Processuale Penale*, 2a ed., Milano: Ed. Giuffrè, 1965, tomo II, pp.28 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., *Tratatto di Diritto Processuale Penale italiano*, 6a ed., puesta al día por Conso y Pisapia.Torino: Ed. UTET, 1972, vol. IV, pp. 181 y 293; y PISAPIA, G.D., *Compendio di Procedura Penale*, 2a ed., Padova: Ed. CEDAM, 1979, pp. 76, 77 y 172.

<sup>17</sup> Véanse CHIAVARIO, M. *La riforma del processo penale...*, cit., pp. 83 a 89; CARULLI / MASSA / ESPOSITO / PA1UMBO. *Lineamenti del nuovo processo penale*. Napoli: Jovene, 1993, pp 26 y ss.; DALIA / FERRAJOLI. *Corso de Diritto Processuale Penale*, Padova: Cedam, 1992, pp. 341 y ss.; FORTUNA/ DRAGONE / FASSONE / GIUSTOZZI / PIGNATEIXI. *Manuale Pratico del Nuovo Processo Penale*, 3a ed., Padova: Cedam, 1993, pp. 95 y ss., y 153 y ss.; NAPPI, A. *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Milano: Giuffrè, 1992, pp. 30 y ss.; PISANI / MOLARI / PERCHINUNNO / CORSO. *Appunti di Procedura Penale*, Bologna: Monduzzi, 1992, pp. 57 y ss.; y CORDERO, F. *Procedura Penale*, 2a ed., Milano: Giuffrè, 1993, pp. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G., la *Giurisprudenza Della Corte Costituzionale sulprocesso penale, dall'entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991*, Corte Costituzionale 1992, pp. 425 y ss. Vide asimismo MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, A. *El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial* Revista Poder Judicial, 1994, Nº 34, pp. 253 y ss.

Fiscal<sup>18</sup>. Su art. 53.2, b) dispone textualmente que "*compete em especial ao Ministério Público: ... b) Dirigir o inquérito*"<sup>19</sup>, (p. 341) desarrollándose esta competencia en los arts. 267 y ss. de dicho Código.

Sin embargo, por lo que hace referencia a **Francia**, el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino<sup>20</sup> es uno de los más importantes de la Europa actual, hasta tal punto que se le ha denominado "l'homme le plus puissant de France", hoy ciertamente venido a menos por los derechos de la defensa<sup>21</sup>. El Juez de Instrucción francés ha pasado de oficial superior de la Policía Judicial, de acuerdo con el *Code d'instruction criminelle* de 1808, a verdadero órgano jurisdiccional de instrucción con la reforma operada por la Ley de 17 de julio de 1856, de manera tal que hoy, no siendo ya *un agent d'information* subordinado al Procurador de la República, está encargado de recopilar las pruebas del hecho criminal y averiguar la participación del inculpaado en el mismo, es decir, de realizar actos de información, y además actúa con verdadera jurisdicción al decidir si dicho inculpaado debe ser enviado a juicio o no<sup>22</sup>.

Al Juez de Instrucción francés le corresponde, pues, 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 de 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 inculpaado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas<sup>23</sup>.

El Ministerio Público, que es la parte pública del proceso penal francés, es decir, quien debe ejercer la acción pública<sup>24</sup>, tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la "enquête préliminaire"<sup>25</sup>, es decir, las primeras averiguaciones, que

---

<sup>18</sup> Con la particularidad siguiente: La Constitución portuguesa de 1976 fija la competencia para la instrucción del proceso penal a un Juez (art. 32.4). El CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso penal dividida en dos fases, la primera de investigación (inquérito), obligatoria, a cargo del Ministerio Fiscal (arts. 262 y ss.), y la segunda, eventual, de instrucción (instrução) a cargo del Juez (arts. 286 y ss.), división ajustada a la Constitución en el entender de la mejor doctrina, v. DE FIGUEIREDO DÍAS, 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. 23.

<sup>19</sup> Véase LOPES MAIA GONCALVES. Código de Processo Penal., cit., pp 128 y 129; DE FIGUEIREDO DÍAS, J., Sobre os sujeitos processuais..., cit., pp. 22 a 26; DA COSTA PIMENTA, Introdução ao Processo Penal. Coimbra: Almedina, 1989, pp. 59 a 61; y GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P. El Fiscal instructor: La experiencia portuguesa. En: Revista Poder Judicial, 1994, Nº 33, pp. 69 y ss.

<sup>20</sup> Véanse sobre la historia del proceso penal francés, LAINGUI, A. / LEBIGRE, A. Histoire du Droit Penal, II (La procédure criminelle). París: Cujas, sin fecha (probablemente 1979).

<sup>21</sup> Véase LARGUIER, J., La procédure pénale. 8a ed., París: Presses Universitaires de France, que sais-je, 1994, p. 20.

<sup>22</sup> Véanse STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B. Procédure Pénale. 14a ed., París: Dalloz, 1990, pp. 444 a 450.

<sup>23</sup> Véase ROZÉS, S. Le juge d'instruction. En: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes (coordinado por VON GAMM, RAISCH y TIEDEMANN), Köln-Berlin-Bonn-München: C. Heymanns, 1988, pp. 175 y ss., esp. p. 177.

<sup>24</sup> Véanse STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B. Procédure Pénale. Op.cit., pp. 123 a 138.

<sup>25</sup> Véase LARGUIER, J. La procédure pénale, cit, pp 59 a 64.

realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>.

En Alemania, Italia y Portugal, la atribución de la competencia para instruir las causas penales al Ministerio Público, cambio importante respecto a las regulaciones anteriores, ha sido fundamentada con base en diversas consideraciones, pero no tiene el mismo alcance en todos esos países, ni excluye en ningún caso absolutamente la actividad de un Juez en la instrucción penal. Conviene, pues, precisar.

El cambio se fundamenta básicamente en dos aspectos de suma importancia:

1º) La instrucción por un Juez es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho, el cual, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del Juez de Instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo, bien inquisitivo formal o mixto, acercando la figura del Juez instructor más (p. 342) al papel de arbitro, conforme al modelo ideal anglosajón<sup>28</sup>; y

2º) La necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y por tanto como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez Instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento<sup>29</sup>.

De estas ideas se ha hecho eco la Jurisprudencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones instructorias y decisorias de los Jueces de Instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950<sup>30</sup>, cuyos textos americanos equivalentes son los arts. 7.5 y 8.1 de

---

<sup>26</sup> Véanse sobre sus competencias, fundamentalmente de conocimiento de recursos contra resoluciones del Juez de Instrucción, y su composición, STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B. Procédure Pénale. Op. Cit., pp. 450 a 458.

<sup>27</sup> Véase BRAUNSCHWEIG, A. La procédure pénale en droit français, cit., pp. 1092 a 1095.

<sup>28</sup> Expresamente dicho en el art. 1, núm. 60 de la 1. StVRG alemana citada: Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen aus dem durch uneingeschränkte Verfahrensherrschaft des Richter gekennzeichneten Inquisitionsprozess ("en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez"), v. Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens (1. StVRG), Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551, Sachgebiet 312, p. 38.

<sup>29</sup> Véase PETERS, K. Strafprozess. Ein Lehrbuch. Karlsruhe: C.F. Müller, 1952, pp. 353 a 355; y CHIAVARIO, M. la reforma del processo penale..., cit., pp. 83 y ss., especialmente preocupado por la intervención al mismo tiempo en la instrucción del nuevo proceso penal italiano por parte del Fiscal, de la Policía Judicial e incluso del propio Juez, con base en el art. 109 de la Constitución, y en los arts. 56 y ss., 326, 327, 330 y 347 y ss. del CPP. En las pp. 89 a 91 analiza particularmente este autor las diferencias entre las funciones del Fiscal y del Juez, con fundamento en la distinción entre "actio" y "iurisdictio",

<sup>30</sup> Véanse las SS TEDH en los casos SCHIESSER, de 4 de diciembre de 1979, FD 24° a 31° en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983. Madrid: Cortes

la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), de 1969<sup>31</sup>. Por su parte, el **Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento Penal** de 1992, conocido como "Reglas de Mallorca", apartado A), 2<sup>a</sup>, 1.-, se limita a proponer que "las funciones investigadora y de persecución estarán estrictamente separadas de la función juzgadora"<sup>32</sup>. Obsérvese que en ningún caso se ha dicho o propuesto que la instrucción judicial sea inconstitucional o contraria a esos Convenios internacionales, sino que quien instruya no juzgue.

Es verdad, particularmente en Alemania, que aunque hasta esta reforma existió un Juez instructor (*Untersuchungsrichter*), copiado de Francia y por tanto competente para desarrollar el procedimiento preliminar, en la práctica esta figura carecía de importancia, porque se siguió en toda Alemania el modelo en virtud del cual las funciones investigadoras eran realizadas por la Policía y por el Fiscal exclusivamente. Lo que hizo la reforma alemana de mediados de los años setenta fue pues, desde luego con ese apoyo dogmático indicado, legalizar la práctica<sup>33</sup>.

Pero tampoco es menos cierto que en la propia Alemania, y aun a pesar de esa realidad, el cambio de figura competente para desarrollar la instrucción penal hizo surgir dudas de inconstitucionalidad incluso antes de ser llevado a la norma, por entenderse que la propuesta nueva relación Ministerio Fiscal - Juez Investigador, que se introduciría definitivamente en 1974 como dijimos, podría violar la independencia judicial consagrada en el art. 97, ap. (1) de la **Grundgesetz** de 1949, por los condicionantes y el poder que significa para el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional Federal alemán despejó esas dudas ya antes de esa fecha<sup>34</sup>, (**p. 343**) habiéndose asumido sin ningún problema por la totalidad de la doctrina hoy, que, de hecho, considera mínimamente el tema, aunque en su momento sí hubo discusiones enconadas, fundamentalmente en torno a la disminución de garantías para el imputado y su abogado defensor que el cambio podía significar<sup>35</sup>.

---

Generales, 1981, pp. 597 y ss.; PIERSACK, de 1 de octubre de 1982, FD 27° a 33°, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de jurisprudencia 1959-1983, cit., pp. 869 y ss.; DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, FD 23° a 30Q, en Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987. Madrid: Cortes Generales, 1988, pp. 255 y ss.; y HUBER, de 23 de octubre de 1990, FD 37a a 43Q, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, 1994, NQ155, pp. 301 y ss. Sobre la posición del Fiscal, v. 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. En: Revista Poder Judicial, 1983, N° 9, pp 77 y ss

<sup>31</sup> Véase PIZA ROCAFORT, R.E. Mecanismos de protección de derechos humanos en Iberoamérica. En: Revista costarricense de Ciencias Jurídicas, 1988, N° 60, pp. 11 y ss.

<sup>32</sup> Dichas Reglas pueden consultarse en RUIZ VADIIXO, E. Estudios de Derecho Procesal Penal, Granada: Comares, 1995, pp. 105 y ss.

<sup>33</sup> Véase la argumentación que se desarrolla en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno, Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform..., cit., pp. 38 y 39.

<sup>34</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L. El proceso penal alemán... Op. cit., p. 74. Es interesante también consultar el Auto del BVerfG (Tribunal Constitucional Federal alemán) de 16 de abril de 1969, en la Revista alemana Neue Juristische Wochenschrift, 1969, p. 1106.

<sup>35</sup> Véanse, por citar la doctrina de la época más importante, SCHMIDT, Eb. Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1957, t. II, pp. 490 y 491; LÖWE / ROSENBERG. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Grosskommentar, 231 ed, Berlin - New York: Walter de Gruyter, 1976,1.1 "Einleitung" (por K. SCHÄFER), pp. 222 y 223; KLEINKNECHT, Th., Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 31a ed., München: C.H. Beck'sche, 1974, pp. 496 y ss.; PETERS, K., Strafprozess. Ein Lehrbuch 2e ed., Karlsruhe: C.F.Müller,1965, p.143; HANACK, E.W., Prozesshindernis des überlangen Strafverfahrens? Juristenzeitung, 1971, p. 707; LAMPE, J., Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG, Neue Juristische Wochenschrift 1975, p. 199; GOSSSEL,

En realidad, la opción no es nueva en el Derecho comparado, pues se toma como modelo en todo caso, directa o indirectamente, el de los países anglosajones (el llamado "proceso angloamericano"), en donde ambos motivos están presentes en mayor o menor medida.

En concreto, el proceso penal del Reino Unido (fundamentalmente **Inglaterra** y País de Gales, y también aunque con menos importancia comparativa Escocia e Irlanda del Norte), advirtiendo ante todo sobre las grandes diferencias conceptuales, sistemáticas y estructurales existentes con el Derecho continental, se basa en la consagración más pura del principio acusatorio. Es y sería inconcebible, pues, que la instrucción del proceso penal inglés la realizara un Juez e, incluso, como demuestra la Historia, que se creara la Fiscalía o una figura semejante. El proceso penal inglés, formado generalmente por reglas no escritas<sup>36</sup>, se divide en dos fases, una de persecución (*prosecution*, investigación diríamos nosotros, que se desarrolla en la fase preparatoria o encuesta preliminar *preliminary inquiry*), y otra de acusación (*arraignment*), en la vista oral o juicio. Pues bien, en este proceso, la investigación se deja en manos de la Policía, que si ve elementos suficientes para someter a juicio a una persona, lo solicita así al Juez formulando la imputación. Si la encuesta preliminar demuestra que hay elementos suficientes para formular una acusación, sin la que no existe proceso, ésta la puede realizar cualquiera, si bien en la práctica o es un abogado, o es la Policía, o es el llamado "Director de Persecuciones Públicas", todos en nombre de la Corona, no en nombre propio o representando a un particular o a una institución u órgano, nunca un Fiscal, porque ni existe ni es necesario que exista<sup>37</sup>.

Cuando la Europa continental contempla el modelo inglés, pues, y decide cambiar el órgano competente para desarrollar la instrucción, lo hace pensando en una parte muy importante en que dicho modelo sí es realmente acusatorio, y que mantener al Juez como órgano instructor es una manifestación inquisitiva.

Por lo que afecta a los **Estados Unidos de Norteamérica**, la influencia del Derecho inglés es evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente<sup>38</sup>. En USA la acusación del proceso penal está a cargo, no de una persona particular como en Inglaterra, sino de

---

K.H. Strafverfahrensrecht. Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz : Kohlhammer, 1977, pp. 43 y ss.; ROXIN, C. Strafverfahrensrecht, 15a ed., München: C.H. Beck'sche, 1979, p. 374. No se olvide, como destaca la doctrina citada, que la legislación alemana de reforma en esa época, es producto en parte importante de las prisas del legislador por contrarrestar procesalmente los perniciosos efectos sociales derivados de la existencia de la banda terrorista Baader-Meinhof.

<sup>36</sup> El Common Law, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los Jueces. No obstante, también existen leyes escritas (Statute Law, formado por Acts del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G. Der Geist des Englischen Rechts, München: Rausch, Heidelberg, 1946, pp. 31 y ss. (hay trad. española, de VELA, El espíritu del Derecho inglés, Madrid: Revista de Occidente, 1958).

<sup>37</sup> Véanse PASTOR LÓPEZ, M. El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales). En: Revista de Derecho Procesal, 1967, N° I, pp. 67 y ss., esp. 80,110 a 117, y misma revista y año, N° II, pp. 62 a 71; NESI, G. Accusa e difesa nel procedimento penale inglese. Milano: Giuffré, 1972, pp. 16 y ss.; y SCAPARONE, M. Common Law e processo penale. Milano: Giuffré, 1974, pp. 10 y ss.

<sup>38</sup> No se olvide que es un Estado Federal, regido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (Bill of Rights) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más el Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o Federal Statutes, una de las cuales, el llamado United States Code, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts, las Federal Rules of Appellate Procedure y las Federal Rules of Evidence), y el propio de cada Estado (State Statutes).

una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (*Assistant*) del *U.S. Attorney General*, dependiente del *Federal Department of Justice*, que tiene encomendado, dentro de los (p. 344) límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su distrito, en los procesos penales federales la función de perseguir (*prosecution*) el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría. La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el Fiscal, quien comunica al Juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (*preliminary hearing*), en la que normalmente el Fiscal, con base al material recogido por la Policía, debe convencer al Juez de la verosimilitud de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusando ya formalmente, o no<sup>39</sup>.

De la evolución jurídica producida en Norteamérica, el Derecho continental europeo saca en claro, además de confirmar el modelo basado en el principio acusatorio, que hace innecesaria por inquisitiva la figura del Juez instructor, que no hay reiteración de actuaciones procesales: Es la Policía quien investiga y proporciona sus materiales al Fiscal<sup>40</sup>, y éste decide iniciar el proceso penal o no en base a ellos, con el tamiz de la audiencia preliminar a efectos de solventar antes de la acusación formal cualquier impedimento, perjuicio o error. El Juez, con el Jurado, analiza esos materiales después y dicta la sentencia correspondiente.

### 3. SU INFLUENCIA EN AMÉRICA LATINA

Estas ideas han traspasado el Atlántico y están llegando a diversos países latinoamericanos, no curiosamente por influencia del poderoso vecino del norte, los Estados Unidos de Norteamérica, aunque con su apoyo económico importante para la reforma de la Justicia en esos Estados, sino a través de Europa y, principalmente del Derecho alemán. De todos ellos<sup>41</sup>, vamos a fijarnos en la Argentina y en Costa Rica, aunque podríamos citar también a Guatemala<sup>42</sup>, sin duda el más importante a nivel teórico-legal después de aquellos dos, a Bolivia, Chile, Perú<sup>43</sup>, Ecuador, Colombia, El Salvador<sup>44</sup> y Honduras<sup>45</sup>, bien (p. 345)

---

<sup>39</sup> Véanse WEIGEND, Th. Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A. En: JESCHECK/LEIBINGER, Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht, Baden-Baden: Nomos, 1979, pp. 587 y ss.; SCHMID, N. Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung. Heidelberg: C.F. Müller, 1986, pp. 36 y ss.; y FANCHOTTI, V. Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, s/f, pp. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I. El principio del proceso debido. Barcelona: J.M. Bosch, 1995, pp. 91 y 92.

<sup>40</sup> Gráficamente decía KERN, E. Gerichtsverfassungsrecht. München: C.H. Beck, 1965, p. 227, que el Fiscal es una Kopf ohne Hände ("cabeza sin manos"), de ahí que necesite la Policía.

<sup>41</sup> Información sobre las leyes de enjuiciamiento criminal latinoamericanas puede verse en RICO, J.M. / SALAS, L. (editores). legislación Penal Latinoamericana. Códigos Latinoamericanos de Procedimiento Penal. San José de Costa Rica: Centro para la Administración de Justicia, Florida International University de Miami (USA), 1991.

<sup>42</sup> Cuyo Código Procesal Penal, de 1993 (entrado en vigor en 1994), fue directamente inspirado por el gran jurista argentino Prof. Dr. Julio B.J. MAIER. Véase un comentario general en BARRIENTOS PELLECCER, C.R. Principios generales del proceso penal guatemalteco. En: Revista guatemalteca de Ciencias Penales Justicia Penal y Sociedad, 1993, N° 3-4, pp. 59 a 76; y, del mismo autor, Derecho Procesal Penal guatemalteco. Guatemala: Magna Terra, 1995, pp. 296 y ss. La instrucción a cargo del Fiscal se establece en sus arts. 309 y ss.

<sup>43</sup> El Código Procesal Penal peruano de 1991, entrado en vigor en 1994, aunque algunas de sus normas lo hicieron antes, prevé la investigación a cargo del Ministerio Fiscal (arts. 3, 58, 65, 91 y 374), apartándose del modelo tradicional de instrucción judicial regulado en el derogado Código

por haber incorporado esta reforma ya a sus ordenamientos procesales penales vigentes, bien por existir proyectos de reforma publicados en trámite de aprobación, que afectan fundamentalmente al Ministerio Público, figura a la que la doctrina concede una importancia menor en América Latina que en Europa<sup>46</sup>. Situación particular es, a estos efectos, la de México<sup>47</sup>, o la del Brasil<sup>48</sup>.

---

de Procedimientos Penales de 1940, véase CATAORA GONZALES, M.S. La instrucción y la investigación fiscal en el proceso peruano. En: Revista Peruana de Ciencias Penales, 1993, N° 2, pp. 307 y ss Hemos manejado la edición del Código Procesal Penal, a cargo del Dr. Gonzalo GÓMEZ MENDOZA, publicada por la editorial Rodhas, 2a edición, Lima, 1996. Por su parte, la Ley Orgánica del Ministerio Público peruano de 1981, anterior por tanto al nuevo Código Procesal Penal y en contradicción con el nuevo sistema implantado (ahora acusatorio y antes acusatorio formal o mixto), previó en su art. 9 actos investigatorios penales a cargo del Fiscal, pero en la etapa de investigación policial, estando la Policía orientada por aquél en cuanto a las pruebas que sean menester actuar. Hemos manejado la edición de V. Berrio B, Ed. Berrio, Lima s/f.

<sup>44</sup> Sobre este país, véase MARTÍN OSTOS, J. de los S. Justicia Penal en Centroamérica. Cádiz: Universidad, 1995, pp. 43 a 46, y 109 a 112.

<sup>45</sup> El Código de Procedimientos Penales de Honduras de 1990 prevé la instrucción judicial (art. 182). Existe un Proyecto de nuevo Código de Procedimientos Penales de 1996, que se está discutiendo actualmente en el Congreso Nacional de Honduras, en cuyo art. 87 se configura la competencia para la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, existiendo un Juez para la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales (art. 169). Por su parte, la Ley del Ministerio Público de Honduras de 1993, en su art. 1.2 atribuye la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal. Agradecemos a D. Rigoberto CUÉLLAR CRUZ, Fiscal de Tegucigalpa, la información y materiales facilitados al respecto.

<sup>46</sup> BÍNDER, A.M. Funciones y disfunciones del Ministerio Público Penal. En: Revista costarricense Ciencias Penales, 1994, N° 9, pp. 17 y 18, entiende que las causas por las que el Ministerio Público no tiene el desarrollo científico que le debería corresponder en América Latina son estas tres: a) Falta de estudios sobre esta figura por estar íntimamente ligada al funcionamiento global del Estado y a su "atmósfera" institucional; b) Pobre actuación institucional, ya que no es el responsable principal de las políticas de persecución o impunidad; y c) Es una institución que genera desconfianza. Véanse también CRUZ CASTRO, F. La función acusadora en el proceso penal moderno. San José: Ilanud, 1991; GARITA VÍLCHEZ, A.I., (Coord), El Ministerio Público en América latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno. San José: Ilanud, 1991, en donde se informa sobre la situación en Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala y Panamá; y, parcialmente, de la misma coordinadora, La defensa pública en América Latina desde la perspectiva del Derecho Procesal Penal moderno. San José: Ilanud, 1991, principalmente pp. 23 y ss.

<sup>47</sup> La peculiaridad federal mexicana, con un Código Federal de Procedimientos Penales, un Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1931, y 17 Códigos estatales de Procedimientos Penales, que regulan un proceso penal prácticamente escrito en su totalidad, hace que, aunque coexistan las figuras del Juez, que es al mismo tiempo instructor y sentenciador, y del Ministerio Público (v. arts. 21,73 y 102 de la Constitución de 1917), éste sea en la práctica quien se encargue de la investigación, v. GARCÍA RAMÍREZ, S. Derecho Procesal Penal 2» ed, México: Porrúa, 1977, pp. 123, 223 y 224, 335 a 340, 371 a 393, y 394 a 400.

<sup>48</sup> Cuyo "Código de Processo Penal" de 1941 prevé la instrucción a cargo del Juez, v. FABBRINI MIRABETE, J. Código de Processo Penal Interpretado. 3a ed., Sao Paulo: Atlas, 1995, pp. 62 y ss., y 128 y ss. Sobre las funciones del Ministerio Público brasileño, v. las pp. 301 y ss. de esa obra.

El caso de la **Argentina** requiere ante todo ser conscientes de la complicación de tener este gran país también un Código Procesal Penal de la Nación o federal, y 22 Códigos Procesales Penales de cada una de las Provincias en que se divide el Estado<sup>49</sup>.

El Código Procesal Penal de la Nación<sup>50</sup>, a pesar de su modernidad pues es de 1991<sup>51</sup>, no ha adoptado el cambio que supone otorgar la instrucción al Ministerio Fiscal y se ha mantenido dentro del sistema tradicional de hacer competente para ello sólo a un Juez.

La Constitución Federal argentina de 1853, reformada en 1994 últimamente, no tiene ninguna disposición al respecto, tan sólo se limita a consagrar la autonomía funcional y autarquía financiera del Ministerio Fiscal, estableciendo como función principal del mismo promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la Sociedad, en coordinación con las demás autoridades (art. 120).

El art. 194 del Código Procesal Penal de la Nación dispone que "el juez de instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial...", pero el art. 196 permite que el juez encomiende la instrucción al Ministerio Fiscal tratándose de delitos de acción pública, sin añadir ningún presupuesto más, por tanto parece que discrecionalmente<sup>52</sup>.

No todos los códigos provinciales siguen esta pauta, aunque continúan siendo una auténtica minoría. El más importante es el Código de Procedimientos Penales de la provincia de Córdoba de 1991, inspirador de los demás, y debido al Dr. José-Ignacio CAFFERATA ÑORES<sup>53</sup>. Así también, el (p. 346) nuevo Código Procesal Penal de la provincia de Tucumán de 1991<sup>54</sup>, consagra como una de sus principales novedades la investigación penal preparatoria a cargo del Fiscal de Instrucción (arts. 301, II, 328 y 329), con la excepción de existencia de obstáculos fundados en privilegios constitucionales (inmunidad parlamentaria), en cuyo caso es competencia del Juez Instructor (art. 340), y la adopción de actos restrictivos de derechos fundamentales que también son competencia exclusiva suya (art. 269)<sup>55</sup>; y el también nuevo Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires

---

<sup>49</sup> Agradecemos vivamente al Prof. Dr. D. Héctor-Carlos SUPERTI, Catedrático de la Universidad de Rosario, la valiosísima información que nos ha proporcionado sobre el Derecho Procesal Penal argentino.

<sup>50</sup> Debido al Dr. Ricardo LEVENE (hijo), a la sazón Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque sufrió numerosísimas modificaciones durante la tramitación parlamentaria, debido en parte a la confrontación entre este Proyecto (apoyado por el Gobierno peronista de MENEM) y el del Dr. Julio B.J. MAIER (apoyado por el Gobierno radical de ALFONSÍN). Uno de los temas más controvertidos fue precisamente el de la instrucción a cargo del Juez o del Fiscal, triunfando finalmente las tesis de LEVENE.

<sup>51</sup> Hemos manejado la edición contenida en el libro de LEVENE (hijo) /CASANOVAS/LEVENE (nieto) /HORTEL Código Procesal Penal de la Nación (Ley 23.984), comentado y concordado. 21 ed. Buenos Aires: Depalma, 1992. Puede verse un comentario general en GROPENGIESSER, H. El nuevo Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Revista colombiana Nuevo Foro Penal, 1992, N° 58, pp. 473 y ss.

<sup>52</sup> Esta híbrida disposición es el resultado de la confrontación de Proyectos explicada anteriormente, de manera que las reformas al Proyecto LEVENE (partidario de la instrucción judicial), se basaron en el Proyecto MAIER (partidario de la instrucción a cargo del Fiscal).

<sup>53</sup> Inspirado en el Proyecto MAIER, con quien trabajó. Sin embargo, no ha entrado en vigor todavía en el punto más conflictivo, a saber, el de la instrucción a cargo del Fiscal, aunque sí en lo demás, debido a la fuerte resistencia jurídica que ha encontrado, por lo que rige el de 1939.

<sup>54</sup> Hemos manejado la edición del Fondo de Cultura Jurídica, donada por la Dra. Angela LEDESMA, a quien agradecemos profundamente este detalle.

<sup>55</sup> El Código de Tucumán es el mismo texto que el Proyecto de Córdoba, sin alteración de la "vacatio legis", por lo que está en vigor la instrucción a cargo del Fiscal. Téngase en cuenta que la

de 1997<sup>56</sup>, que establece la competencia para la investigación penal preparatoria del Ministerio Público Fiscal en sus arts. 56 y 267, quedando reservada la tutela de los derechos constitucionales al Juez de Garantías (art. 23, en relación con los arts. 144 y ss.).

Estos son los únicos Códigos Procesales Penales argentinos vigentes en la actualidad que prevén la instrucción ordinaria del proceso penal a cargo del Ministerio Público. Otros Códigos, como el de Córdoba mismo, que, recuérdese, no ha entrado en vigor en este punto, o el de la provincia de Mendoza, prevén la instrucción del Fiscal de forma excepcional, sólo para los delitos para los que está contemplado (los allí llamados correccionales) y de simple investigación, a través del instituto denominado legalmente de "citación directa", o instrucción sumaria, de origen italiano<sup>57</sup>. Pero se sigue trabajando en la Argentina en la línea de analizar a fondo si es posible otorgar la instrucción al Ministerio Público<sup>58</sup>.

En **Costa Rica**, en donde ya está consagrada legalmente la investigación a cargo del Ministerio Fiscal, aunque todavía no entrada en vigor, puede ser útil distinguir tres períodos de tiempo en la evolución que ha llevado a esta conclusión:

1º) Por un lado, el Código de Procedimientos Penales de 1973<sup>59</sup>, que sustituyó al de 1910 tomando como modelo el Código de Procedimientos Penales argentino de la provincia de Córdoba<sup>60</sup>, dispuso en su art. 186, par. I que "el Juez de Instrucción deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su jurisdicción", permitiéndose una mínima actividad instructoria a cargo del Ministerio Público en caso de citación directa (art. 404), que era un proceso penal, allí catalogado de especial, para el enjuiciamiento de delitos menos graves o cometidos flagrantemente (art. 401)<sup>61</sup>.

---

provincia de Tucumán fue intervenida en 1991 por el Poder Ejecutivo Nacional a causa de un grave conflicto institucional interno.

<sup>56</sup> Agradecemos muy sinceramente la remisión de dicho texto legal al Prof. Dr. D. Pedro J. BERTOLINO, de Buenos Aires. Ahora se puede consultar ya más asequiblemente en Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Ley 11.922, Introducción de Pedro J. BERTOLINO. Buenos Aires: Depalma, 1997.

<sup>57</sup> Véase NÚÑEZ, R. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. 2a ed. Córdoba: Lerner, 1986, pp. 398 y ss.

<sup>58</sup> Por ejemplo, los trabajos que se están desarrollando en la actualidad para elaborar un Código de Procedimientos Penales en la Provincia de Santa Fe, más inclinado a mantener la instrucción judicial.

<sup>59</sup> Hemos manejado la edición concordada y anotada de ZÚÑIGA MORALES, Ulises. Investigaciones Jurídicas, San José, 1993.

<sup>60</sup> El Código costarricense de 1973 fue redactado por el jurista argentino Alfredo VELEZ MARICONDE, el autor del Código de Córdoba de 1939 y del Código de la misma provincia argentina de 1970. con colaboración de v. SOLER, Sebastián y LLOBET RODRÍGUEZ, J. La reforma procesal penal Un análisis comparativo latinoamericano-alemán. San José: Escuela Judicial, 1993. p. 13. El Código argentino de Córdoba se inspiró a su vez en los Códigos procesales penales italianos de 1913 y 1930 (el llamado Código ROCCO, antes mencionado, obra de MANZINI). Véase MAIER, J.B.J. La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. Revista Judicial de Costa Rica, 1989. N° 47, p. 101.

<sup>61</sup> Véanse el comentario general sobre este proceso de MAIER, J.B.J. La reforma del procedimiento penal., cit., pp. 102 y 103; y las notas de GONZÁLEZ ÁLVAREZ / MORA MORA / HOUED VEGA. Perspectivas de reformas al Código de Procedimientos penales. En: Revista Judicial de Costa Rica, 1989, N° 47, p. 48.

La doctrina que comentó estos preceptos se planteó lógicamente la conveniencia o no de que instruyera el Fiscal, dando una serie de argumentos en favor de sus tesis y criticando las contrarias<sup>62</sup>.

**2º) (p. 347)** En un período de tiempo que podríamos denominar intermedio, el de reforma, se elaboró un proyecto de nuevo Código Procesal Penal de 1994<sup>63</sup>, inspirado en el Derecho europeo, en el Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica de 1988<sup>64</sup> y en el nuevo

---

<sup>62</sup> Véase LLOBET RODRÍGUEZ, J. Código de Procedimientos Penales anotado y comentado. 2a ed. San José: Juricentro, 1991, pp. 210 y 492. Agradecemos profundamente a este autor la valiosa información proporcionada sobre la situación jurídica en Costa Rica, antes de impartir allí un curso de postgrado en noviembre de 1994, así como por el inestimable material bibliográfico proporcionado, que de tanta utilidad nos ha sido para las referencias a este bellissimo país.

<sup>63</sup> Debido al Magistrado Dr. Fernando CRUZ CASTRO, quien con base en las discusiones dirigidas por este autor, y por los Dres. Luis Paulino MORA MORA y Daniel GONZÁLEZ ÁLVAREZ, procedió a una reelaboración de cara a su conversión definitiva en proyecto de ley gubernamental.

<sup>64</sup> Elaborado por BERNAL, DE LA RÚA, PELLEGRINI y MAIER. Hemos manejado la edición de Buenos Aires: Hammurabi, 1989. Su art. 68, Il encomienda directamente al Fiscal la competencia para dirigir la instrucción (procedimiento preparatorio). El art. 69 regula la objetividad del Ministerio Público en los siguientes términos: "En el ejercicio de su función, el ministerio público adecuará sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley penal. Deberá formular los requerimientos e instancias conforme a este criterio, aun en favor del imputado".

Y el art. 250 establece el objeto de la investigación literalmente de esta manera: "En procura de la verdad, el ministerio público deberá practicar todas las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho, con todas las circunstancias de importancia para la ley penal, y los partícipes en él, procurando su identificación y el conocimiento de las circunstancias personales que sirvan para valorar su responsabilidad o influyan en su punibilidad, verificando también el daño causado por el delito, aun cuando no se haya ejercido la acción civil".

Los autores del Código modelo justifican en la exposición de motivos del mismo el cambio de la clásica instrucción a cargo de un Juez, por el de instrucción en manos del Fiscal, con las siguientes palabras: "Toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiada al ministerio público, que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo los jueces instructores. Con ello se pretende acentuar la forma acusatoria del procedimiento penal -en combinación con otras reglas específicas posteriores-, por una parte, y, por otra, simplificar y dinamizar la tarea de investigación, hoy encerrada en formalidades que no cumplen ninguna función -ni siquiera protectora de la seguridad individual- y que restan eficacia tanto a la averiguación de la verdad, cuanto a una decisión rápida acerca de la promoción del juicio o del sobreseimiento (absolución anticipada), incluso en beneficio del imputado... No es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor... Precisamente porque es necesario rescatar el espíritu republicano inicial, es que muchas legislaciones dividieron las funciones judiciales del Estado, aun durante la instrucción preliminar (y no sólo en el juicio), otorgando a un órgano estatal, el ministerio público, la investigación y el poder requirente, y a otro distinto, los jueces, el poder de controlar los límites del ejercicio de ese poder y, consecuentemente, el poder de decisión" (pp. 21, 22 y 23 de la edición citada).

Sobre la instrucción penal en Latinoamérica, v. PELLEGRINI GRINOVER, A. La instrucción procesal penal. En "XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. La Plata (Argentina), 24 al 27 de abril de 1994", Ed. Universidad Nacional de La Plata, pp. 301 y ss. Téngase en cuenta, según afirmó la propia autora en el citado Congreso, que en esa publicación no están recogidas las correcciones realizadas por los ponentes nacionales al borrador de su informe, lo que afecta particularmente al caso español y al argentino. La Profra. Pellegrini se comprometió a publicar el

Código Procesal Penal de Guatemala citado, que se apartó radicalmente de la orientación tradicional costarricense, optando indubitadamente por la instrucción de las causas penales competencia del Ministerio Público en su art. 72, si bien las medidas restrictivas de derechos fundamentales sólo podrán ser adoptadas judicialmente (art. 240)<sup>65</sup>. Sus autores eran plenamente conscientes en ese tiempo de la necesidad de aprobar además paralelamente una Ley Orgánica del Ministerio Fiscal, inexistente en ese momento en Costa Rica, pero hoy ya aprobada<sup>66</sup>, completándolo quizás con otras medidas<sup>67</sup>.

3º) Finalmente, con fecha 28 de marzo de 1996, la Asamblea Legislativa costarricense aprobó el nuevo Código Procesal Penal, que entrará en vigor el primer día del año 1998. Este Código, recogiendo la propuesta de reforma, atribuye al Ministerio Fiscal la competencia para lo que se denomina allí "investigación fiscal preparatoria", que debe practicar con objetividad (arts. 63, 180, 289, 290 y **(p. 348)** 291CPP), quedando la competencia para adoptar medidas restrictivas de derechos constitucionales en manos del Juez, entre otras posibles actuaciones (por ejemplo, la prisión provisional, art. 238)<sup>68</sup>.

El precepto clave de los citados es el art. 290, I, en virtud del cual "el Ministerio Público practicará las diligencias y actuaciones de la investigación preparatoria que no requieran autorización judicial ni tengan contenido jurisdiccional".

La razón fundamental del cambio se sostiene en que la investigación a cargo del proceso es mucho más imparcial, objetiva y justa para lo verdaderamente importante, el juicio oral, si la realiza el Ministerio Fiscal, que de ir el proceso penal normalmente, se convertirá luego en parte acusadora, que si la continúa llevando el Juez<sup>69</sup>. Esta paradoja de que investigue

---

informe completo con posterioridad, pero no nos ha llegado todavía en el momento de cerrar este artículo.

<sup>65</sup> Su autor ya había expuesto antes estas ideas en CRUZ CASTRO, F. La función acusadora en el proceso penal moderno. San José: Ilanud, 1991, pp. 52 a 54; y las ha concretado, además de en el Proyecto citado, en CRUZ CASTRO, F. Principios fundamentales para la reforma de un sistema procesal mixto. El caso de Costa Rica. Revista costarricense de Ciencias Penales 1994, N° 8, pp. 46 a 48.

<sup>66</sup> De 25 de octubre de 1994, que lógicamente deberá ser reformada para adaptarla al nuevo Código Procesal penal costarricense, al que nos referiremos en el texto de inmediato. Téngase en cuenta además que en Costa Rica el Ministerio Público está adscrito al Poder Judicial, no siendo por tanto un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, y que el Poder Judicial, dato muy importante para observar las posibilidades reales de actuación, dispone de acuerdo con el art. 177, II de la Constitución de 1949, de al menos un 6% del presupuesto de la República.

<sup>67</sup> En Costa Rica el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal, con pocas excepciones (art. 5 del Código de 1973, art. 19 del Proyecto CRUZ, y art. 16,1 del Código de 1996), teniendo reconocidas medidas alternativas a la persecución penal (arts. 22 y ss. del Código que entrará en vigor en 1998, con base en los arts. 20 y ss. del Proyecto CRUZ), si bien no es autoridad principal de la ejecución penal (art. 500 del Código de 1973 vigente, art. 482 del Proyecto CRUZ, y art. 453 del Código de 1996). Véase sobre estas cuestiones, en el estado legislativo anterior al que entrará en vigor en poco tiempo, GONZÁLEZ ÁLVAREZ, D., El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal Revista costarricense Ciencias Penales, 1993, N° 7, pp. 63 a 69.

<sup>68</sup> Véanse los comentarios sobre el Ministerio Fiscal publicados en la obra colectiva, editada por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Reflexiones sobre el nuevo proceso penal San José de Costa Rica: Imprenta Mundo Gráfico, 1996, cuyos autores principales son: MORA MORA, L.P. Los principios fundamentales que informan el Código, pp. 3 y ss; TIJERINO PACHECO, J.M. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, pp. 88 y ss. ; CRUZ CASTRO, F. El Ministerio Público en el nuevo Código, pp. 251 y ss.; y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, D. El procedimiento preparatorio, pp. 547 y ss.

<sup>69</sup> Que en América esta opinión sea defendida por Magistrados, y que se rodee de un velo pretendidamente dogmático, hace pensar más bien si no se está ante el típico caso de deslumbramiento por lo extranjero, que impide ver por la extraordinaria fuerza de su brillo si la

quien va a ser parte y su insalvabilidad será convenientemente analizada más adelante, a nivel por supuesto totalmente general.

#### **4. EL MINISTERIO FISCAL COMO ÓRGANO INSTRUCTOR; CUESTIONES ORGANIZATIVAS.**

El tema ha llegado hace tiempo a España<sup>70</sup>, adquiriendo enseguida tintes polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente estrictamente jurídica esta delicada cuestión. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Sobre esta cuestión, importante, volveremos luego. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a quien defiende una posición u otra, siendo así que la Justicia es una cuestión de Estado y no de partido. Nuestras palabras, muy al contrario, pretenden fundar rigurosamente una postura jurídica, fuera de todo contexto no jurídico, con la única meta de contribuir a una Justicia mejor y más eficaz.

En este sentido, no vamos a considerar la situación legal vigente. En España instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, y 14-2S de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882), salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal<sup>71</sup>, función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso "diligencias previas" (arts. 785 bis y 789.1 y 3 LECRIM)<sup>72</sup>. Claro es que el Ministerio Fiscal, con

---

institución a copiar se adecua a las tradiciones propias y su éxito práctico en el país importador. Véase un buen ejemplo de ello en las palabras de CRUZ CASTRO, F., en la obra citada en nota anterior, pp. 253 y 254.

<sup>70</sup> Véase FAIRÉN GUILLEN, V. La reorganización del Ministerio Fiscal español. En: *Temas del Ordenamiento Procesal*. Madrid: Tecnos, 1969, 1.1, p. 516 y 517. Hemos tratado estas cuestiones también en GÓMEZ COLOMER, J.L. El Fiscal instructor, *Revista Justicia* 1996, Nº 2, pp. 259 y ss.; y del mismo autor, *Experiencias de Derecho Comparado sobre la instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal*. En *La reforma de la Justicia Penal*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Klaus Tiedemann, con ocasión de su nombramiento como Doctor Honoris Causa de la Universitat Jaume I de Castellón". Castellón: Universidad, 1997, en prensa.

<sup>71</sup> El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previo inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988, pp. 17 y 18.

<sup>72</sup> Véanse: ORTELLS RAMOS, M. Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral). En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. El procedimiento abreviado. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 111 y ss.; del mismo autor: El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales, En: *Revista Justicia*, 1989, Nº III, pp. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II, Proceso Penal, y ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989, pp. 243 y ss.; CONDE-PIMPIDO FERREIRO, C. la investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal. En: *El Poder Judicial en Europa*. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1989, t. II, pp. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E. El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/ 1988, de 28 de diciembre). 2a ed.

anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos (p. 349) y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el art. 5, particularmente el par. II, de su Estatuto Orgánico de 1981, si bien de carácter tímido<sup>73</sup>. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores<sup>74</sup>, de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión<sup>75</sup>.

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3-4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ y de la LECRIM de 1988 (arts. 781 a 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1987<sup>76</sup>, la primera que toca el tema, 1988<sup>77</sup>, 1989<sup>78</sup>, 1990<sup>79</sup>, 1991<sup>80</sup>, 1992<sup>81</sup>, 1993<sup>82</sup>, y 1994<sup>83</sup>. La Memoria de 1995 no dice nada al respecto<sup>84</sup>. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la S TC 145/1988, de 12 de julio, que

---

Colex, pp. 99 y ss; FERNÁNDEZ BERMEJO, M. El Fiscal en el proceso abreviado de la ley Orgánica 7/1988. En: Cuadernos de Derecho Judicial El procedimiento abreviado, cit., pp. 237 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, A. M. las diligencias del Fiscal investigador. En: Revista Actualidad Penal, 1993, t I, Nº 15, de 12-18 de abril; LORCA NAV ARRETE, A. M. La instrucción preliminar en el proceso penal: La actividad de la Policía Judicial Revista La Ley, 1984. t III, pp 970 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS/VEGAS TORRES/ ZARZALEJOS NIETO/ GONZÁLEZ GARCÍA/ ARAGONESES MARTÍNEZ. Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal. La Ley: Madrid, 1989, pp 159 y ss.; y VIVES ANTÓN, T.S. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, vol. II. La reforma del proceso penal Valencia: Tirant lo Blanch. 1992, pp. 167 y ss.

<sup>73</sup> Véase MARCHENA GÓMEZ, M. El Ministerio Fiscal Su pasado y su futuro. Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 179.

<sup>74</sup> Art. 15.1-2a de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la STC 60/1995, de 17 de marzo.

<sup>75</sup> Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje 1995, cuaderno 3, pp. 480 a 483, y 488 y 489.

<sup>76</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1988, p. 15.

<sup>77</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1989, pp. 20 y 21.

<sup>78</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1990, p. 17.

<sup>79</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1991, pp. 18 a 20.

<sup>80</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1992, p. 17.

<sup>81</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1993, pp. 25 a 27.

<sup>82</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1994, pp. 19 y 20, si bien sin mencionar explícitamente la cuestión.

<sup>83</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1995, p. 32, en donde ya matiza el Fiscal General que "el grado de entusiasmo ante tal perspectiva parece variable en el seno de la Carrera Fiscal", dando una serie de razones justificativas de esa opinión a continuación.

<sup>84</sup> Puede ser que la causa sea el cambio político operado en el Gobierno del Estado, habiendo entregado el testigo el Partido Socialista Obrero Español al Partido Popular, pero todavía no hay constancia oficial de las opiniones del nuevo Fiscal General del Estado sobre la competencia para instruir a cargo del Fiscal. Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1996, pp. XIX a XXVII.

declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado<sup>85</sup>.

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes Orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V LECRIM, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español<sup>86</sup>.

Expuestos sucintamente el Derecho vigente español, y los intentos de reforma atinentes, nos vamos a detener, sin embargo, en la exposición **(p. 350)** dogmática, por tanto, contemplando la reforma, mejora, o incluso cambio por otro, de un sistema de enjuiciamiento criminal, tanto de los argumentos que harían factible la modificación de la autoridad instructora penal, como la de los que la desaconsejarían, dando nuestra opinión relativa a España en 1997 al final.

Vista la situación del Derecho comparado que más nos puede influir, anteriormente recogida, es insoslayable para un procesalista preguntarse si es conveniente que deje el Juez Instructor la competencia para la formación de las causas penales en fase de procedimiento preliminar, cediéndola en favor del Ministerio Fiscal, o al contrario, que siga la situación institucionalmente como está. Opiniones para una u otra decisión no faltan.

**1º) Argumentos a favor de que instruya el Juez.** Defender en España la situación actual es menos problemático que proponer el cambio, porque el planteamiento correcto del tema exige considerar primero qué naturaleza tiene el Ministerio Fiscal, y después cuál es la naturaleza de la fase de instrucción del proceso penal español, y en ello se puede decir que hay opiniones doctrinales mayoritarias.

La afirmación de facilidad se basa, con relación a la primera cuestión, en que es dominante la tesis en España que considera que el Ministerio Fiscal no es una institución insertada en el Poder Judicial, sino que es un órgano que depende del Ejecutivo, pues falta el requisito de la independencia (arts. 24 a 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre), la Constitución española de 1978 no lo prevé como una de las excepciones al principio de la unidad jurisdiccional (art. 117.5), y la Constitución española de 1978 no le atribuye en ningún precepto la potestad jurisdiccional. Al contrario, el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 29.1 EOMF), el Gobierno puede pedir al Fiscal General del Estado que promueva ciertas actuaciones en defensa del interés público ante los órganos jurisdiccionales, quien puede desvincularse oída la Junta de Fiscales de Sala (art. 8 EOMF), cuyos componentes han sido nombrados por el Gobierno a propuesta suya (art. 36 EOMF), y todos los Fiscales-Jefe de los respectivos órganos pueden ser libremente removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado (art. 41 EOMF)<sup>87</sup>. Claro es que con estas citas y razones no se

---

<sup>85</sup> Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid 1989, pp. 395 y ss., esp. pp. 430 y 431.

<sup>86</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Madrid: Civitas, 1996, pp. 145 a 147.

<sup>87</sup> Curiosamente, el último Fiscal General del Estado nombrado por el Partido Socialista Obrero Español, el Magistrado D. Carlos GRANADOS PÉREZ, niega esta dependencia y afirma textualmente y con rotundidad que "tras la Constitución el Gobierno no ordena la actuación del Ministerio Fiscal y éste no tiene obligación de obediencia o sumisión respecto a aquél". Véase la

quiere decir que la actuación del Ministerio Fiscal haga peligrar los principios de legalidad e imparcialidad, sino que el Gobierno controla al Ministerio Fiscal<sup>88</sup>.

Menos pacífico es el tema de la naturaleza del sumario o de las diligencias previas del proceso penal español. Parece que está más extendida la opinión de que tiene naturaleza jurisdiccional atendidos los fines consagrados en el art. 299 LECRIM, puesto que son ejercicio de potestad jurisdiccional las siguientes resoluciones que se adoptan en la fase de instrucción: Medidas cautelares, restricciones de derechos sin carácter cautelar generalmente instrumentales respecto a la obtención y examen de fuentes de prueba (v.gr., entrada y registro), admisión de la acusación (querrela, procesamiento, sobreseimiento), y práctica anticipada de la prueba. Pero eso no quiere decir que todas las actuaciones que se practiquen en el sumario tengan naturaleza jurisdiccional, pues no lo son las actividades dirigidas a averiguar contra qué persona se puede formular la acusación, de qué hechos se le puede acusar o de qué fuentes de prueba se dispone para fundamentar la acusación, claro es que después tendrán que ser valorados por la autoridad judicial, con lo cual en el fondo puede mantenerse que también estamos ante ejercicio de la potestad jurisdiccional<sup>89</sup>.

**(p. 351)** Si ello es así, dicho con carácter muy general antes de entrar a considerar los argumentos en particular, atribuir la instrucción al Fiscal podría pensarse que es inconstitucional, porque constitucionalmente no es el órgano que tiene la potestad jurisdiccional. Esta consecuencia no es sin embargo, como veremos, tan lógica como parece deductivamente.

Expuesto lo anterior, las opiniones favorables a que instruya un Juez, es decir, a mantener las cosas como están actualmente en España, son las siguientes<sup>90</sup>:

**a)** La instrucción es oficio de Juez, no de parte, y encomendársela al Fiscal es un contrasentido y una incoherencia, además de un error, porque en el proceso penal la instrucción no se agota en la búsqueda de las pruebas, sino que se extiende también a su valoración, "lo cual postula en el instructor la imparcialidad del Juez, no la parcialidad de la parte"<sup>91</sup>. Detener al imputado, ordenar su ingreso en prisión o puesta en libertad, practicar anticipadamente la prueba, etc., son manifestaciones típicas de ejercicio de la potestad jurisdiccional. Otorgar facultades instructorias al Ministerio Fiscal significaría una quiebra del principio *ne eat iudex ex officio*, porque el Fiscal se convertiría así al mismo tiempo en juez y parte<sup>92</sup>.

---

Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 1995, Madrid, 1996, pág. XXIV. Desde luego, este Fiscal General del Estado ha intentado cumplir con esa afirmación durante su mandato, y hay pruebas de ello que, por no ser de interés en este trabajo, no citamos, pero precisamente desde la Constitución hay muchísimas más pruebas de lo contrario.

<sup>88</sup> Véanse sobre estas cuestiones ORTELLS RAMOS, M., Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal' Límites constitucionales y valoración político-jurídica. Revista de Derecho Procesal, 1990, Nº 2, pp. 230 a 233; y DE LA OLIVA SANTOS, A., El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal. Revista Tribunales de Justicia, 1997, Nº 1, pp. 10 a 15.

<sup>89</sup> Véase también sobre los temas planteados en el texto ORTELLS RAMOS, M., Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal..., cit., pp. 233 a 236.

<sup>90</sup> El último resumen de este tema puede verse en SANCHIS CRESPO, C. El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal. Granada: Comares, 1995, pp. 48 a 54.

<sup>91</sup> La frase entrecomillada y las contundentes opiniones anteriores manifestadas en el texto son de CARNELLUTTI, F. Poner en supuesto al Ministerio Público. En: Cuestiones sobre el proceso penal (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires: EJE, 1961, pp. 216 y 217.

<sup>92</sup> Esta es la base de la argumentación de DE LA OLIVA SANTOS, A. Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal Barcelona: PPU, 1988, pp. 70 y 71.

**b)** La fase de investigación no sólo entraña actos de investigación, sino también enjuiciamientos jurídicos, como la inadmisión de la querrela, o la imposición de medidas cautelares, absolutamente entrelazados entre sí, por lo que su escisión sería perturbadora para los fines del proceso penal, con lo que debe seguir en manos del Juez<sup>93</sup>.

**c)** La dependencia del Ministerio Fiscal respecto al Poder Ejecutivo, antes mencionada, sería peligrosísima para la investigación objetiva e imparcial<sup>94</sup>.

**d)** El art. 117 de la Constitución española de 1978 atribuye en exclusiva a los Jueces la función jurisdiccional, por lo que la instrucción a cargo del Fiscal sería en España inconstitucional<sup>95</sup>.

**e)** Trasladar la competencia para la instrucción al Fiscal conllevaría no pocos inconvenientes prácticos, por lo que es mejor dejarla como está, en manos del Juez: De facto instruiría la Policía Judicial, habría disminución de garantías para el imputado, a pesar de todo sería necesario un Juez, en España tenemos pocos fiscales, existen muchas carencias funcionales<sup>96</sup>, hay peligro de impunidad para personas "gubernamentales", etc, argumentos que han sido puestos de manifiesto por los propios jueces y fiscales<sup>97</sup>, y por la doctrina<sup>98</sup>, todos ellos absolutamente reales, que nada tienen que ver con desconfianza hacia el Fiscal u opiniones subjetivas parecidas, utilizados con diferente finalidad por determinados autores, fundamentalmente prácticos<sup>99</sup>.

**2º) Argumentos a favor de que instruya el Fiscal.** Optar a favor del cambio, es decir, ser **(p. 352)** partidario de que instruya el proceso penal el Ministerio Fiscal, es una postura atractiva desde hace unos años por diferentes razones, atendidos los países europeos en que se ha instaurado la reforma, y sobre todo los países latinoamericanos. Las razones del cambio de titular de la instrucción del proceso penal pueden girar en torno a las siguientes cuestiones:

**1ª)** Por prever el Derecho Procesal del país afectado un proceso inquisitivo, escrito, en el que instruye y falla el mismo Juez, con lo cual se daría el primer argumento anteriormente anunciado, de carácter dogmático, de justificación de un modelo acusatorio.

**2ª)** Sin duda es una reforma tentadora cuando el país ha pasado de un régimen dictatorial, en el que han colaborado probadamente los jueces, a un régimen democrático.

---

<sup>93</sup> En Costa Rica, se adhiere a la opinión de CARNELUTTI, con frases similares a las recogidas en el texto, ILOBET RODRÍGUEZ, J. Código de Procedimientos Penales... Op. cit, p. 488.

<sup>94</sup> Véase la argumentación en FAERÉN GUILLEN, V. El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988. En: Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional. Madrid: Edersa, 1992, t. III, La reforma procesal penal, pp. 149 a 187; también publicado en la Revista Tapia 1989, Nº de enero-febrero, y de marzo-abril.

<sup>95</sup> ORTELLS RAMOS, M. Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal... Op. cit., pp. 236 y 237.

<sup>96</sup> Véase VÁZQUEZ SOTELO, J.L. Crisis de la justicia y reforma del proceso penal. En: Crisis de la Justicia y Reformas Procesales. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Madrid: Ed. Ministerio de Justicia, 1988, pp. 376 a 379.

<sup>97</sup> Véase, por ejemplo, PORTERO GARCÍA/REIG REIG/MARCHENA GÓMEZ, Comentarios a la reforma procesal penal de la Ley Orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado). Bilbao: Ed. Librería Jurídica, 1989, pp. 48 y 49.

<sup>98</sup> Véase ORTELLS RAMOS, M. Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal.. Op cit., pp. 257 y 258.

<sup>99</sup> Véanse ANDRÉS IBÁÑEZ, P. El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso. En: ANDRÉS IBÁÑEZ, P. /CONDE- PUMPIDO TOURON, C./FERNÁNDEZ ENTRALGO, J./PÉREZ MARINO, V./VARELA CASTRO, L. La reforma del proceso penal. Madrid: Ed. Tecnos, 1990, pp. 102 a 113; y LANZAROTE MARTÍNEZ, P.A. Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal. En: Revista de Derecho Procesal, 1994, núm. 2, p. 256.

**3ª)** También es más fácil cuando, siendo el proceso penal acusatorio, mixto o no, la Justicia no funciona, pues la instrucción a cargo del Fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado las practicadas por el Fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del Juez, como vimos ya al principio de este escrito.

**4ª)** Finalmente, es asimismo fácil de admitir cuando el propio Ministerio Público no depende del Poder Ejecutivo, o cuando el Ministerio Fiscal no tiene la consideración de parte formal en el proceso penal, pues entonces está obligado a la Verdad y Justicia<sup>100</sup>.

La fundamentación de esta opción se basa naturalmente en argumentos científicos, que giran en torno a la profunda crisis, se dice, en que se encuentra inmersa en estos momentos la clásica figura del Juez de Instrucción<sup>101</sup>:

**a)** El sumario tiene naturaleza administrativa, luego el órgano competente para formarlo ha de ser administrativo y no judicial<sup>102</sup>. En otras palabras, existe una profunda contradicción entre el significado conceptual de la palabra "Juez" y sus funciones, porque instruyendo no juzga, y porque, sobre todo, queda encuadrado dentro de un estatuto orgánico y dentro de un Poder del Estado, el Judicial, que no le corresponde, ya que no siendo juicio la instrucción, la investigación de un crimen es actividad administrativa y no judicial, en el sentido referido a justicia<sup>103</sup>.

**b)** El Juez debe limitarse a ejercer la función jurisdiccional, es decir, a juzgar, no a instruir, y eso solamente se produce en el juicio oral de acuerdo con la Constitución<sup>104</sup>. Durante el sumario (o diligencias previas) no se ha ejercido todavía la acción penal, por lo que la relación procesal no está todavía constituida<sup>105</sup>.

---

<sup>100</sup> Véanse este último argumento clave en la reforma alemana, de gran importancia dogmática, en ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*, (23a ed.), cit., pp. 48 a 51. También se ha dicho de acuerdo con el sistema alemán que el Fiscal es die objektivistische Behörde der Welt ("la autoridad más objetiva del mundo"), v. WOLF, M., *Gerichtsverfassungsrecht alter Verfahrenszweige*, 6e ed., München: Ed. C.H. Beck, 1987, p. 295. Sobre la organización de la Fiscalía en Alemania, v. los §§ 141 y ss. VVG, en GÓMEZ COLOMER, J.L. *El proceso penal alemán...*, cit., pp 480yss.

<sup>101</sup> Véanse GIMENO SENDRA, J. V., en MORENO CATENA/ALMAGRO NOSETTE/CORTES DOMÍNGUEZ/GIMENO SENDRA. *El nuevo proceso penal Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1989, p. 94; y VIVES ANTÓN, T. S. *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit., vol. II, p. 113.

<sup>102</sup> Véanse SERRA DOMÍNGUEZ, M. *El Ministerio Fiscal En Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1979, pp. 644y645; del mismo autor, *La instrucción de los procesos penal y civil El sumario*. En: *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Ed. Ariel, 1969, pp. 723 y 724. A esta opinión se adhiere en Costa Rica CRUZ CASTRO, F. *La Junción acusadora...*, cit., p. 54. Sobre la naturaleza jurídica del sumario y la posición del Fiscal, v. PASTOR LÓPEZ, M. Ed. *El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas Junciones de la instrucción criminal* Valencia: Universidad, 1979, pp 59 a 72, y 152 a 155.

<sup>103</sup> Véase VIVES ANTÓN, T.S. *Comentarios a la Ley de Medidas...*, cit, vol. II, p. 117.

<sup>104</sup> Véanse VIVES ANTÓN, T.S., *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*. En: *Revista Poder Judicial*, N° especial II. pp. 101 y 102; y RUIZ VADILLO, E. *La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*. En: *Revista Poder Judicial*, N° especial II. pp. 84 a 87.

<sup>105</sup> Se adhiere a esta opinión en Costa Rica GONZÁLEZ ALVAREZ, D. *La obligatoriedad de la acción en el proceso penal costarricense. Notas sobre la función requirente del Ministerio Público*. San José: Ed. IJSA.1992, pp. 50 a 53.

c) El Ministerio Fiscal instructor agilizaría la Justicia, argumento defendido por todas las Memorias de la Fiscalía General del Estado, anteriormente citadas<sup>106</sup>, y presente en el Derecho (p. 353) comparado visto en páginas precedentes, puesto que de entrada se evitaría la duplicación o reiteración de actuaciones procesales, unas practicadas por el Juez Instructor, y las mismas por el Fiscal, comentada *supra*.

d) La instrucción por parte del Juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. Pero esta segunda opinión procedente del Derecho comparado, también aludida anteriormente, basada en el principio acusatorio<sup>107</sup> nos parece más endeble, pues al menos

---

<sup>106</sup> Véase también CALVO SÁNCHEZ, M.C. La fase de investigación en el nuevo proceso penal abreviado regulado por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. En: Revista La Ley, 1990, t. II, pp. 1085 y ss.

<sup>107</sup> Con carácter general y en cuanto a la doctrina procesal española, véanse ARMENTA DEU, T. Principio acusatorio y Derecho Penal. Barcelona: Ed. J.M. Bosch e Instituto de Criminología, 1994, pp. 39 y ss.; ASENSIO MELLADO, J.M. Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal Madrid: Trivium, 1991, pp 14 y ss.; ídem, Principio acusatorio: Realidad y utilización (lo que es y lo que no es). En: Revista de Derecho Procesal, 1996, vol. 2, pp. 265 y ss, DE DIEGO DIEZ, L.A. El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal En: Revista PoderJudicial, 1987, Nº 8, pp. 9 y ss.; ídem. El derecho a ja tutela judicial efectiva en la sentencia penal Los principios acusatorio y de contradicción. En: Revista Justicia 88, vol. I, pp. 103 y ss.; DE LA OLIVA SANTOS, A., Disponibilidad del objeto, conformidad del imputado y vinculación del Tribunal a las pretensiones en el proceso penal. En: Revista General del Derecho, 1992, pp. 9853 y ss.; DE VEGA RUIZ, J.A. Proceso penal y derechos fundamentales desde la perspectiva jurisprudencial. Madrid: Ed. Colex, 1994, pp. 131 y ss.; DELGADO MARTÍN, J. Principio acusatorio y juicio de faltas. En: Revista Actualidad Penal, 1995, vol. I, apartado VI; DÍAZ CABIALE, J.A. Principios de aportación de parte y acusatorio: La imparcialidad del Juez. Granada: Ed. Comares, 1996, pp. 191 y ss.; MARTÍNEZ ARBETA, A. La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio. Granada: Ed. Comares, 1994, pp. 24 y ss.; ídem, Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica. Un Cuadernos de Derecho Judicial Los principios del proceso penal Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1992, pp. 51 y ss.; ORTELLS RAMOS, M. Correlación entre acusación y sentencia: Antiguas y nuevas orientaciones jurisprudenciales. En Revista /Justicia 91, pp 529 y ss.; ídem, Principio acusatorio, poderes oficiales del Juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia. En: Revista/ Justicia, 91, pp 775 y ss; ROMERO COLOMA, PÍM. Alcance de los principios del proceso penal español a la luz del ordenamiento constitucional. En: Revista Actualidad Penal 1995, vol. I, apartado XXI; RUIZ VADILLO, E. Algunas desviaciones del sistema acusatorio y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Revista General del Derecho, 1957, Nº 150, pp. 207 y ss.; ídem, Algunas breves consideraciones sobre el sistema acusatorio y la interdicción constitucional de toda indefensión en el proceso penal En: Revista La Ley 1987, Nº 4, pp. 873 y ss.; ídem, El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. En: Actualidad Editorial, Madrid 1994, pp. 139 y ss.; ídem. El principio acusatorio. En: Revista del Ministerio Fiscal, 1995, Nº 1, pp. 89 y ss.; ídem, Estudios de Derecho Procesal Penal cit., pp 57 y ss.; SAAVEDRA RUIZ, J., La iniciativa del Tribunal en el acto del juicio oral Alcance de los artículos 729 y 733 LECR1M, en Cuadernos de Derecho Judicial Cuestiones de Derecho Procesal Penal, Ed Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1994, pp 13 y ss.; VÁZQUEZ SOTELO, J.L., El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español. Revista Jurídica de Cataluña, 1984, núm. 2, pp. 93 y ss.; VERGER GRAU, J., La defensa del imputado y el principio acusatorio, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1994, pp. 15 y ss.; y las opiniones del constitucionalista LÓPEZ AGUILAR, J.F., La Justicia y sus problemas en la Constitución, Ed. Tecnos, Madrid 1996, pp. 220 y 221.

Pero sigue siendo válido el pensamiento sobre la acción penal de GÓMEZ ORBANEJA, E., Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Ed. Bosch, Barcelona 1951, t. II, pp. 447 y ss.; v. también FAIREN GUILLEN, V., La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español, en Temas..., cit., t. II, pp. 1205 y 1206; y GÓMEZ COLOMER, J.L., El proceso penal español, Ed. Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica 1993, pp. 13 y ss. Para

con referencia a España, entendido en sentido riguroso, el principio acusatorio sólo debe significar estas tres cosas: Todo proceso penal requiere de una acusación formulada por persona distinta al órgano judicial que ha de sentenciar, la imposibilidad de alterar el objeto del proceso condenando por hechos distintos a los acusados o a persona distinta a la acusada, y, finalmente, se permite, por no afectar a su imparcialidad, que el juzgador pueda aportar de oficio pruebas al proceso, respetando los hechos punibles puestos de manifiesto por las partes<sup>108</sup>.

Que la investigación del proceso penal no encuentre amparo directamente en el principio acusatorio a nuestro juicio, no quiere decir en absoluto que no estemos de acuerdo con la "luz y taquígrafos" en esta fase, auténtica conquista del proceso penal propio de un Estado de Derecho frente al injusto proceso inquisitivo<sup>109</sup> (que en realidad ni siquiera puede calificarse de proceso desde una perspectiva actual), pero centrada en sus justos límites. Se trata, simplemente, de cosas distintas, por lo que nos parece que Juez Instructor y proceso penal acusatorio, en sentido europeo continental, son perfectamente compatibles. Por ello, hablar del proceso angloamericano como proceso acusatorio, entendiendo el término **(p. 354)** "acusatorio" como se configura desde su implantación en el proceso penal francés post-revolucionario, y en concreto, en el sentido español acabado de indicar, presenta serias dudas de aceptación, aunque esta terminología de contraposición (frente a proceso inquisitivo) sea generalmente aceptada y comprendida.

Por otro lado y como derivación de lo acabado de indicar, pero éste es un tema importante que excede los límites de este trabajo, no tenemos nada claro que la aspiración ideal del proceso penal español sea tomar como modelo el proceso penal norteamericano, no únicamente por razones históricas y culturales, sino fundamentalmente porque encontramos dudosamente satisfactorias para nuestro país algunas de las soluciones a las que allí se han llegado<sup>110</sup>, por ejemplo:

- a)** La consideración del juez (y del Jurado) como "la audiencia de un proceso teledirigido", porque la "estructura del sistema anglo-norteamericano se parece más a una maquinaria, a un columpio instrumentalizado por dos juristas", el Fiscal y el Abogado defensor, "que se suceden alternativamente en el control del juicio"<sup>111</sup>.
- b)** Los extensos poderes de la Policía, verdadera investigadora del hecho criminal y de la participación en él del sospechoso;
- c)** La imposibilidad de que el ofendido, la víctima, pueda defender directamente sus derechos en el proceso dado que es representado exclusivamente por el Fiscal;
- d)** La desigualdad real en favor de la defensa y del acusado frente a los derechos del Fiscal, violentando los principios básicos del *due process of law* y del *fair trial*, que exigen igualdad de armas;

---

Argentina, v. MAIER, J.B.J., Derecho Procesal Penal argentino, Ed. Hammurabi, Buenos Aires 1989, t. 1b, pp. 206 y ss.

<sup>108</sup> Véanse sobre esta cuestión MONTERO AROCA, J. La garantía procesal penal y el principio acusatorio. En: Revista La Ley, 1994,1.1, pp. 979 a 983; y, del mismo autor, El principio acusatorio Un intento de aclaración conceptual, En: Revista Justicia, 1992, núm. IV, pp. 781 a 786.

<sup>109</sup> Véase RAMOS MÉNDEZ, F. El proceso penal Lectura constitucional, 3a ed., Barcelona: Ed. J.M. Bosch, 1993, pp. 31 y 32.

<sup>110</sup> Sobre las ventajas y desventajas del sistema procesal penal norteamericano, tanto federal como de los Estados, v. las objetivas y desapasionadas opiniones sustentadas por FLETCHER, G.P. Las víctimas ante el Jurado. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1997, passím.

<sup>111</sup> El entrecomillado es de FLETCHER, G.P. Las víctimas..., cit., p. 264.

e) La consideración como prueba de la confesión del acusado, lo que evita al Jurado mucho trabajo;

f) La gran influencia de los peritos, sobre todo de psiquiatras, acostumbrados a que se tolere que opinen sobre la actuación dolosa o premeditada del acusado en función de su responsabilidad moral, cuando deberían ceñirse estrictamente a informar sobre su ciencia, en concreto en el ejemplo puesto, si el autor es capaz psíquicamente o no.

g) La amplitud de la *plea bargaining* o conformidad consensuada<sup>112</sup>, en donde no es necesaria la conformidad de la víctima, y que ha llegado a ser calificada por los propios autores norteamericanos de "mercadeo"<sup>113</sup>;

h) La configuración del Jurado puro, particularmente su sistema de selección, el tema clave hoy en el Jurado norteamericano al lado de la gran complejidad para comprender el objeto del veredicto;

i) La organización de los medios de impugnación, negándose el derecho al recurso al Ministerio Fiscal, etc.<sup>114</sup>.

Todo ello dentro de una creciente "politización" del proceso penal norteamericano, cuyo papel centra! lo ocupa la víctima en procesos en que han sido acusados afroamericanos, prostitutas, homosexuales, judíos o amas de casa, es decir y generalmente, miembros de grupos étnicos, de minorías o, sencillamente, gente sin ningún poder<sup>115</sup>, que está haciendo pensar (p. 355) seriamente en reformar las bases del sistema legal norteamericano de enjuiciamiento criminal.

De hecho, si sirve como ejemplo, el nuevo proceso penal italiano ha seguido estas pautas, y la doctrina del país transalpino no está nada satisfecha con ello<sup>116</sup>, lo cual debería hacernos meditar mucho.

---

<sup>112</sup> Véase específica, monográfica y últimamente sobre esta cuestión, CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica. Granada: Ed. Comares, 1997, passim.

<sup>113</sup> FLETCHER, G.P. *Zas víctimas...*, cit., p 259.

<sup>114</sup> Véanse en general, aparte de la bibliografía citada en este artículo, AMODIO / BASSIOUNI *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*. Milano: Ed. Giuffré, 1988, passim; y SCHÜNEMANN, B. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). En: Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania. Madrid: Ed. Consejo General del Poder Judicial, 1991, pp. 49yss. Masen concreto, v. VERCHER NOGUERA, A ¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés? En: Revista La Ley, 1987, t. II, pp. 923 y ss.

<sup>115</sup> La terminología es de FLETCHER. *Las víctimas...*, cit., pp. 19 a 27, con relación a los casos de Jurado en USA relativamente recientes, que el desarrolla en este libro y en su otra obra *En defensa propio*, Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1992, de Daniel James Whipoi (asesinato), de Bernhard Goetz (autor de disparos sobre cuatro afroamericanos en un vagón del metro neoyorkino en 1984, condenado a una pena irrisoria por delitos menores), de Rodney King (negro apaleado en 1993 por policías de Los Angeles, filmado en un vídeo por un aficionado que todo el mundo vio, absueltos en el proceso estatal, pero condenados algunos de ellos luego en otro proceso posterior federal), de OJ. Simpson (jugador de rugby acusado de matar a su esposa, a quien había maltratado previamente varias veces, y a un amigo de ésta en 1994, absuelto en el proceso penal pero condenado civilmente en otro proceso posterior en 1997), de William Kennedy Smith y de Mike Tyson (acusados de violación en 1991, absuelto el primero, descendiente de la familia Kennedy, y condenado el segundo, boxeador negro, en procesos distintos en los que la única prueba era la palabra de la víctima), y tantos otros.

<sup>116</sup> Véase, por todos, CHIAVARIO, M. *Procedura penale. Un Codice tra...*, cit., esp. pp. 105 y ss. En Italia, según nuestras noticias, se ha formado ya una Comisión nacional para el estudio de la reforma del proceso penal.

e) 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<sup>117</sup>.

En definitiva, es el modelo clásico el que ya no sirve<sup>118</sup>, llegando a proponerse, más allá incluso, que el Fiscal no sólo sea la autoridad encargada de la investigación, sino el director, el dueño absoluto de ésta<sup>119</sup>.

Expuestas las anteriores argumentaciones, nuestra opinión personal es que este tema en el fondo es bastante irrelevante, y que lo importante de verdad es que el proceso penal de España, y el de todos los países del mundo, sea el propio de un Estado de Derecho<sup>120</sup>. La fundamentación de esta afirmación es ideológicamente clara, y se basa en los siguientes puntos:

1. El fin del proceso penal no es sólo hallar la verdad material, sino también proceder de acuerdo con los principios que caracterizan a un proceso penal como el adecuado a un Estado de Derecho<sup>121</sup>, a parte de otros fines de menor importancia ahora, como la protección de la víctima. Obligado a ello no está sólo el Juez, sino también cualquier otra

---

<sup>117</sup> Véase MAIER, J.B.J. La investigación penal preparatoria del Ministerio Público. Instrucción sumaria o citación directa. Buenos Aires-Córdoba: Ed. Lerner, 1975, pp. 25, 26, 46, 47, y 50 a 62; ídem, Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación, Ed Secretaría de Justicia de la República Argentina. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1987, pág. 660; SUPERTI, H.C. Últimas reformas procesales en la legislación nacional y extranjera en el proceso penal La investigación fiscal preparatoria. in Revista argentina Derecho Penal, 1992, núm 1, pp. 70 y 71; y en España, VIVES ANTÓN, T.S. Doctrina constitucional..., cit., pp. 102.

<sup>118</sup> Véase GMENO SENDRA, J.V. El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional, Poder Judicial. Número especial VI, p. 274.

<sup>119</sup> Así, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal Madrid: Ed. Colex, 1990, p. 121.

<sup>120</sup> A una conclusión parecida han llegado los autores, entre los que no estamos, de las Recomendaciones de Toledo y de Río de Janeiro por un Procedimiento Penal Justo, de la Sección III de la Asociación Internacional de Derecho Penal, publicadas en la monografía Les mouvements de réforme..., cit. En: Revue Internationale de Droit Pénal, 1993, pp 905 a 909, pues la núm. 4 dice textualmente en su segunda frase: "La imparcialidad presupone la separación entre la función de instruir y juzgar. En consecuencia, el juez del juicio no debe haber participado en los actos de la fase preparatoria. Es altamente recomendable además que el juez del juicio sea distinto de aquél que decide la admisión de la acusación contra el sospechoso". Es decir, que da igual que instruya el Fiscal o el Juez, lo importante son otras cosas.

<sup>121</sup> V. TIEDEMANN, K., en ROXIN / ARZT / TIEDEMANN Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal (trad. ARROYO ZAPATERO y GÓMEZ COLOMER), Barcelona: Ed. Ariel, Barcelona 1989, pp. 134,225 y 226; GÓMEZ COLOMER, J.L. El proceso penal español San José: Ed. Investigaciones Jurídicas, 1993, pág 7; ídem, El proceso penal español para no juristas. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 1993, p. 44.

autoridad pública que intervenga en el proceso penal, lo cual hace referencia especialmente al Ministerio Fiscal.

**2. (p. 356)** No sería inconstitucional en España que instruyera el Fiscal, porque el art. 117.3 de la Constitución española de 1978, al definir la función jurisdiccional, según terminología clásica española, como "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional<sup>122</sup>, lo que por cierto siempre ha ocurrido en la práctica aunque bajo el manto judicial<sup>123</sup>.

Mantener lo contrario podría llevarnos, por citar sólo un ejemplo claro, al absurdo de hacer inconstitucional a la propia Policía Judicial (prevista constitucionalmente, v. art. 126 de la Constitución española de 1978), que se regula y utiliza para su funcionamiento orgánico y técnico, de repercusión directa sobre el proceso penal, normas de carácter administrativo y no procesal.

**3.** 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 o cualquier otra, aunque tendría que llegar siempre un momento en que la presencia de un Juez fuera inexcusable<sup>124</sup>.

Es en este sentido es poco fundada la crítica de quienes toman o desechan los modelos que proporciona el Derecho comparado para hacer propias las opiniones según sus intereses. El Derecho comparado nos debe servir para "comparar", es decir, informamos bien sobre cómo se solucionan los mismos problemas que nosotros tenemos en otros países, y nada más. Pero criticar por ejemplo a Alemania por haber optado por la instrucción a cargo del Fiscal, el país desencadenante en la Europa continental de toda esta problemática, carece de sentido, porque para poder hacerlo con fundamento hay que ser (jurista) alemán.

**4.** Pero lo realmente paradójico dentro de este tema es que se produce una contradicción insalvable, si a pesar de ello se dieran por buenos todos los argumentos que inclinan la

---

<sup>122</sup> Entiende, por contra, que sí sería inconstitucional la atribución de la instrucción al Ministerio Público, ORTELLS RAMOS, M. Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal., cit., pp. 236 y ss., en donde con profusión de argumentos técnico-jurídicos, que no dogmáticos, llega a la conclusión de que el art. 117.3 CE, al otorgar a los Jueces y Magistrados en exclusiva la titularidad de la potestad jurisdiccional, y no siendo el Ministerio Fiscal órgano jurisdiccional, veta la posibilidad de que se le puedan conceder a éste poderes en la instrucción que sean inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional misma.

<sup>123</sup> Con ello, matizamos nuestra opinión respecto a la mantenida en una breve nota, redactada en tono coloquial e irónico, titulada No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal. En Revista Jueces para la Democracia, 1987, Nº. 2, p 9, pues en aquella época nos pareció muy brusco el cambio que se quería dar (recuérdese que el Anteproyecto de lo que luego sería la LO 7/1988, atribuía sin más la instrucción al Fiscal), y quisimos oponer a la falta de meditación del prelegislador con argumentos contundentes. En lo que no hemos cambiado, como decimos al final de este escrito, es en nuestra opinión contraria a que instruya el Fiscal, el argumento de la inconstitucionalidad es lo que precisamos.

<sup>124</sup> Lo que es admitido por todos los autores que están a favor de que instruya en España el Ministerio Público, v. GIMENO SENDRA, J.V. El Ministerio Fiscal y el artículo 124 de la Constitución española. En Constitución y Proceso. Madrid: Ed. Tecnos, 1988, p. 69; del mismo autor, y más genéricamente, El Ministerio Fiscal y la Constitución: Su naturaleza jurídica. En. Comentarios a la Legislación Penal. Madrid:, 1.1 (Derecho Penal y Constitución), Edersa, 1982, pp. 327 y ss.; y CALVO SÁNCHEZ, M.C. Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal. En: Revista Justicia, 1990, Nº 1, p. 68.

balanza en favor de la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, imposible de superar porque no vemos cómo, partiendo de nuestra cultura, de nuestra tradición y, sobre todo, de ser España un país incardinado en el sistema de *civil law* o Derecho continental, podríamos admitir que quien luego va a acusar a una persona si encuentra méritos para ello, sea el que previamente ha investigado si concurren esos méritos. ¿Dónde está la imparcialidad entonces? Porque no nos olvidemos que el Juez que investiga luego no nos va a juzgar, y al menos la imparcialidad formal queda garantizada, y a mi juicio también la material, con la separación judicial de funciones investigadoras y cognoscitivas. En resumen, investiga quien es parte, y por ello mismo, con toda la nobleza del término, el que es parcial.

Pensamos además en las connotaciones del cambio desde un punto de vista político y no vemos salida posible: ¿Cómo podemos admitir que nos investigue de facto la Policía, tutelada por una parte **(p. 357)** es decir por el Ministerio Fiscal<sup>125</sup>, quien sería el director formal de la investigación, después de más de cuarenta años de Dictadura, en la que una Policía no democrática ha podido actuar impunemente en la persecución de quienes defendían incluso con su vida la democracia? Aunque hoy Jueces, Fiscales y Policía sean instituciones democráticas, ¿no tendrá más garantías para los españoles que investigue la única de ellas que es legal y realmente independiente e imparcial, es decir, la Judicatura, y que digan los americanos, alemanes, italianos, portugueses, etc., lo que quieran? Al menos de momento, por lo que veremos enseguida, parece más razonable considerar esta profunda contradicción muy seriamente y, desde luego y siguiendo en el plano político, decir como afirman prácticamente todos los autores que defienden enconadamente la instrucción a cargo del Fiscal, que en una democracia real (como es España), el Juez Instructor es una figura autoritaria, un residuo dictatorial, carece sencillamente de fundamento. El Tribunal Constitucional español, y ocasiones ha tenido<sup>126</sup>, jamás se ha atrevido a ello, porque en una democracia el Juez Instructor también puede ser, y lo es, un órgano democrático, es decir, ajustado a la Constitución y a la democracia consagrada por ella, respetuoso con los principios y garantías constitucionales.

### **3º) Nuestra posición:**

Ahora bien, los temas relacionados con el Poder Judicial y ese instrumento necesario que es el proceso penal son siempre relativos, en el sentido de que se aplican a un país en un momento concreto. ¿Es conveniente pues que hoy, en 1997, en España, a la vista de lo dicho hasta ahora, instruya las causas penales el Ministerio Fiscal, o es mejor que siga instruyendo la autoridad judicial?

La respuesta, recordando que para nosotros el tema es bastante nimio, debe ser dada con mucha prudencia, permaneciendo abiertos a todas las ideas. Pensamos que no ha llegado todavía el momento de emprender el cambio y es mejor que las cosas sigan como están, al menos en tanto en cuanto no se cumplan los siguientes requisitos<sup>127</sup>:

**a)** Mientras no se deroguen los arts. 8, 14.2, 29.1, 34-P, 35.1 y 36 EOMF, por los que el Fiscal puede quedar sometido a una orden del Poder Ejecutivo, o se patentiza su vinculación con éste, y, por tanto, no sea independiente en el sentido más correcto del

---

<sup>125</sup> Que el Ministerio Fiscal en España es parte acusadora en el proceso penal si se dan las circunstancias previstas legalmente para reprochar un hecho punible a determinada persona, no plantea ninguna duda (arts. 105 y 271 LECRIM, entre otros muchos). Además, y precisamente por ser parte, el Ministerio Fiscal español no puede ser recusado ni por el acusado, ni por el acusador particular ni por el popular, aunque tenga deber de abstención (art. 96 LECRIM).

<sup>126</sup> Véanse sus sentencias citadas en este texto.

<sup>127</sup> Véanse las opiniones al respecto de GIMENO SENDRA, J.V. Algunas sugerencias sobre la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación oficial. En: Revista Justicia, 1988, Nº IV, pp. 832 a 834.

término (independencia, por cierto, que la propia Constitución española de 1978 no ha querido, v. su art. 124.2);

**b)** Mientras el Fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial;

**c)** Mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico;

**d)** Mientras siga instruyendo de facto la Policía Judicial, lo que ya ocurre con los Jueces en España por otra parte, como decíamos que sucede en Alemania<sup>128</sup>;

**e)** Mientras en España no superemos la ridícula cifra de un Fiscal por cada 32.787 habitantes<sup>129</sup>, con lo cual difícilmente se pueden ver en esta medida efectos aceleradores, que habrá que aumentar considerablemente, no sólo al pasarle las funciones instructoras, sino también porque el Fiscal instructor no va a poder ser luego el Fiscal acusador, si se quiere garantizar también el principio del Fiscal no prevenido o imparcial, totalmente necesario ante la nueva función;

**f)** Mientras la formación y perfeccionamiento (**p. 358**) judiciales no se orienten a cotas más profesionales, a pesar de las importantes reformas que han supuesto el Reglamento núm 1/1995, de la Carrera Judicial, y el Reglamento núm. 2/1995, de la Escuela Judicial, publicados por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995 (BOE del 13 de julio);

**g)** Mientras no sea ésta la única reforma para llegar al principio de la mejor Justicia para todos; y

**h)** Finalmente, mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los Jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los Fiscales.

Y, obsérvese, a pesar de todo seguirá siendo necesario un Juez de la Libertad, como dicen los italianos, para tomar las decisiones que afecten a los derechos y garantías fundamentales del imputado, y, en suma, a actividad jurisdiccional.

Lo que desde luego no tiene ningún sentido es que en unos casos instruya el Juez y en otros el Fiscal, como en España, o que el Juez pueda delegar bajo determinados requisitos la instrucción en el Fiscal, como hemos visto que ocurre en Argentina en algunas provincias, porque no hay presupuesto económico que resista la doble infraestructura exigida.

Se observa, por tanto, que provisionalmente somos contrarios a que instruya el Fiscal el proceso penal español, en absoluto por razones dogmáticas, sino puramente organizativas, estructurales y prácticas, pero de tal importancia que su no introducción, corrección o mejora en el sentido propuesto, haría indefectiblemente fracasar una reforma de tal entidad.

Nos mantenemos, pues, en nuestra opinión expresada hace unos años<sup>130</sup>, insistiendo ahora, para finalizar, en que en el fondo este tema nos parece de los menos graves que tiene

---

<sup>128</sup> Véase PETERS, K *Strafprozessrecht...*, 4a ed., cit., pp. 166 y 167.

<sup>129</sup> La plantilla del Ministerio Fiscal español en 1995, de acuerdo con la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1996, pág. 1, a poner en relación con la plantilla de 1995, pág. 35 de la Memoria de 1994, y el Escalafón del Cuerpo cerrado a 31 de diciembre de 1996, era de 1506 Fiscales, de ellos 1220 en activo (14 Fiscales de Sala, 823 Fiscales y 383 Abogados Fiscales). Esta plantilla aumentará progresivamente sin duda conforme se vayan celebrando juicios conjurado, y también por la aplicación del nuevo régimen de la prisión preventiva. De hecho, para 1997 estaba previsto un aumento de 150 nuevas plazas.

<sup>130</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L. *No es conveniente...*, cit., p. 10.

planteada la situación jurídico-procesal penal española en la actualidad. A nosotros lo que nos preocupa de verdad, como dijimos antes, es que el proceso penal español sea el propio de un Estado de Derecho, y al respecto todavía no hemos llegado al 100% exigible, aunque hemos avanzado mucho sin duda en España, pero ésta es otra cuestión<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Prueba de ello es que, por poner sólo un ejemplo, todavía no tenemos un proceso penal especial para el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra los derechos fundamentales, de obligada creación conforme al art. 53-2 de la Constitución, cubierto temporal y deficientemente por el previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, aunque el Gobierno se comprometió a presentar la correspondiente Ley Orgánica en el Parlamento e instaurarlo antes del 9 de junio de 1995, si hacemos caso a pie juntillas de la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre (B.O.E del 9), por la que se reforma la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial, plazo que por supuesto ya ha sido suficientemente superado.