

## LA IMPUTACIÓN ACUSATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL DEL JURADO EN ESPAÑA

María Amparo RENEDO ARENAL\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Procedimiento de instrucción específico: inconveniencia*. III. *Reducción de las facultades de investigación ex officio del juez de instrucción*. IV. *El Ministerio Fiscal como titular de la investigación*. V. *Futuro del nuevo modelo de instrucción adelantado por la Ley del Jurado*.

### I. INTRODUCCIÓN

En la sección I del capítulo III de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado<sup>1</sup> (LJ), bajo la denominación “Del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado”, los artículos 24 y siguientes regulan un procedimiento penal, específico, para enjuiciar los delitos sometidos a la competencia del Jurado, en España.

En la regulación dada por la LJ se destacó la ruptura con el sistema de la LECrim española, que suponía tipificar una instrucción de imputación acusatoria, modificando, si no abandonando, los principios caracterizadores del modelo inquisitivo de la instrucción sumarial regulada en la Ley Procesal Penal, quebrantando, con ello, la armonía con el resto de las normas vigentes.

Esta funcionalidad acusatoria de la instrucción en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado conlleva como nota esencial un proceso de partes en el que se acentúa el principio de contradicción, así como un au-

\* Profesora titular de Derecho procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> LO 5/1995, del 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (BOE del 23 de mayo), modificada por LO 8/1995, del 16 de noviembre, y LO 10/1995, del 23 de noviembre).

mento muy significativo de las funciones instructorias del Ministerio Fiscal, elementos ambos en los que más adelante nos detendremos.

No cabe duda de que, también, derivado del establecimiento del sistema acusatorio puro del que estamos hablando, se hace necesaria la efectiva imparcialidad del órgano jurisdiccional que adoptará, en la LJ, la posición de juez garante de la instrucción llevada a cabo, principalmente, por el Ministerio Fiscal, perdiendo aquel, además, toda posibilidad de iniciación de la instrucción y de provocación probatoria de oficio, y manteniendo en todo caso la decisión de la apertura del juicio oral.

La instauración de este sistema ha sido fuertemente criticada por gran parte de la doctrina por los inconvenientes que su inserción, en el sistema procesal penal español, supone, sobre todo sin llevar a cabo una necesitada reforma global de dicho sistema, que aún seguimos esperando. No cabe duda de que la citada inserción supuso un cambio drástico y traumático, pero no es menos cierto que dentro de dicha regulación reformadora es posible encontrar el germen de algunas instituciones que pueden ser aprovechadas para una futura reforma del proceso penal, pues tiene elementos innovadores, algunos positivos; aunque dicho elogio no debe ser confundido con el de la institución del Jurado en abstracto que, como tal, es merecidamente criticada.

Nos centraremos en la fase de instrucción, utilizando la expresión en el sentido más amplio, dada la dificultad de distinguir en el nuevo proceso la fase de instrucción de la propia intermedia,<sup>2</sup> y ello se debe a que el juez dictará la resolución de continuación del procedimiento, sin que ello implique la conclusión de la instrucción judicial, a diferencia de lo que ocurre en otros procedimientos, pues en aquel momento aún quedarán diligencias de investigación por realizarse.

Es necesario, pues, detenerse en las notas fundamentales que van a caracterizar dicha fase de instrucción y valorar las mismas, no sólo desde el aspecto técnico, sino desde el punto de vista de la conveniencia político-jurídica.

<sup>2</sup> Es necesario hacer esta matización pues, en efecto, como pone de manifiesto también Tome García, J. A., *El Tribunal del Jurado: competencia, composición y procedimiento*, Madrid, 1996, p. 87, en el nuevo procedimiento se hace muy difícil distinguir ambas fases, no es posible “fijar un momento concreto a partir del cual se pueda decir que concluye la fase de instrucción y comienza la fase intermedia”.

## II. PROCEDIMIENTO DE INSTRUCCIÓN ESPECÍFICO: INCONVENIENCIA

En primer lugar la LJ prevé un procedimiento específico totalmente novedoso, de ahí que algunos autores lo definan como “inédito”. El legislador, además, ha optado por llevar a cabo las necesarias reformas como garantía de viabilidad del funcionamiento del Jurado, de las que habla en el apartado III de la exposición de motivos<sup>3</sup> de la LJ, desde el inicio del procedimiento. Lo lógico hubiera sido mantener el sistema de la LECrim española, para la instrucción y la fase intermedia, modificando la fase del juicio oral, momento a partir del cual se produce la efectiva intervención del Jurado. Pero la Ley Orgánica introduce cambios relevantes, ya, en la fase de instrucción.

La implantación de un procedimiento específico ha sido halagada por algunos y criticada por los más. El propio CGPJ, en el informe presentado al anteproyecto de ley, daba a entender que era más adecuada la opción de aplicar las normas reguladoras del procedimiento abreviado, por ser este el que mejor se adaptaba a la realidad del proceso ante el Tribunal del Jurado.

Los detractores del nuevo modelo de instrucción centran sus críticas, sobre todo, en una línea bien delimitada, achacando a la regulación dada por la LJ no tener incardinación<sup>4</sup> en la LECrim, produciéndose con ello un efecto perturbador que se podía haber evitado dando una regulación específica sólo en la fase procesal en la que comenzaba a actuar el jurado, la fase de juicio oral.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Gimeno Sendra, V., “La segunda reforma urgente de la Ley del Jurado”, *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al profesor Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, 1997, pp. 427 y ss. Según el autor el legislador crea un modelo de instrucción “inédito” en el derecho comparado, informado por los principios de oralidad, justicia rogada y concentración de la investigación.

<sup>4</sup> En efecto, la exposición de motivos, en su apartado III, establece: “algunos han proclamado que cualquier especialidad procedimental debe comenzar allí donde empieza la intervención del Jurado, esto es, en la fase de juicio oral. Tal opinión hace caso omiso de obligadas consideraciones...”.

<sup>5</sup> En concreto, Mora y Alarcon, J. A., *Manual práctico del proceso ante el Tribunal del Jurado*, Madrid, 1996, pp. 58 y ss., recuerda “!que lejos estamos ya de la denominada instancia única en la Exposición de Motivos de la LECrim! !Como hemos caído de nuevo en la confusión legislativa de procesos penales de la primera mitad de los años ochenta!

Granados Calero,<sup>6</sup> nos recuerda las acertadas palabras de Alonso Martínez, ministro de Gracia y Justicia, en un debate que tuvo lugar a propósito de la presentación de la Ley del Jurado de 1888, en el que se decía:

La Ley del Jurado tiene un engranaje necesario con la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Es menester que en el sistema de enjuiciar haya unidad y armonía; que haya, en una palabra sistema. No podemos hacer una Ley del Jurado que descansa en principios o sistemas diametralmente contrarios a los principios en que descansa el derecho común procesal... Todas las leyes se enlazan entre sí, pero principalmente éstas que son procesales: la una constituye el procedimiento a que han de sujetarse los Tribunales de derecho; la otra, que es complemento de la primera, establece el procedimiento del Tribunal del Jurado. El procedimiento es idéntico en uno y otro caso. Alterándolo en esta Ley habría que alterarlo en la otra...

Del mismo modo, y sin abandonar la crítica anterior, se reprocha al legislador la intencionalidad que se respira detrás de la reforma, que no es otra que introducir unos cambios que hubiesen querido introducir en todo proceso penal por delito,<sup>7</sup> sin atreverse a ello, ante la incertidumbre de sus resultados. En este sentido es clara la postura mantenida por Vegas Torres<sup>8</sup> al afirmar que:

Si tan malos son los procedimientos de la LECrim y tan bueno el nuevo procedimiento de la LOTJ, ¿por qué no se sustituyen, de inmediato, aquellos por este último? (...) Parece que se trata de poner a prueba la nueva instrucción en los procesos ante el Tribunal del Jurado para más tarde, a la vista de los resultados, afrontar la reforma de los procesos en la LECrim.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que las reformas que se intentan llevar a cabo a través de la LJ responden a una necesitada reforma global de la LECrim, reforma que no puede ser obviada, con independencia de que las medidas adoptadas tengan funcionalidad o por el contrario resulten un fracaso. Gimeno Sendra<sup>9</sup> entiende que las exigencias

<sup>6</sup> También Gisbert Gisbert, A. y Mares Roger, F., “El Proyecto de Ley del Jurado: sinopsis y observaciones críticas”, *Revista General de Derecho*, núm. 600, septiembre de 1994, pp. 9097 y ss., ponen de manifiesto los efectos perturbadores de la introducción de este nuevo procedimiento.

<sup>7</sup> Véase Granados Calero, F., *El Jurado en España*, Valencia, 1995, p. 200.

<sup>8</sup> Tome García, J. A., *op. cit.*, nota 1, p. 90.

<sup>9</sup> Vegas Torres, J., “Comentario al artículo 24 de la LOTJ”, en Oliva Santos, Andrés de la (coord.), *Comentarios a la Ley del Jurado*, Madrid, 1999, pp. 290 y ss.

reformadoras de la actual instrucción deben ser resueltas por otros medios, “todo menos crear, por esta sola causa, una instrucción especial en la Ley del Jurado”.

Una de las críticas más furibundas realizadas a la instrucción de la LJ es la que lleva a cabo Fairén Guillén, el que achaca a la nueva regulación la instauración de un “modelo procesal administrativo —totalitario; dependiente de un formidable ejecutivo—” que conlleva un “periodo instructorio específico inútil”, en el que se intenta dar solución a determinados problemas de la investigación prevista en la LECrim empeorando aún más el panorama. Pero, sobre todo, pretendiendo la imparcialidad del juzgador “a través de retorcidas razones” y sin llegar a conseguir que desaparezcan las notas inquisitivas que, en su opinión, se mantienen en la regulación de los artículos 24 y ss. de la LJ.<sup>10</sup>

Un último problema que se pone de manifiesto por los detractores de la nueva instrucción en la LJ es la supletoriedad de la LECrim establecida en el artículo 24.2 LJ, que “acrecentará la confusión”<sup>11</sup> existente al responder ambas leyes a principios completamente diferentes, lo que abocará a “problemas de interpretación dogmática y, sobre todo, disfuncionales prácticos”.<sup>12</sup> Además queda por determinar si el régimen supletorio al que debe acudir es el del proceso ordinario o al del procedimiento abreviado.

La Fiscalía General del Estado, en su Circular 4/1995 (Memoria 1996, pp. 1113 y ss.) precisa que existe “supletoriedad de primer grado de las normas del procedimiento ordinario y sólo de segundo grado de la regulación del abreviado que se revela como la más apta”.

Esta postura mantenida por la Fiscalía choca frontalmente con la opinión del CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley de 1994, que optaba por la aplicación supletoria del procedimiento abreviado, postura que no fue tenida en cuenta como demuestra el silencio de la LJ.

Frente a las posturas mantenidas por esta tendencia de la doctrina, acerca de la diversa instrucción que presenta el procedimiento que nos ocupa, nos encontramos con opiniones divergentes de ellas, que no siempre excluyentes de las mismas. Así, López-Muñoz y Larraz,<sup>13</sup> para el

<sup>10</sup> Gimeno Sendra, V., *op. cit.*, nota 3, p. 430.

<sup>11</sup> *Cfr.* Fairén Guillén, V., “Ley del Jurado del 22 de mayo de 1995 y modelo inquisitivo. Un apunte”, *Revista de Derecho Procesal*, 1996/1, pp. 7 y ss.

<sup>12</sup> Véase Díaz Cabiale, J. A., *La fase preliminar...*, *cit.*, pp. 149 y ss., especialmente, p. 151.

<sup>13</sup> Gómez Colomer, J. L., *Comentarios a la Ley del Jurado*, Pamplona, 1999, p. 511.

que la configuración de una fase preparatoria singular en esta ley conlleva la superación del principio acusatorio formal y el ajustamiento a la doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la formalización y control de la imputación judicial (STC 186/90). En el mismo sentido que el anterior Lorca Navarrete.<sup>14</sup> Indiscutiblemente dicha superación se produce, pero pervive el problema con respecto a los procesos ordinarios regulados en la LECrim.

Por todo lo visto se puede concluir diciendo que, en efecto, el nuevo procedimiento de instrucción específico para las causas de las que deba conocer el Tribunal del Jurado supone un paso más en el abandono del principio inquisitivo, rector de la instrucción de la LECrim; pero eso no supone que dicho principio desaparezca de nuestro sistema jurídico-procesal, a pesar de que sería deseable, a todas luces, eso sí, con las debidas previsiones para que tal desaparición no suponga, como en el caso que nos ocupa, una ruptura con el deficiente, por no decir inexistente sistema procesal penal. Porque, precisamente, la no desaparición de los resabios inquisitivos produce una quiebra en dicho sistema, en el que conviven dos formas de impartir justicia actualmente incompatibles entre sí. Desde esta perspectiva hubiera sido preferible, en efecto, no introducir un procedimiento específico en la instrucción en los procesos ante el jurado, por muy positivo que pueda parecer dicho sistema, y con independencia de la favorable o desfavorable valoración que de él se haga una vez está ya establecido por la LJ. Como ya ha apuntado algún autor, no se apuesta por la pervivencia del centenario sistema acusatorio-formal, sino, más bien al contrario, sería deseable una reforma global de nuestro sistema penal de enjuiciamiento, con la correlativa erradicación de lo que se ha venido a denominar “política de parcheo”.<sup>15</sup>

### III. REDUCCIÓN DE LAS FACULTADES DE INVESTIGACIÓN

#### *EX OFFICIO* DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

La exposición de motivos de la LJ, en su apartado III, al que ya antes hemos aludido, define cual es la exacta posición del juez en la instrucción diciendo:

<sup>14</sup> López-Muñoz y Larraz, G., *Comentarios a la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado*, Madrid, pp. 85 y ss.

<sup>15</sup> *Cfr.* Lorca Navarrete, A. M., *Manual del Tribunal del Jurado*, 3a. ed., Madrid, 1997, p. 438.

El modelo que se adopta exige, por elemental coherencia, permitir, tan pronto como conste la imputación de un hecho justiciable determinado a persona concreta, la reubicación del Juez de Instrucción que luego habrá de resolver sobre la apertura del juicio oral, en una reforzada posición de imparcialidad, con la función de controlar la imputación del delito mediante la previa valoración de su verosimilitud y con la facultad de investigar de forma complementaria sobre los hechos afirmados por las partes.

De lo dicho se deduce que el juez de instrucción mantiene diferentes posturas durante la investigación de los hechos; así, tras la oportuna valoración de la verosimilitud, a la que se refiere el artículo 24, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional español (STC 186/90), dicho juez deberá “reubicarse” y adoptar una postura pasiva con respecto a la instrucción, que quedará en manos del Ministerio Fiscal, intentando, con ello, garantizar al máximo la imparcialidad de dicho juez. Esta postura se mantendrá hasta tanto llegue la hora de proceder al enjuiciamiento de la acusación para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral, momento en el cual el juez volverá a ser dueño absoluto del proceso. En resumen, se introduce el modelo de estructura acusatoria en el que, conjuntamente con la importante función de control y garantía que ejerce el instructor, se diseña una actividad instructora de investigación exclusivamente complementaria de la dispuesta por las partes, en cuanto a la incoación y finalización de la misma. El órgano instructor limita su actividad al contenido establecido por las partes. Así el contradictorio de las partes y la imparcialidad del instructor son los signos distintivos del nuevo proceso penal de la LJ.<sup>16</sup>

La LJ opta por mantener la figura del juez instructor, que no desaparece, a diferencia de lo que ocurre en el modelo que inspira esta Ley (el *adversary system*), lo que provoca esas profundas contradicciones en relación con los poderes atribuidos al juez dada la incompatibilidad de aquel modelo con la figura del juez instructor.<sup>17</sup> Por esto se hace necesario alterar dicha figura como medio de conseguir la actuación del principio acusatorio,<sup>18</sup> si no con la total desaparición de la actividad del órgano ins-

<sup>16</sup> Mares, Rogero y Mora Alarcón, *Comentarios a la Ley del Jurado*, Valencia, 1996, p. 177.

<sup>17</sup> *Cfr.* Lorca Navarrete, A. M., *op. cit.*, nota 15, p. 485.

<sup>18</sup> Damian Moreno, J., “El juez de instrucción en los procesos atribuidos al Tribunal del Jurado: un típico fenómeno de desdoblamiento de personalidad”, *Jueces para la Democracia*, núm. 29, julio de 1999, pp. 34 y ss. En efecto, como pone de manifiesto el autor

tructor en la imputación del delito,<sup>19</sup> pues el mismo sigue ostentando la dirección de esta fase del proceso, si, al menos, mediante la limitación de dicha intervención, ello a pesar de las voces que se han alzado contra dicha alteración por entenderla contingente.<sup>20</sup> Esta reducción de las funciones del órgano que nos ocupa ha llevado a algún autor a tachar al juez instructor de la LJ como un juez “light”.<sup>21</sup>

No obstante, la mayoría de las críticas que recibe la nueva figura se centran, especialmente, en el peligro de dejar sin efectividad el principio de obligatoriedad de la acción penal; críticas a las que responde la propia exposición de motivos de la LJ al establecer, en su apartado III, al tratar de la fase de instrucción:

Mal puede admitirse el reproche de que el sistema que acoge la Ley dejase sin mecanismo de efectividad el principio de obligatoriedad de la acción penal. (...) Tal reproche olvida que para iniciarse este procedimiento tiene que haber precedido denuncia o querrela de alguien que, de no ser el Ministerio Fiscal, bien puede, dada la afortunada previsión constitucional de la acción popular, suplir la falta de instancia del acusador público.

En la instrucción prevista en la LJ el instructor inquisitivo —el modelo general de la regulación de la LECrim— se transforma en un juez de garantías que va a controlar la regularidad del procedimiento perdiendo la primacía de la investigación a favor del Ministerio Fiscal, para así al-

“la investigación en aquellos países a los que se ha tomado como modelo se ha encomendado al Ministerio Fiscal, mientras que en nuestro ordenamiento sigue siendo competencia del Juez de Instrucción”.

<sup>19</sup> Véase Díaz Cabiale, J. A., *La fase preliminar...*, *cit.*, p. 151.

<sup>20</sup> Mora y Alarcón J. A. y L., *op. cit.*, nota 5, p. 59: la apuesta por un nuevo proceso penal acusatorio puro, como es el del Tribunal del Jurado implica la desaparición de toda intervención del órgano instructor en la imputación del delito o infracción penal alguna al presunto imputado”.

<sup>21</sup> Véase, Oliva Santos, A. de la, “El Proyecto...”, *op. cit.*, nota 9, pp. 761 y ss., en especial, pp. 764 y 775: “Claro está que este esquema puede plantear desajustes, de mayor o menor importancia. Pero lo que tales desajustes demandan no es sustituir ese esquema por otro, no sólo completamente inédito entre nosotros, sino quizá inferior en el terreno de los principios y no superior, desde luego, en los resultados prácticos”. El autor, además, entiende que el nuevo juez imparcial se compromete “notablemente” sin mantenerse en la posición pasiva que la Ley quiere dar a entender y que la buscada imparcialidad del mismo no se encuentra en su forzosa pasividad sino en que su actuación responda a los criterios establecidos en la LECrim, en tanto que se consignent y aprecie así lo favorable como lo adverso para el imputado.

canzar la deseada imparcialidad que se debe traducir en la exclusión del carácter inquisitivo.<sup>22</sup>

Una de las manifestaciones más importantes de esa pérdida de primacía del juez instructor es, precisamente, la reducción de sus facultades de investigación *ex officio* —la iniciativa instructora es meramente complementaria—, de forma que la incoación del procedimiento sólo podrá llevarse a cabo a instancia de parte o por medio del Ministerio Fiscal, existiendo, por tanto, una alteridad de la imputación en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

En este juicio de acusación, y en la misma tendencia de la merma de facultades, el órgano instructor tampoco podrá, de oficio, adoptar medidas cautelares que supongan una imputación —prisión y libertad provisional con fianza—, pues las mismas han de ser solicitadas por el Ministerio Fiscal o alguna de las partes personadas.

Conviene recordar que han existido duras críticas de determinados sectores reacios a la nueva configuración que se da al órgano instructor en la LJ. En este sentido se expresan Conde-Pumpido Tournon<sup>23</sup> y de la Oliva Santos,<sup>24</sup> entre otros.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Véase Díaz Cabiale, J. A., *La fase preliminar...*, cit., p. 159. En este sentido afirma el autor que “no tiene sentido conservar al J. I. y permitir su actuación, pero reducida. Si se quiere preservar la «neutralità» o pasividad de quien ostenta la potestad jurisdiccional hágase, pero no se mantenga un J. I. light, que puede acordar medidas cautelares, salvo la prisión provisional, y que actúa, pero menos que en el ordinario abreviado”.

<sup>23</sup> Varela Castro, L., *Manual del Jurado*, Madrid, 1996, p. 183. Para el autor esa exclusión del carácter inquisitivo significa “que desde el momento en que la actividad investigadora se dirige contra persona determinada el juez a) solamente puede actuar a requerimiento de parte b) su iniciativa investigadora debe ser meramente subsidiaria”.

<sup>24</sup> Véase, en general, Burgos Ladrón de Guevara (coord.), *I Jornadas sobre el Jurado*, Sevilla, 1995, pp. 69 y ss., en especial, pp. 74 y 75, en las que el autor plantea la inoportunidad de la introducción de una reforma procesal, como la realizada, de hondo calado en la LJ, así como su preocupación por el hecho de que se tenga que depender de una investigación que proponga una acusación particular “de esas un tanto pintorescas, como las que se especializan en querrellarse con recortes de periódico, prescindiendo de la figura que en nuestro ordenamiento tiene encomendada la dirección e iniciativa de la Instrucción criminal, que es el juez de instrucción”.

<sup>25</sup> En el mismo sentido que en la nota anterior y en la misma obra, *ibidem*, pp. 101 y ss., de la Oliva se muestra partidario de respetar el papel relevante que nuestro sistema procesal atribuye al juez, tanto para iniciar incluso *ex officio* el proceso, como para adoptar las medidas cautelares, personales y reales, que sean oportunas. “He de preferir al juez, profesional del derecho con estatuto de independencia, tanto para evitar que alguien

No carecen de fundamento dichas críticas, pues con independencia de que en un futuro se instaure la figura del fiscal instructor, lo que no parece adecuado es que, sin proceder a encomendar al Ministerio Fiscal la instrucción, se relegue al juez instructor a una posición pasiva, de mero “espectador”,<sup>26</sup> pues con ello se crea un vacío que provocará distorsiones procesales, acerca de las cuales ya se ha hablado anteriormente.

El legislador se queda a medio camino, provocando, como indica Narváez Rodríguez,<sup>27</sup> una indefinición mucho más acusada que lo que acontece en los otros procedimientos por delitos actualmente vigentes.

#### IV. EL MINISTERIO FISCAL COMO TITULAR DE LA INVESTIGACIÓN

Paralelamente a la limitación en la iniciativa judicial se produce un aumento del protagonismo en la fase de instrucción del Ministerio Fiscal, que aparece en la LJ asumiendo un peculiar papel en el juicio de acusación llevado a cabo en la instrucción regulada en dicho texto legal, y digo peculiar pues el legislador de la citada Ley adopta con respecto a la figura del fiscal una postura ciertamente original, que no sigue en absoluto las líneas mayoritariamente establecidas en el derecho comparado de nuestro entorno más próximo, ni en ningún otro.<sup>28</sup>

Claramente se aparta del sistema seguido por la StPO y la GVG alemanas,<sup>29</sup> en las que se instaure un Ministerio Fiscal, como autoridad autónoma de la administración de justicia, dueño y señor de la instrucción,

se encuentre sin fundamento en la situación de imputado, como para lograr que nadie se libre de esa situación procesal, si existe el debido fundamento”.

<sup>26</sup> En efecto es de destacar que en la obra ya citada *I Jornadas sobre el Jurado*, otros autores como Rodríguez Arribas, R., pp. 77 y ss., sumándose a la crítica realizada por Conde-Pumpido o Vázquez Honrubia, J. M., pp. 83 y ss., en el mismo sentido.

<sup>27</sup> Conde-Pumpido Tourón, C., “La posición del juez técnico en el Tribunal del Jurado” (mesa redonda), *op. cit.*, nota 24, p. 74.

<sup>28</sup> Véase Narváez Rodríguez, A., “El Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado: su intervención en la fase de instrucción; algunas cuestiones prácticas suscitadas”, en Varela Castro, L. (coord.), *El Tribunal del Jurado, Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 1995, pp. 323 y ss., en concreto p. 325.

<sup>29</sup> Para llevar a cabo una somera aproximación al derecho comparado de los principales sistemas europeos se puede acudir a Maciá Gómez, R. (coord.), *Sistemas de proceso penal en Europa*, Barcelona, 1998, pp. 23 y ss., y *El Ministerio Público en el proceso penal*, 1a. reimp., Buenos Aires, 2000, sobre el Ministerio Público en Iberoamérica.

junto al que aparece un juez investigador que se limitará a examinar la admisibilidad jurídica de la medida acordada por el MF.

Del mismo modo, tampoco podemos afirmar que se siga el modelo del sistema italiano —al menos, si eso se intentaba, no se consigue—<sup>30</sup> en el que el giudice per le indagini preliminari actúa con funciones de garantía, participando en el curso de las investigaciones sin ser el titular de funciones investigadoras (una de las notas diferenciadoras, esencial, del sistema italiano con el seguido por la LJ), las cuales se encuentran encomendadas al Ministerio Público, órgano que goza de un alto grado de independencia y que “disfruta de las mismas garantías que los jueces”.<sup>31</sup>

A pesar de existir ciertas similitudes con el sistema portugués, es preciso indicar que, en efecto, en este sistema aparece un reparto de tareas en el inquérito entre el Ministerio Público<sup>32</sup> y el juez que interviene en la instrucción, pero la intervención de este juez no es sólo de control de la actividad del Ministerio Público, sino de intervención directa, o previa autorización, en determinados actos procesales que puedan

<sup>30</sup> Sobre el Ministerio Fiscal en Alemania, véase entre otros, Marchena Gómez, M., *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid, 1992, pp. 58 y ss.; Flores Prada, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, pp. 173 y ss.; López López, A. M., *El Ministerio Fiscal español. Principios orgánicos y funcionales*, Madrid, 2001, pp. 27 y ss.; Pedraz Penalba, E., “La reforma procesal penal de la R. F. de Alemania de 1975”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 2-3, 1976, pp. 647 y ss.; Schöne, W., “Líneas generales del proceso penal alemán (Instrucción, juicio y tendencias de reforma)”, *Justicia-89*, núm. III, 1989, pp. 685 y ss., especialmente, pp. 693 y ss.; Gómez Colomer, J. L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985, pp. 73 y 74, del mismo autor, “La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del derecho comparado”, *op. cit.*, nota 3, pp. 459 y ss., especialmente, pp. 462 y 464; Martín Pastor, J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005, pp. 113 y ss.

<sup>31</sup> Véase Díaz Cabiale, J. A., *La fase preliminar...*, *cit.*, pp. 149 y ss. El autor entiende, en nuestra opinión acertadamente, que la LOTJ pretende atribuir la instrucción al MF convirtiendo al órgano jurisdiccional en una figura garante de los derechos fundamentales, articulando una serie de mecanismos para conseguirlo, siguiendo el modelo del proceso penal italiano y norteamericano. Pero afirma que el modelo que el autor de la LOTJ pretendió instaurar ha arrojado un resultado absolutamente distinto.

<sup>32</sup> Cascini F. y G., “Nacimiento, pasión y muerte del Código Procesal Penal Italiano de 1989”, *Jueces para la Democracia*, núm. 27, noviembre de 1996, pp. 79 y ss. También véase Gómez Colomer, J. L., *op. cit.*, nota 13, pp. 462 y 464.

perturbar derechos fundamentales. Como afirma Leones Dantas,<sup>33</sup> “el nivel de intervención del juez de instrucción en el inquérito depende de la naturaleza de los actos a llevar a cabo”.

En cualquier caso, la gran diferencia entre la figura del Ministerio Fiscal acusador de la LJ y cualquiera de las ya vistas en los modelos anteriores es la nota de su independencia.

Como afirma, entre otros, Tome García,<sup>34</sup> al tratar del tema del Ministerio Fiscal instructor “nos encontramos con el problema de siempre: la actual dependencia del Ministerio Fiscal respecto del ejecutivo”. Pero de esta necesitada independencia del Ministerio Fiscal trataremos más adelante al hacer una valoración de dicha figura.

El reforzamiento de la figura del fiscal en la instrucción prevista en la LJ se manifiesta, y con ello difiere de la regulación general de la LECrim,<sup>35</sup> en que dicha figura aparece como una parte acusadora imprescindible, en el sentido en que se excluye el inicio del procedimiento de oficio por el juez de instrucción. Funcionalmente, aquel, aparece como una parte acusadora más, aunque obviamente, como señala Lorca Navarrete,<sup>36</sup> su posición orgánica le diferencia del resto de las partes acusadoras al actuar sujeto a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. La LJ atribuye, pues, al Ministerio Fiscal el cometido de órgano de acusación, pero en ningún caso se le otorgan funciones de investigación distintas a las establecidas en la LECrim una vez que se ha procedido a la incoación del procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

<sup>33</sup> Aunque es preciso tener en cuenta, la necesidad que ha existido en Portugal de acabar reconociendo fases preprocesales, llevadas a cabo por la Policía Judicial, anteriores al inquérito dirigido por el Ministerio Fiscal, por entender, que una cosa era la sospecha de un delito y otra distinta la noticia cierta del mismo. Véase Gómez-Escolar Mazuela, P., “El Fiscal instructor: la experiencia portuguesa”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo de 1994, pp. 69 y ss.

<sup>34</sup> Cfr. Leones Dantas, A., “Portugal”, *Sistemas...*, *cit.*, nota 29, pp. 313 y ss.

<sup>35</sup> Tome García, J. A., *op. cit.*, nota 1, pp. 92, 93 y 94. También este autor pone de manifiesto la dificultad de que el Ministerio Fiscal pueda, en la actualidad, asumir nuevos cometidos por la falta de medios humanos y materiales de que dispone.

<sup>36</sup> Como pone de manifiesto Calvo Sánchez, M. C., “La fase de investigación...”, *cit.*, p. 1088; aunque refiriéndose a un intento anterior, el legislador opta por un doble sistema, respecto de la investigación, provocando un equilibrio inestable entre la investigación dirigida por el juez de instrucción y la del Ministerio Fiscal, colocando a este último en una posición anfibológica con menos facultades de las que aparenta.

Ya se dijo en el apartado anterior, que una vez realizada la valoración de la verosimilitud por el juez de instrucción, este debe reubicarse y adoptar una postura pasiva respecto a la instrucción, hasta que llegue el momento de enjuiciar la acusación para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral.

Es importante tener en cuenta que hasta que el juez de instrucción no realice la valoración de verosimilitud para proceder a la incoación del procedimiento, la figura del Ministerio Fiscal no presenta grandes peculiaridades con respecto a la regulación de la LECrim —otra cosa es la necesaria alteridad de la imputación, que no es una nueva facultad del Ministerio Fiscal, sino que supone una merma, como ya vimos, en las facultades del órgano instructor—. Porque, además, en la mayoría de los casos se tendrá que acudir a la incoación de diligencias previas para determinar la verosimilitud de la imputación y la persona contra quien se dirige, procediendo, en todo caso, a la transformación del procedimiento cuando resulte oportuno.

Así, como señala Gimeno Sendra,<sup>37</sup> los esfuerzos del legislador por articular la especial instrucción de la LJ se verán reducidos en la práctica forense, en la que dicha instrucción se llevará a cabo, reiteramos, por medio de diligencias previas,<sup>38</sup> propias del procedimiento abreviado. Esto puede conducir a un problema acuciante que sigue sin resolverse, el retraso en la imputación hasta la comparecencia previa, sin que el imputado<sup>39</sup> pueda intervenir en la práctica de dichas diligencias previas, con el detrimento que de ello se deriva para su derecho de defensa. Es, concretamente, en todos aquellos supuestos en que el imputado no se encuentre determinado, en los que la necesaria investigación judicial de la *notitia criminis*, llevará al juez de instrucción a encauzar la misma a través de

<sup>37</sup> *Cfr.* Lorca Navarrete, A. M., *op. cit.*, nota 15, p. 437.

<sup>38</sup> Véase Gimeno Sendra, V., *op. cit.*, nota 3, pp. 427 y ss.

<sup>39</sup> Esta idea que Gimeno Sendra adelantaba se vio refrendada por el Informe sobre la aplicación de la LOTC desde el 1o. de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998, del CGPJ, que en su página 26 indicaba: “los jueces de instrucción en sólo un diez por ciento de las causas objeto de estudio procedieron a incoar directamente el procedimiento especial. La mayor parte de las causas examinadas (un 81 %) se iniciaron como diligencias previas, acordando posteriormente la transformación del procedimiento”.

los procedimientos ordinarios de la LECrim,<sup>40</sup> procediendo, por tanto, a realizar investigaciones dirigidas a comprobar la participación en el delito de determinadas personas, precisamente lo que se pretendía impedir con la reforma 8/1995, del 16 de noviembre, que sustituyó la expresión del artículo 25: “comprobación de verosimilitud”, por “valoración de verosimilitud”.

Después de lo dicho se debe concluir necesariamente afirmando que el fortalecimiento de las funciones del Ministerio Fiscal en el modelo creado por la LJ es mucho menor que lo que hace esperar el anuncio de la exposición de motivos; hay algún autor que, incluso, y a nuestro parecer en exceso, entiende que el Ministerio Fiscal no ve reforzadas sus atribuciones en absoluto.<sup>41</sup> No cabe duda que existe tal reforzamiento, prueba de ello son, no sólo, las reformas de los artículos 306 y 781 de la LECrim, sino el hecho de la necesidad de la ajenidad de la imputación que impide al órgano instructor iniciar la investigación, pero esto sólo ocurrirá en los casos en que el imputado esté determinado, los menos en el estadio en que nos encontramos, pues en caso contrario no podremos aplicar la LJ, sino que será necesario acudir a la regulación general de la LECrim.

En este sentido Lorca Navarrete<sup>42</sup> incide en que no se trata de atribuir al fiscal la instrucción sumarial, sino sólo de cambiar la instrucción misma para que esta deje de ser inquisitiva y pase a ser una imputación acusatoria.<sup>43</sup> Y efectivamente tal cambio se produce, pero no sólo por la apa-

<sup>40</sup> Sobre la problemática de la figura del imputado y su conceptualización, véase Renedo Arenal, M. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Sevilla, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2007.

<sup>41</sup> Ésta es la postura mantenida por Vegas Torres, J., “Comentario...”, *cit.*, pp. 304 y ss.

<sup>42</sup> Véase Ganzaenmüller, C., Frigola, J. y Escudero, J. F., *Guía práctica de la Ley del Jurado. Comentarios y esquemas*, Barcelona, 1996, pp. 126 y 127: “sin embargo, aún a pesar de este desideratum, el Ministerio Fiscal no ve potenciadas en absoluto sus atribuciones, sino que se le considera una parte procesal más y así se aprecia tanto en la exposición de motivos, como en la Ley de modificación del 16 de noviembre, donde se advierte la preocupación del legislador por sustituir toda mención expresa el Ministerio Fiscal, por el término genérico de las partes”.

<sup>43</sup> Véase Lorca Navarrete, A. M., *op. cit.*, nota 15, pp. 437 y 438, y “La aplicación del modelo adversarial del proceso penal al ordenamiento jurídico español”, *Diario La Ley*, año XXIV, núm. 5869, lunes 13 de octubre de 2003, pp. 1 y ss., del mismo autor, “Algunas cuestiones que plantea el concepto de parte en el proceso penal (I)”, *El Derecho. Diario de Jurisprudencia*, año X, núm. 1773, martes 15 de abril de 2003, pp. 1 y ss.; en donde insta la existencia de un Fiscal que ejerza, materialmente, la acusación, dejando atrás la figura de un Ministerio Fiscal que ayude o coadyuve en la actividad de inquisi-

rente nueva posición del Ministerio Fiscal, sino, y sobre todo, porque se instaure, con mucha más fuerza, el principio contradictorio desde el inicio del procedimiento. Se establece en suma un “nuevo sistema de relaciones procesales entre el órgano jurisdiccional de instrucción, de una parte, y el Ministerio Fiscal y el resto de los intervinientes en el proceso, de otra”.<sup>44</sup>

No cabe duda, como afirma algún autor,<sup>45</sup> de que se continúa la tendencia ya iniciada en la LO 7/1988, de potenciar las facultades del Ministerio Fiscal, y quizá esta potenciación sea la que ha despertado tantas críticas, desde luego merecidas, hacia el nuevo modelo de instrucción de la LJ, pues no se pone en duda sólo el citado modelo, sino que se critica esa tendencia imparable hacia una investigación acusatoria, regida por el principio de contradicción, en la que el Ministerio Fiscal, entonces sí, no ahora, será el órgano encargado de la investigación, otorgando una nueva situación al juez de instrucción, como juez de garantías o juez de libertades.

#### V. FUTURO DEL NUEVO MODELO DE INSTRUCCIÓN ADELANTADO POR LA LEY DEL JURADO

De la exposición de motivos de la LJ y especialmente de la disposición final cuarta de dicho texto legal, se deduce de forma inequívoca que el legislador está pensando en una futura reforma de la LECrim, en la que se generalicen los criterios procesales de la LJ.

ción, persecución e investigación del instructor. No debe desaparecer la instrucción, sino el cometido funcional del instructor pasando de estar comprometido con la acusación a permitir que, no formalmente, sino con sustantividad acusatoria, las partes plateen sin complejos técnicos la imputación acusatoria.

<sup>44</sup> Véase en relación con el sistema acusatorio-adversarial, de Franchis, F., *Dizionario Giuridico Inglese-Italiano*, Milán, 1984, pp. 107 y 313, en el que pone de manifiesto como notas del sistema, entre otras, la cualidad de partes del acusador y acusado, y la paridad de estas partes ante el juez; Damaska, M. R., *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, pp. 109 y ss. También Lozano-Higuero Pinto, M., “Principios dispositivo, de controversia y acusatorio: origen histórico, diferencias y significado actual”, *Estudios de derecho procesal en homenaje a Adolfo Gelsi Bidart*, Montevideo, 1999, pp. 271-292, especialmente, p. 290, en donde se hace referencia al sistema acusatorio angloamericano y a los orígenes filosófico-políticos del mismo, así como a su ideología subyacente, distinguiéndole del principio de controversia (*Verhandlungsmaxime*).

<sup>45</sup> Véase Narváz Rodríguez, A., “El Fiscal en la Ley...”, *cit.*, pp. 323 y ss.

En efecto, la exposición de motivos, al tratar el fundamento constitucional de la institución del jurado, da una idea de la intencionalidad del legislador de cara a la expansión futura del modelo regulado en la LJ, y así establece: “la institución del Jurado aparece con una renovada carga de sugerencias y matices capaces de dar sentido y proyección a la realidad social, hoy suficientemente contrastada, que demanda un cambio urgente en los modos de administrar justicia”.

Su desarrollo no es, en consecuencia, tan sólo un imperativo constitucional, sino que es una urgente necesidad en cuanto que pieza decisiva de una reforma en profundidad del conjunto de la administración de justicia, que es sentida como necesidad inaplazable por buena parte de los ciudadanos”.

La importancia, por tanto, del modelo de la LJ, no es en sí su aplicación práctica, que de hecho es escasa, sino el “servir de correa de transmisión”<sup>46</sup> de este modelo para que pueda ser adoptado en la generalidad de los juicios por delitos.

Por eso, al plantearse el futuro del modelo regulado en la LJ es absolutamente necesario acudir a su disposición adicional cuarta, ésta fue introducida en el trámite de aprobación de la ley ante el Pleno del Congreso, sin que apareciese en los textos anteriores. En la misma se prevé una futura reforma de la LECrim. La propuesta no es nueva y como se puede comprobar, y había vaticinado parte de la doctrina,<sup>47</sup> doce años después de la aprobación de la ley, ha caído en el olvido, como otras anteriores.

El hecho de que un hipotético futuro proceso penal se asiente sobre los principios acusatorio y de contradicción, así como la simplificación de la investigación,<sup>48</sup> es un anhelo generalizado y ya antiguo. En este sentido la previsión del legislador es perfectamente atendible, y ello sería lo lógico.

Pero en esta disposición final cuarta se hace alusión a otras cuestiones que son verdaderamente “inquietantes”.

<sup>46</sup> Tome García, J. A., *op. cit.*, nota 1, pp. 92 y 131.

<sup>47</sup> En este sentido, Ganzenmüller, C., Frigola, J., y Escudero, J. F., *op. cit.*, nota 42, pp. 313 y ss.

<sup>48</sup> Véase Mares Roger, F. y Mora Alarcon, J. A., *op. cit.*, nota 16, p. 510. Los autores no alcanzan a entender el significado de una disposición como la que nos ocupa, toda vez que no resulta viable la exigencia de responsabilidad frente al incumplimiento gubernamental de dicha previsión, por lo que es previsible que corra la misma suerte que la mayoría de los compromisos gubernamentales en materia judicial.

En primer lugar se habla de una generalización de los criterios procesales de la LJ a dicha reforma procesal. ¡Dios no lo permita! Ya se han mencionado en apartados anteriores las objeciones que sobre el modelo regulado en la ley pueden hacerse, y a ellas nos remitimos ahora de forma global, pero, aun a pesar de resultar reiterativos, es rechazable que la imprecisión, en figuras tan fundamentales como el órgano instructor o la del Ministerio Fiscal, que reina durante la fase de instrucción en el procedimiento ante Tribunal del Jurado, se extendiera a todos los procesos penales por delitos de nuestro sistema procesal-penal. Una cosa es tomar como punto de partida, para su perfeccionamiento y desarrollo, ese nuevo posicionamiento de las citadas figuras y otra que se trasvase, de forma generalizada, tal y como está regulado en la LJ el criterio seguido por la misma, lo que provocaría que, nuevamente, el legislador se quedase a medio camino entre el sistema acusatorio-formal y el verdadero sistema acusatorio, deseable, a todas luces, pero adecuadamente establecido.

En esta misma línea, también era preocupante que solo se diera el plazo de un año para la ingente labor que el legislador encomendaba. Por una vez, es bien recibido el incumplimiento de los plazos en este sentido.

Por último, se habla en la disposición final cuarta de la modificación de la LECrim. No se habla de una reforma del proceso penal global y generalizada, sino simplemente de una modificación. Quizá sea hora ya de llevar a cabo la elaboración de una nueva LECrim, como ya se ha hecho en el ámbito civil en el 2000, —no sería el primer intento e, indudablemente, tampoco el último—, abandonando esa incesante introducción de nuevos preceptos en nuestra antigua y magnífica Ley Procesal Penal, que sólo han servido, en muchos casos, para maltratarla y hacerla perder muchos de los valores de los que se hacía merecedora en 1882, y sobre todo, su coherencia interna.<sup>49</sup>

Necesariamente hablar del futuro del modelo de instrucción instaurado por la LJ pasa por hablar, también, del futuro del Ministerio Fiscal, y

<sup>49</sup> Sobre dicha simplificación ha existido una reforma legislativa que han contribuido a afirmar un importante avance en el logro de dicho anhelo, la Ley 38/2002, del 24 de octubre (BOE del 28 de octubre de 2002, núm. 258), por la que se introducen en el sistema español los nuevos juicios rápidos.

más concretamente sobre la posibilidad de que se atribuya la instrucción al mismo,<sup>50</sup> siguiendo un sistema acusatorio puro.

Como lo demuestran los sistemas seguidos en nuestro entorno continental, la existencia de un fiscal instructor, con independencia de la valoración que de la misma se puede realizar, negativa en muchos casos,<sup>51</sup> es viable; pero dicho esto hay que preguntarse si tal función puede llegar a corresponder al Ministerio Fiscal en el ordenamiento español tal y como en la actualidad está previsto.

Hoy por hoy, en la modesta opinión de quien suscribe, tal hipótesis no es sostenible por diversas causas. En primer lugar por cuestiones organizativas, puestas de manifiesto por la Circular de la Fiscalía 1/1989 —que a pesar del transcurso de los años se mantiene actual en su denuncia—,

<sup>50</sup> Salom Escriba, J. S., “Disposición final cuarta”, *Comentarios...*, *cit.*, nota 13, pp. 1001 y ss. Afirma el autor que, en efecto, “sería preferible que, en lugar de proceder a una nueva modificación de la LECrim, dado el calado y trascendencia de la reforma que se pretende, se procediera a la promulgación de una nueva Ley Procesal Penal”.

<sup>51</sup> Así, propugnan, con más o menos vehemencia, la figura de un fiscal instructor: Gimeno Sendra, V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal constitucional (I)”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial IV, *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, 1989, pp. 267 y ss., y del mismo autor, “Algunas sugerencias sobre la atribución al MF de la investigación oficial”, *Justicia-88*, núm. IV, 1988, pp. 829 y ss.; Calvo Sánchez, M. C., “Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal”, *Justicia-90*, núm. I, 1990, pp. 49 y ss.; González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos...*, *cit.*, pp. 120 y ss.; Flores Prada, I., *El Ministerio Fiscal...*, *cit.*, pp. 489 y ss.; Marchena Gómez, M., “Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988”, *La Ley*, núm. 2, 1989, pp. 1109 y ss.; Rodríguez Ramos, L., “¿El juez de instrucción es inconstitucional?”, *Actualidad Aranzadi*, año VI, núm. 261, 19 de septiembre de 1996, pp. 1 y ss.; Ruiz Vellido, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial*, Madrid, núm. especial II, *Justicia Penal*, 1988, pp. 53 y ss.; Armenta Deu, T., *Criminalidad de bagatela...*, *cit.*, pp. 145 y ss.; Garberí Llobregat, J., “El proceso penal abreviado: ámbito de aplicación y principios informadores de la fase instructora”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 17, 1992, pp. 13 y ss.; Pleiteado Mariscal, P., “Notas sobre el Ministerio Fiscal investigador y el principio de oportunidad en la reforma del proceso penal español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 7, 2005, pp. 203 y ss.; López López, A. M., “Las diligencias del Fiscal investigador”, *Actualidad Penal*, núm. 15, 12-18 abril de 1993, pp. 197 y ss.; Gambon Rodríguez, G., “Hacia la supresión del juez instructor”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1993, pp. 299 y ss.; Baño y Aracil, J., “El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos”, *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo de 1994, pp. 1743 y ss.; Sainz Ruiz, J. A., “Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿hacia un Fiscal instructor?”, *Revista General de Derecho*, núm. 667, abril de 2000, pp. 3791 y ss.

en la que se alude a la falta de las condiciones necesarias, dada la carencia de dotaciones personales y materiales suficientes, para que se pueda llevar a cabo con efectividad una labor investigadora por los miembros de dicha Fiscalía. Por ello, en tanto no haya una importante dotación de medios personales y materiales, los fiscales, difícilmente podrán asumir la tarea a la que parece están llamados.

Por otro lado, es necesario superar las reticencias que provoca la vinculación del Ministerio Público al ejecutivo. Y digo, conscientemente, superar las reticencias y no el modelo, porque en la situación actual, como ya ha indicado algún autor,<sup>52</sup> se ha desplazado prácticamente el concepto de dependencia, aunque no se ha logrado diseñar aún el nuevo marco de relación entre gobierno y Ministerio Fiscal. Es, precisamente, la búsqueda de ese nuevo marco (o la clarificación del mismo) lo que se requiere. Bien se opte por mantener el Ministerio Fiscal en el entorno del Poder Ejecutivo,<sup>53</sup> bien por la judicialización de aquel, o bien por transformarlo en un órgano parlamentario,<sup>54</sup> lo importante es garantizar una posición autónoma de la institución.

Igualmente, resulta fundamental garantizar la imposibilidad de la discrecionalidad en la actuación del futuro fiscal instructor. La experiencia comparada, especialmente la italiana,<sup>55</sup> pone de manifiesto que dicha dis-

<sup>52</sup> Gómez Colomer, J. L., "No es conveniente que nos pueda procesar un fiscal", *Jueces para la Democracia*, núm. 2, octubre de 1987, pp. 9 y ss.

<sup>53</sup> Flores Prada, I., *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia 1999, p. 285.

<sup>54</sup> El mantenimiento de la figura bajo esta esfera no debe suponer la "sumisión" del Ministerio Fiscal al Ejecutivo, ni una intromisión política de este en aquel, pues el sistema de frenos y contrapesos del estado democrático garantizará, en cualquier caso, el aseguramiento del equilibrio del sistema y la autonomía de sus órganos.

<sup>55</sup> No es aquí el lugar para extenderse sobre tales opciones, por lógicas razones de espacio y tiempo, pero es interesante lo que al respecto indica Flores Prada, I., Así, propugnan, con más o menos vehemencia, la figura de un fiscal instructor: Gimeno Sendra, V., "El juez imparcial en la doctrina del Tribunal constitucional (I)", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial IV: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, Madrid, 1989, pp. 267 y ss., y del mismo autor, "Algunas sugerencias sobre la atribución al M.F. de la investigación oficial", *Justicia-88*, núm. IV, 1988, pp. 829 y ss.; Calvo Sánchez, M.C., "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal", *Justicia-90*, núm. I, 1990, pp. 49 y ss.; González-Cuellar Serrano, N., *Proporcionalidad y derechos...*, *op. cit.*, pp. 120 y ss.; Flores Prada, I., *El Ministerio Fiscal...*, *cit.*, pp. 489 y ss.; Marchena Gómez, M., "Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988", *La Ley*, núm. 2, 1989, pp. 1109 y ss.; Rodríguez Ramos, L., "¿El juez de instrucción es inconstitucional?", *Actualidad Aranzadi*, año

creccionalidad puede provocar una seria crisis en la actuación instructora del fiscal, por lo que es necesario prever mecanismos que impidan que tal situación pueda llegar a producirse.

Por último, es imprescindible para hacer posible una instrucción a cargo del Ministerio Fiscal que los miembros que componen aquel realicen un cambio de mentalidad y de actitud frente a su nueva posición, puesto que lo que se pretende no es una mejora o reforma parcial del papel del fiscal, sino una verdadera recolocación de aquella figura,<sup>56</sup> que indudablemente necesitará un esfuerzo adicional de trabajo, preparación y buena predisposición para llevarlo a cabo. Esperemos que el colectivo que compone en Ministerio Público esté dispuesto a ello.

Afirmado que en la situación actual la función instructora no puede ser llevada a cabo por el Ministerio Fiscal, es necesario indicar que todo apunta a que en un futuro no muy lejano nos veremos obligados a acometer una reforma de dicha situación. La unificación judicial europea, quizá aún lejana, pero inevitable, planteará antes o después el problema de un proceso penal común europeo en el que la intervención del Minis-

VI, núm. 261, 19 de septiembre de 1996, pp. 1 y ss.; Ruiz Vadillo, E., “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, Justicia Penal, Madrid, 1988, pp. 53 y ss.; Armenta Deu, T., *Criminalidad de bagatela...*, *op. cit.*, pp. 145 y ss.; Garberí Llobregat, J., “El proceso penal abreviado: ámbito de aplicación y principios informadores de la fase instructora”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 17, 1992, pp. 13 y ss.; Pleiteado Mariscal, P., “Notas sobre el Ministerio Fiscal investigador y el principio de oportunidad en la reforma del Proceso Penal Español”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 7, 2005, pp. 203 y ss.; López López, A. M., “Las diligencias del Fiscal investigador”, *Actualidad Penal*, núm. 15, 12-18 abril de 1993, pp. 197 y ss.; Gambon Rodríguez, G., “Hacia la supresión del Juez instructor”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 1993, pp. 299 y ss.; Baño y Aracil, J., “El Ministerio Fiscal en la instrucción de los delitos”, *Revista General de Derecho*, núm. 594, marzo de 1994, pp. 1743 y ss.; Sainz Ruiz, J. A., “Principio acusatorio en la fase de investigación: ¿hacia un Fiscal instructor?”, *Revista General de Derecho*, núm. 667, abril de 2000, pp. 3791 y ss., pp. 285 y ss.

<sup>56</sup> Véase Pignatelli, A., “Ministerio Público y juez en el futuro proceso penal italiano”, *Jueces para la Democracia*, núm. 2, octubre de 1987, pp. 27 y ss. Éste y otros problemas del Ministerio Fiscal en Italia, han motivado que en 2005 se llevara a cabo la reforma del “ordinamento giudiziario”, por Ley núm. 150, del 25 de julio de 2005 (*Gazz Uff.* núm. 175, 29 de julio); sobre la misma véase Chiavario, M., “El Ministerio Público en Italia como responsable de la investigación preliminar”, *El Ministerio Fiscal-Director de la instrucción*, Madrid, Ministerio de Justicia, Iustel, 2006, pp. 97 y ss.; que, entre otras importantes cuestiones, aborda reforma de la organización interna del Ministerio Público, limitando su independencia personal, a favor de la unidad de actuación.

terio Fiscal, de seguir lo ya planteado en el *Proyecto de Corpus Iuris*,<sup>57</sup> exigirá una adecuación de la realidad española de tal institución, pues el citado proyecto presenta un Ministerio Público europeo que sigue la línea establecida por la mayoría de los derechos nacionales integrantes de la Unión Europea, y que por tanto no concuerda con la naturaleza de la institución establecida en nuestro derecho patrio.

No obstante, en cualquier caso, la citada tendencia hacia el fortalecimiento en la posición del Ministerio Fiscal llevada a cabo por el modelo de instrucción del procedimiento ante el Tribunal del Jurado ha sufrido un serio revés en virtud de la ya citada reforma de la LECrim con la Ley 38/2002, por la que se introducen los nuevos juicios en España, en los que el Ministerio Fiscal pierde vigor frente a un fortalecimiento de la investigación previa de la policía judicial, manteniendo el sistema galo del juez de instrucción.

Habrà que esperar, una vez más, a la tan ansiada reforma global de la justicia criminal española que, mediante una reforma integral de la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, establezca, de una vez por todas, un modelo que no responda a meros estímulos exógenos y peligrosos experimentos, sino a una planificación y a un modelo claro, con unidad de sistema, que, eliminando la duplicidad de soluciones, otorgue un tratamiento igualitario a los ciudadanos y la seguridad jurídica requerida en un Estado de derecho.

<sup>57</sup> Pues, como indica Bacigalupo, E., “La posición del Fiscal en la investigación penal”, *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Pamplona, 2005, pp. 15 y ss., la cuestión no consiste en quién conduce la investigación previa al juicio, si el Ministerio Público o el juez de instrucción, sino en cómo se estructura normativamente esta investigación; ya que si el fiscal va a instruir con la misma técnica que los jueces de instrucción, el cambio de la figura no aportaría nada nuevo al proceso.