

ASPECTOS PARA UNA REFORMA DEL DERECHO PROCESAL PENAL ESPAÑOL*

JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL. III. SOBRE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL. 1. La recusación. 2. Las normas de reparto. IV. LA FASE DE INSTRUCCIÓN. 1. El papel de la policía en la fase de instrucción. 2. La acusación no pública en el proceso; en especial, en la instrucción. 3. Sobre el sobreseimiento provisional y el principio de presunción de inocencia. 4. Juez o fiscal instructor, cuestiones de contaminación. V. EL JUICIO ORAL: ¿NUEVAS TÉCNICAS AUDIOVISUALES?

I. INTRODUCCIÓN

Motivo y pretexto del presente artículo es el Curso de Verano de la Universidad Complutense de Madrid celebrado en Almería el pasado año bajo el título "La reforma de la Justicia Penal".¹ Si bien es cierto que en la actualidad no existen en el ámbito del proceso penal propuestas legislativas concretas de reforma, no es menos cierto que tras la entrada en vigor de la Constitución,

* Abreviaturas utilizadas de revistas alemanas: BB= Betriebs-Berater; DRiZ= Deutsche Richterzeitung; FS= Festschrift (libro homenaje); GA= Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, fundado por Th. Goldammer, 1880-1933; Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1953 ss.; JA= Juristische Arbeitsblätter; JR= Juristische Rundschau; Jura= Juristische Ausbildung; JuS= Juristische Schulung; JZ= Juristenzeitung; MDR= Monatsschrift für Deutsches Recht; MSchrfKrim= Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform; NJW= Neue Juristische Wochenschrift; NStZ= Neue Zeitschrift für Strafrecht; StV= Strafverteidiger; ZRP= Zeitschrift für Rechtspolitik; ZStW= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

** Profesor asociado de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn.

¹ El curso fue dirigido por el Prof. Enrique Bacigalupo Zapater, Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Penal y el secretario del mismo fue Manuel Jaén Vallejo, Prof. Titular de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria y Magistrado de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

tanto la praxis como la jurisprudencia constitucional han introducido lógicamente profundos cambios en los usos procesales de nuestra ya vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, cambios que imponen, en verdad, una reforma procesal penal general.² Parece obvio que lo que en su día Alonso Martínez calificara como un Código "de carácter tan liberal y progresivo como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo",³ tras más de un siglo de vida, puede que haya quedado obsoleto.

A continuación recojo brevemente algunas de las cuestiones tratadas durante el Curso de Verano,⁴ para seguidamente proceder a su análisis, en

² En este sentido, con razón, entre otros: SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL, "Notas en torno al Anteproyecto de Ley de medidas urgentes de reforma procesal", *Justicia*, 1992 (I), p. 7 ss. (20); CALVO, MARÍA DEL CARMEN, "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal", *Justicia*, 1990 (I), p. 49 ss. (51 s.); GIMENO SENDRA, VICENTE, "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", *Revista de Derecho Procesal*, 1992 (III), p. 505 ss., (519 s.).

³ Ley de Enjuiciamiento Criminal, Exposición de Motivos.

⁴ El curso contó con la presencia de destacados especialistas en la materia, muchos de los cuales ya habían tomado parte en cursos anteriores, invitados por el que fuera su director a la sazón, el siempre recordado ENRIQUE RUIZ VADILLO. En su primera sesión, dedicada especialmente a "la reforma de la instrucción" intervinieron MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ, Catedrático de Derecho penal, RAFAEL GARCÍA LARAÑA, Magistrado de la Audiencia Provincial de Almería, FERNANDO BREA SERRA, Fiscal de la Audiencia Provincial de Almería, y FRANCISCO DE ASÍS SÁNCHEZ, Juez del Juzgado de Menores Número 3 de Madrid; por cuestiones de cambio de fechas, también hubo de tratarse en esta primera jornada de "la reforma del recurso de casación" sobre la que disertó ENRIQUE BACIGALUPO. Al día siguiente se trató "la reforma de la fase intermedia" y "la prueba en el proceso penal" por CARLOS PÉREZ DEL VALLE, Prof. de Derecho penal y Letrado del Tribunal Supremo y MANUEL JAÉN VALLEJO, respectivamente. La tercera jornada versó principalmente sobre "la reforma del juicio oral", con la presencia de ARTURO BELTRÁN NÚÑEZ, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, MIGUEL CID CEBRIÁN, Abogado, JUAN BAUTISTA PARRA LLONCH, Teniente Fiscal de la Audiencia Provincial de Almería, JESÚS GUJARRO, del Colegio de Procuradores de Almería y de JOSÉ MARÍA BRÚ MISAS, Secretario Judicial del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 2 de Almería; también en esta sesión participó JOSÉ JIMÉNEZ VILLAREJO, ex-presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, quien habló de la "Imparcialidad del Tribunal". El cuarto día intervinieron LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Catedrático de Derecho penal y JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Vocal del Consejo General del Poder Judicial y Magistrado, quienes disertaron, respectivamente, sobre "La reforma de la Instrucción" y sobre "La reforma del recurso de apelación". La última sesión estuvo dedicada, en primer lugar, a "La responsabilidad civil en el proceso penal", a cargo del catedrático de Derecho penal, GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, en segundo término a "Las sanciones administrativas", con ponencia de PASCUAL SALA SÁNCHEZ, Magistrado del Tribunal Supremo. - Los nombres citados en el texto entre paréntesis hacen referencia a opiniones de los participantes durante las ponencias o las discusiones a las que éstas dieron lugar.

especial confrontándolas —como ya hiciesen algunos de los ponentes— con el Derecho positivo procesal alemán así como con la Jurisprudencia y Literatura científica de aquel país, cotejo que, sin lugar a dudas, arrojará, a modo de *tertium comparationis*, luz sobre los diversos problemas y, en algunos casos, aconsejará una revisión del Derecho procesal español orientada quizá⁵ según el modelo alemán. La amplia gama de temas tratados durante el curso hará imposible estudiar con exhaustividad todos ellos; en especial, se han recogido aquellos problemas en los que he considerado que el Derecho procesal, la Jurisprudencia y la doctrina alemanas podía servir —al menos, en principio— de modelo.⁶

II. SOBRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO PROCESAL PENAL

Una primera conclusión del Curso de Almería se refiere a una cuestión metodológica y apunta indirectamente —como a continuación veremos— a la necesidad de una reforma global del Derecho procesal penal. Por varios de los ponentes se resaltó —y, en todo caso, de todas las ponencias se pudo inferir— la falta de base de una radical separación entre el llamado Derecho penal material y el Derecho procesal penal, como estamos acostumbrados a oír. La separación es tan artificial como superflua. Esta conclusión no puede sino ser aquí confirmada.

Ya desde un punto de vista histórico se puede constatar que la separación del Derecho procesal y el material penal en diversos códigos es relativamente reciente.⁷ Y es que en efecto, una radical separación entre el denominado Derecho procesal penal y el Derecho material penal se basa en la llamada "teo-

⁵ Otros estudios de Derecho comparado que tengan en cuenta jurisprudencia y literatura científica en Francia, Italia, Reino Unido, etc., son asimismo, no sólo imaginables, sino obviamente también, necesarios.

⁶ Véase sobre el proceso penal alemán, en general, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, *El proceso penal alemán, Introducción y normas básicas*, Barcelona, 1985; SCHÖNE, WOLFGANG, "Líneas generales del proceso penal alemán (instrucción, juicio y tendencias de reforma)", *Justicia*, 1989 (III), p. 685 ss.

⁷ Cfr. al respecto SCHROEDER, FRIEDRICH-CHRISTIAN, *Strafprozessrecht*, 2.^a ed., München, 1997, 2/6; BEULKE, WERNER, *Strafprozessrecht*, 3.^a ed., Heidelberg, 1998, número marginal 8; a favor de una separación entre Derecho penal material y Derecho procesal penal, sin embargo, la —sin duda— autorizada voz de EBERHARD SCHMIDT, *Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts*, 2.^a ed., Göttingen, 1964, números 24 ss., 34 ss.

ría general del proceso" alemana, una teoría que, sin embargo, no ha alcanzado predicamento entre la doctrina mayoritaria. Según este intento, se podrían extraer de los distintos "Derechos procesales" unos principios generales, digamos: una "Parte General del proceso", de los cuales, a su vez, se pudieran inferir consecuencias para un Derecho procesal penal autónomo. Pero esto, en verdad, no es factible.⁸ En primer lugar, un paralelismo entre el Derecho procesal penal y el Derecho procesal civil ha de ser ya rechazado de plano —y sobre esto reina unanimidad— puesto que el *derecho* a imponer una pena por parte del Estado no puede ser comparado en absoluto con el *derecho* del demandante civil a que se resuelva judicialmente su pretensión. Tampoco de una comparación con el procedimiento administrativo se pueden inferir mayores conclusiones. Y es que precisamente ambos procedimientos resultan opuestos. Mientras que el procedimiento administrativo es un procedimiento protector contra una agresión del Estado, el procedimiento penal, aun rodeado de todas las cautelas necesarias, lo cierto es que supone un procedimiento agresivo por parte del Estado sobre un particular. Por último, a diferencia de en ambos procesos, el civil y el administrativo, en donde el inicio de los mismos es querido por el ciudadano —al menos por una de las partes—, en el procedimiento penal el comienzo de las actuaciones no resulta, por lo general,⁹ opcional para ninguno de los participantes: ni el presunto autor puede oponerse a que se inicien las investigaciones, ni el juez de instrucción puede decidir sobre la no persecución de determinados delitos. Por lo demás las pretensiones civiles y administrativas son cursadas normalmente fuera de un procedimiento judicial —así, habitualmente se paga la renta a fin de mes, se concede una subvención de acuerdo a Derecho, etc.—, a diferencia de las pretensiones de Derecho penal, que no pueden existir como pretensiones válidas

⁸ Cfr. aquí y en lo siguiente, por todos, ROXIN, CLAUS, *Strafverfahrensrecht, Ein Studienbuch*, 25.^a ed., München, 1998, 1/10 ss. El prof. Roxin es una magnífica muestra de cómo Derecho procesal y material penal deben unirse en la ciencia conjunta del Derecho penal. Véase también, GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, "El nuevo plan de estudios de la licenciatura de Derecho y el Derecho jurisdiccional, etc.", *Justicia*, 1991 (II), p. 315 ss. (p. 329 nota 52); DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, "Acerca de la reforma procesal", *Revista de Derecho Procesal*, 1995 (1), p. 141 ss. (156 ss.); en parte, ARMENTA DEU, TERESA, "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", *PJ* 41-42 (2.ª/3.ª época), 1996 (I), p. 53 ss. (53 s.); COLMENERO GUERRA, JOSÉ ANTONIO/GUZMÁN FLUJA, VICENTE CARLOS, "Derecho Procesal orientado a las consecuencias. División del juicio oral en dos fases", *Revista de Derecho Procesal*, 1990 (3), p. 599 ss. (600 s).

⁹ El argumento, empleado habitualmente, no resulta de todas formas decisivo, pues existen excepciones al mismo: como es sabido, en ocasiones las partes pueden decidir si se querellan o no como requisito procedimental previo de persecución de determinados delitos (ej.: art. 215 CP).

fuera del proceso. Aun cuando alguien quisiese que se le impusiera una pena voluntariamente por un hecho cometido, habría de desarrollarse de todas formas un proceso penal antes de la imposición de la misma.

En definitiva, por todos estos y otros motivos que aquí han de ser dejados al margen, la doctrina mayoritaria concluye que, aunque se puedan encontrar con carácter general ciertos "conceptos del Derecho procesal", en verdad una definición con contenido propio sólo puede lograrse dentro de un determinado Derecho procesal, *no existiendo pues una "teoría general del proceso"*: definiciones y conceptos genéricos a todos los procesos o bien no existen, o bien si existen son demasiado abstractos para servir como líneas de actuación práctica o teórica. Así pues, no existiendo un Derecho procesal autónomo, se ha de concluir que el denominado Derecho penal material y el Derecho procesal penal se encuentran indefectiblemente unidos. Unas —pretendidas— normas penales sin un proceso que las ponga en práctica resultarían de igual manera papel mojado, que lo resultan unas normas procesales sin un contenido material complementario.

Y es que la pretendida separación Derecho procesal/Derecho penal ni tan siquiera se puede ejecutar de forma exacta aunque se quisiese. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha considerado que es equivalente que la cuestión del contenido de injusto y culpabilidad respecto de la tenencia de pequeñas cantidades de drogas como delito bagatela, se entienda como un problema procesal o como un problema de Derecho penal material.¹⁰ O basta pensar en problemas como el de la prescripción del delito (art. 130 5.º CP), un problema a caballo entre el Derecho penal material y el procesal (cfr. art. 666 3.º LECr), cuando no una cuestión "procesal" regulada en el Código penal, como entiende en Alemania la doctrina dominante. O en temas como el de las costas procesales reguladas en el los arts. 123 y s. del CP o el de la cancelación de antecedentes delictivos de los arts. 136 y s. del CP, etc. Tampoco son fácilmente encuadrables en uno u otro ámbito cuestiones como las de las condiciones objetivas de punibilidad —ej: no ser familiar en los delitos patrimoniales (art. 268 CP)—, pues éstas no se diferencian en absoluto desde un punto de vista funcional de los presupuestos de procedimentalidad del Derecho procesal penal como la licencia del juez del plenario respecto de las injurias y calumnias cometidas en el mismo (art. 279 LECr). Un último ejemplo: La exclusión de la apertura del juicio oral mediante el sobreseimiento libre al no ser el hecho constitutivo de delito (art. 637.2 LECr), esto es, un instituto del

¹⁰ BVerfGE 90, 145 [=sentencia del Tribunal Constitucional alemán citada según la colección oficial].

denominado Derecho procesal penal, es, en los supuestos claros de concurrencia de una causa de justificación, *equivalente y por ello intercambiable* y preferible —y así lo viene entendiendo la Jurisprudencia¹¹— a la sentencia absolutoria basada en esa causa de justificación, esto es, basada en normas de Derecho penal material.

Por todo ello, una reforma consecuente del Derecho penal difícilmente puede ser alcanzada sin reformar a su vez el Derecho procesal penal. El Derecho penal material en la práctica será sólo tan bueno como lo permita el Derecho procesal penal que le sirva de marco y viceversa, un Derecho procesal penal moderno será una mera quimera sin un Derecho penal material que lo complemente en esa misma dirección. Tratar de separar en la doctrina e investigación el Derecho procesal penal y el material resulta un intento vano de desligar lo que la práctica, día a día, muestra unido.¹² Por lo que respecta a la legislación, ambos marcos también se deben encontrar unidos *bajo el manto común de la política criminal*. En efecto, toda política criminal que pretenda efectividad ha de incidir por igual en ambos ámbitos, en el Derecho procesal penal y en las normas penales materiales, igual que habrá de incidir por igual en los ámbitos de la tipicidad, de la antijuricidad o de la culpabilidad, etc. Desde el momento que no se entienda por Derecho procesal un mero conjunto de rígidas reglas formalistas de simple técnica de desarrollo del proceso y de establecimiento temporal de plazos, sino, antes bien, un conjunto de reglas para la protección de los Derechos de la víctima y del inculpaado y, en definitiva, para la resolución —junto con otras— de conflictos sociales,¹³ encontramos un Derecho procesal unido en sus raíces con el llamado Derecho material penal.¹⁴

¹¹. Por ejemplo en la STS de 7 de junio de 1988.

¹². Al respecto convenga quizá aludir a las palabras de *Immanuel Kant*: "No es culpa de la teoría, cuando aparece todavía en pocas ocasiones en la vida práctica, sino que es culpa de que no había suficiente teoría" ("Da lag es dann nicht an der Theorie, wenn sie zur Praxis noch wenig taugte, sondern daran, dass nicht genug Theorie da war"), que recuerdan que el Derecho procesal penal —en contra de la opinión de algunos "prácticos"— también se encuentra necesitado de construcciones dogmáticas, y que si en ocasiones éstas parecen poco relevantes para la práctica, será porque no se encuentran lo suficientemente elaboradas como sería deseable.

¹³. Según esta concepción, incluso los meros plazos tienen su sentido material, pues, que duda cabe, que la forma es el primer garante de la seguridad jurídica.

¹⁴. Esta conclusión no significa que la distinción Derecho procesal penal/Derecho penal material no posea ningún valor a efectos sistemáticos, didácticos y pedagógicos, pero todo esto probablemente no más allá —llevado a sus últimas consecuencias— que la distinción entre tipicidad y causas de justificación o entre la Parte general y la Parte especial del Derecho penal.

III. SOBRE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

1. La recusación

En el marco de la discusión sobre la reforma de la fase de instrucción se hizo mención crítica en varias de las ponencias presentadas al —hoy, tan "de moda"— derecho de las partes a la recusación de Magistrados y Jueces (arts. 52 ss. LECr).¹⁵ En general se distinguirían dos tipos de motivos de las posibles causas de pérdida de la imparcialidad. Las de carácter objetivo, esto es, aquellas que tienen que ver con el proceso en sí, y las de carácter subjetivo o relacionadas con las partes. Respecto de las primeras no sería ya sólo la parcialidad lo que provocaría el apartamiento del juez del caso, sino incluso "la apariencia de parcialidad". A este respecto se criticó el inútil juego de palabras que supondría diferenciar entre "parcialidad" y "apariciencia de parcialidad": si se acepta la recusación es porque los motivos de la misma quedaron probados, por lo que resultaría tan hueco hablar de "apariciencia" de parcialidad, como de "apariciencia de prueba" en la prueba de indicios (Bajo Fernández; Jiménez Villarejo; Bacigalupo). También se censuró de la actual situación legislativa, el hecho de que el derecho a la recusación sea un derecho rogado, lo cual casaría mal con su carácter de Derecho fundamental (Bajo Fernández).¹⁶ Una reforma de este derecho a la recusación sería deseable, se señaló finalmente, para evitar abusos.

Sin lugar a dudas una futura, hipotética reforma de la LECr debería resolver esta importante cuestión¹⁷ mediante una solución que tenga en cuenta ambos aspectos del problema, a saber, que por un lado garantice el Derecho fundamental al juez imparcial y, por otro, no descuide el derecho de la víctima y de la sociedad a la resolución de conflictos haciendo concesiones demasiado amplias al presunto autor del delito, concesiones que en su grado extremo quebrantarían el principio del juez predeterminado por la ley, pues conducirían a que el presunto autor pudiese "buscarse" un determinado juez. La cuestión, en

¹⁵ Véase, últimamente, la monografía de ARIAS DOMÍNGUEZ, *Abstención y recusación de jueces y magistrados*, 1999.

¹⁶ Cfr. también las SSTs 21-6-97; 3-11-95; y la STC 60/95.

¹⁷ Otros temas, que aquí han de dejarse de lado, también merecen una nueva respuesta legislativa, como la insatisfactoria cuestión de quién decide sobre la recusación misma; cfr. al respecto, RODRÍGUEZ RAMOS, LUIS, "Inconstitucionalidad de la nueva normativa sobre recusación de jueces: parcialidad del que juzga la parcialidad de otro juez. (Comentario a una providencia del Tribunal Constitucional)", *AP*, 1989 (II), p. 1999 ss.

toda época sin duda de gran relevancia, ha adquirido por lo demás en los últimos tiempos una especial trascendencia, puesto que, como es sabido, en la actualidad cada vez es más frecuente en procedimientos de cierta significación social que se produzcan incidentes recusatorios. A continuación se trata de arrojar cierta luz a la problemática, de la mano de la regulación y praxis alemanas.

En Alemania se distingue entre causas de "exclusión" de un determinado juez (§§ 22 s. StPO) y causas que motivan la posibilidad de "recusación" (§ 24 StPO). La "exclusión" viene determinada directamente por la ley en los casos en que el juez ha sido también lesionado por el delito, cuando es familiar de la víctima o del inculpado, cuando en una fase anterior de ese mismo procedimiento ha sido funcionario del MF, de la policía o abogado de víctima o inculpado, cuando ha declarado en la causa como testigo o perito y, finalmente, cuando intervino como juez en una fase anterior del proceso de una sentencia que posteriormente se recurre o revisa. En todos estos casos el legislador ha supuesto que el juez difícilmente puede ser parcial, de tal manera que deberá abstenerse de actuar. Si él mismo no conociese el motivo de la exclusión y de todas formas interviniese, la sentencia será revisable en casación (§ 338 Nr. 2 StPO). - Por su parte, la "recusación" del § 24 StPO, que se deberá hacer valer por alguna de las partes, puede tener causa en los mismos motivos que los de la exclusión —en caso de que el propio juez no se haya todavía abstenido— o bien tener como motivo abierto aquel que el legislador alemán ha denominado "temor de parcialidad" y que a continuación estudiaremos.

Como se ve, el sistema es parecido al español. Los motivos de "exclusión" de la legislación alemana vienen a coincidir en lo esencial con las causas de recusación 1.^a a 8.^a del art. 54 de nuestra LECr, los cuales asimismo —en virtud del art. 55 LECr— son observables de oficio mediante inhibición por parte del juez. Por su parte, la cláusula abierta de "temor de parcialidad" recoge sin duda nuestros supuestos de "tener interés directo o indirecto en la causa" (art. 54 9.^a), de "amistad íntima" (10.^a) y de "enemistad manifiesta" (11.^a), si bien es cierto que la regulación alemana, como digo, una regulación abierta, va más allá de estos supuestos.

Sin embargo —y en esto residiría quizá un posible modelo a seguir para futuros cambios—, aunque la cláusula abierta está siendo interpretada por la jurisprudencia, a mi juicio, acertadamente, de una forma restrictiva, con lo cual se evitan abusos (a), la fórmula de *numerus apertus* permite recusar en ocasiones en las que en España no existe tal posibilidad (b).

(a) En primer lugar, la valoración de los hechos que se pretenden motivo de recusación ya supone una primera restricción,¹⁸ pues la misma se realiza de un modo objetivo, aun cuando se adopte la perspectiva del recusador y no la del juez. Para ello se pregunta si un "encausado razonable" también habría tenido motivos para "temer" sobre la imparcialidad del juez.¹⁹ Si la respuesta es afirmativa, la recusación será posible. Si la respuesta es negativa, la misma no será factible aun cuando la parte, de hecho, diga recelar sobre la imparcialidad del juez. Otra interpretación conduciría a dejar el instituto de la recusación en manos de la defensa que, a su propio arbitrio podría buscarse un juez determinado.²⁰ Por lo demás, también se evita que una "hipersensibilidad" —fingida o real— del acusado pueda ser tenida en cuenta, en primer lugar, causando un retraso al procedimiento, en segundo, en su caso, afectando al principio constitucional del juez predeterminado por la ley. Sin embargo, cuando se dice en Alemania que "no es necesario que el juez sea de verdad parcial"²¹ —como en España cuando se habla de "apariencia de parcialidad"—, esta formulación es, cuando menos, imprecisa. En efecto, si el juez desde un punto de vista psíquico era parcial o no, no resulta accesible a la ciencia del Derecho, por lo que tales disquisiciones resultan superfluas. Sea como fuere, sobre lo que reina unanimidad es que no es necesario que él mismo también se considere parcial.

El criterio del "acusado razonable", que, como se ve, ya de por sí supone una limitación importante de la cláusula abierta, se concreta a su vez en una aplicación restrictiva del mismo en los casos concretos. A efectos expositivos quiero dividir éstos en cuatro grandes grupos:

¹⁸ En contra de una interpretación restrictiva, sin embargo, TEPLITZKY, OTTO, "Probleme der Richterablehnung wegen Befangenheit", *NJW*, 1962, p. 2044 ss.; EL MISMO, "Die Richterablehnung wegen Befangenheit", *JuS*, 1969, p. 318 ss. (319); siguiéndole, KREKELER, WILHELM, "Der befangene Richter", *NJW*, 1981, p. 1633 ss. (1636). Esta opinión ha sido contradicha con argumentos contundentes especialmente por WASSERMANN, RUDOLF, "Richterablehnung wegen Befangenheit", *NJW*, 1963, p. 429 ss.; SARSTEDT, WERNER, comentario a *BVerfG JZ*, 1966, p. 312 ss., en: ídem, p. 314 s.; ambos con argumentos parecidos a los empleados en el texto. - Un detallado resumen sobre la jurisprudencia alemana en el tema de la recusación hasta la década de los 60 ofrece SCHORN, "Die Ablehnung eines Richters im Strafprozess in Rechtsprechung und Schrifttum", *GA*, 1963, p. 161 ss., de la que se desprende que ya entonces se aplicaba el instituto de una forma ciertamente reducida. Sobre la jurisprudencia actual, cfr. a continuación en el texto.

¹⁹ Cfr., por todas, BGH 21, 334, 341.

²⁰ Cfr. en este sentido, por ejemplo, PFEIFFER, GERD, en: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz* (en adelante: KK), ed. por el mismo, 4.ª ed., München, 1999, § 24, número marginal 3.

²¹ KK-PFEIFFER, § 24, número marginal 3; en sentido parecido KREKELER, *NJW*, 1981, cit., p. 1633 ss. (1634).

1.- Respecto de los *conflictos entre acusado y juez*, en Alemania se cuida especialmente que la posibilidad de la recusación no quede en manos de este último, por ejemplo porque haya provocado él mismo una situación de tensión con el tribunal.²² Así, el claro insulto a un juez calificándolo como psicópata no fundamenta en absoluto la recusación.²³ Solo cuando el Juez reacciona a los insultos del acusado de forma desmedida —por ejemplo al insulto de "cagón" el juez responde llamando al acusado "gangster"²⁴ se puede estar ante un motivo de recusación. Otros ejemplos de situaciones de tensión que dieron lugar a la recusación del juez fue el caso del magistrado que manifestó que consideraba al acusado como "un enfermo mental" debido a las opiniones políticas de éste vertidas en el juicio²⁵ —aquí no es constatable una provocación—, o bien cuando, tras hacer ver el juez al acusado que él no era quién para indicarle a un testigo que debía decir la verdad, y después de que el acusado no atendiera a tal observación, el juez le instó a que "cerrara el pico".²⁶ No existe, en cambio, motivo de recusación por "temor de parcialidad" —en España tampoco entraría en consideración la "enemistad manifiesta"— cuando el juez, ante los insultos del procesado o de su defensor, reacciona según los medios que le ofrece su derecho de policía durante el plenario, por ejemplo, expulsando al acusado de la sala,²⁷ ni tampoco es motivo suficiente para una recusación el hecho de que se haya sostenido una opinión científica con anterioridad contraria a las tesis de alguna de las partes.²⁸

2.- La interpretación restrictiva del instituto de la recusación es más clara aún respecto de las posibles *tensiones entre abogado defensor y juez*. Por lo general, estos conflictos no son reconocidos como causas válidas de recusación.²⁹ En efecto, se argumenta, un "acusado razonable" —es decir: de nuevo desde la perspectiva del observador imparcial— no puede inferir, sin más, que como consecuencia de las malas relaciones entre el Tribunal y su defensor vaya a producirse un tratamiento parcial *hacia él mismo*.³⁰ Así, aun en un caso

²² Cfr. al respecto, detallado, RABE, CLAUS, "Ablehnung des Strafrichters bei provokativem oder beleidigendem Verhalten des Angeklagten oder seines Verteidigers", *NJW*, 1976, 172 ss.

²³ *KG JR*, 1966, 229.

²⁴ *AG Oldenburg StV*, 1990, 259 ss.

²⁵ *LG Freiburg, StV*, 1982, 111.

²⁶ *BGH NJW*, 1984, 1907 ss. ("die Klappe halten").

²⁷ Esta circunstancia se dio con cierta frecuencia especialmente en los años 70 cuando se produjeron los juicios contra el grupo terrorista de extrema izquierda Baader-Meinhof.

²⁸ *BVerfGE* 1, 66 (69).

²⁹ Cfr., por todos, BEULKE, *Straprozessrecht*, cit., número marginal 72.

³⁰ Cfr., por ejemplo, *BGH StV*, 1986, 281.

en el que el juez había llamado al abogado "mocoso" se desestimó la recusación por el Tribunal Supremo alemán.³¹

3.- Por lo que respecta a las hoy día cada vez más frecuentes *campañas de prensa* respecto de un procedimiento todavía no concluso,³² las mismas no serán motivo de recusación a no ser que un juez determinado se deje influir ostensiblemente por ellas³³ y comente, por ejemplo, que está plenamente de acuerdo con lo publicado —aquí un "acusado razonable" llegaría también a la conclusión de que el juez ya no es parcial—. El sólo hecho de que el juez o jurado haya leído las informaciones de la campaña de prensa no es suficiente para la recusación. Como ha señalado el Tribunal Supremo Federal alemán hay que partir de que el juez o el jurado conoce su obligación de no dejarse influir por informaciones externas al proceso y que respeta dicho deber. En efecto, un observador imparcial no puede deducir del sólo hecho de que el juez haya leído cierto periódico cuál es la capacidad crítica —o dicho de un modo negativo— el grado de influencia que dicha "información" pueda haber ejercido en el juez. Es cierto que el juez puede dejarse influir, pero no lo es menos que esto no tiene porque ser así. Esto no quiere decir, ha dicho también el Tribunal Supremo Federal alemán, que la publicación de informaciones tendenciosas sobre procesos pendientes de resolución sea buena o que estas publicaciones no pongan en peligro efectivamente la imparcialidad del juez, pero de esto no se puede inferir —en otras palabras: sobrevalorar— la capacidad real de influencia de tales informaciones.³⁴

4.- La interpretación de las *relaciones de amistad entre las diversas partes* en el procedimiento como motivo de recusación se orienta también de un modo restrictivo por jurisprudencia y literatura científica. Así, respecto de las relaciones *juez-procesado*, incluso la pertenencia conjunta como viejos miembros a una fraternidad estudiantil, que precisamente tiene como objetivo principal fomentar las relaciones de amistad y camaradería entre sus miembros, no fue considerado motivo suficiente para la recusación de un juez.³⁵ Tampoco

³¹. BGH *NStZ*, 1987, 19 ("rotzig"). Sólo en casos extremos, pues, es una recusación por este motivo posible (BGH *NJW*, 1998, 2458 ss.). Esta especial importancia se consideró, por ejemplo, en las siguientes palabras: "me pregunto señor defensor, dónde ha aprendido Vd. Derecho" (BGH *NStZ*, 1993, 339), pero es obvio que en este caso, la apostilla del magistrado va más allá de un enfrentamiento con el defensor, para caer en un prejuizamiento de sus argumentos y, con ello, de la causa.

³². En detalle, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*, Madrid 1999, p. 105 ss.

³³. En este sentido ya, STS Sala 2.ª de 23-4-1992 (caso del aceite de colza).

³⁴. BGH 22, 294 s.

³⁵. OLG Bamberg BayJMBI. 1953, 156. - De todas formas, hay también otras sentencias en las que la mera amistad vecinal ha bastado (BGH *NJW*, 1957, 387).

bastó, en otra ocasión, una simple relación de compañerismo.³⁶ Respecto de las relaciones de amistad de *juez y abogado*, la interpretación es lógicamente aún más restrictiva, pues la relación procesal que une a ambos es tan sólo una relación mediata, de tal forma que es más difícil que un observador imparcial —el "acusado razonable"— piense en la posibilidad de la parcialidad. Esto ha sido reconocido incluso por la doctrina más generosa a la hora de aceptar motivos de recusación.³⁷ Por ello, se argumenta, es raro que la amistad entre abogado y juez sea motivo de recusación, a no ser que se trate de relaciones de amistad tan realmente estrechas que hagan que procesado y abogado sean identificados por el juez amigo más de lo que es normal según el ordenamiento procesal, o cuando la relación de amistad se demuestra en el proceso de forma ostensible, por ejemplo, cuando el juez tutea en el proceso al abogado, o cuando el abogado lo es también del juez en otro procedimiento.³⁸

(b) Pero este sistema que, como se ve, conduce en principio a la aceptación restrictiva de casos de recusación, de todas formas —como se dijo— permite cubrir supuestos que el sistema español no alcanza, como los siguientes en los que el juez que interviene en la causa difícilmente se puede acercar a la misma sin prejuicio alguno. Así, se podrían incluir como motivo de recusación casos que hoy día probablemente ni siquiera de una forma forzada pueden encuadrarse como de "manifiesta enemistad" o "interés directo o indirecto en la causa" como cuando un magistrado antes del plenario se refiere en declaraciones a la prensa a circunstancias de la causa que no han sido probadas, como si ya lo fuesen,³⁹ cuando deja entrever la sentencia al abogado antes de la vista de un recurso de apelación,⁴⁰ cuando aclara en una conversación en un bar que al acusado se le nota que tiene que ver con drogas,⁴¹ cuando manifiesta en el juicio oral durante la declaración del acusado que "según las actas del sumario está Vd. mintiendo descaradamente"⁴² o tras la declaración de un testigo apos-

³⁶. BGH NJW, 1957, 1400 (Kollegialität).

³⁷. TEPLITZKY, *JuS*, 1969, cit., p. 321; véase también el Auto de la AP de Barcelona publicado en: *Justicia*, 1983 (III), p. 663 ss.

³⁸. Los ejemplos son de nuevo de TEPLITZKY, *JuS*, 1969, cit., p. 321 con nota 51.

³⁹. Cfr. BGH 4, 264; BGH 21, 85. De otra opinión —estas situaciones sí cabrían en la expresión "tener interés directo o indirecto en la causa"—, CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN, "Reflexiones sobre la causa novena del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: ¿Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa?", *PJ*, 13 (2.ª época), 1989, p. 9 ss. (16 s.), quien de todas formas admite —como se sostiene en el texto—, que la regulación es imperfecta y dejaría ciertos supuestos —especialmente los referidos a "interés ideológico o político"— sin cubrir.

⁴⁰. Cfr. KG *StrV*, 1988, 98.

⁴¹. Cfr. BGH *NStZ*, 1991, 144.

⁴². Cfr. BayObLG *NJW*, 1993, 2948.

tilla que "ahora ha dicho por fin la verdad"⁴³ o, finalmente —y con éste cito un último ejemplo de los muchos que podrían recogerse—, cuando el juez señala que el fiscal está actuando como si fuera un defensor más.⁴⁴

El instituto de la recusación judicial se encuentra, pues, en tensión entre dos frentes, situación que una futura reforma deberá valorar adecuadamente, aunque una *dirección restrictiva en cuanto a la perspectiva a adoptar* ("acusado razonable") y *extensiva en cuanto a los casos a cubrir, parece la solución más acertada*. Por un lado, dicha solución deberá garantizar el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)⁴⁵ mediante el aseguramiento del juez imparcial y, por otro, se habrá asimismo de asegurar —como ya vimos— el principio también constitucional del juez predeterminado por la ley de tal manera que la elección del juez no quede, *de facto*, en manos de ninguna de las partes. Una futura reforma tampoco podrá olvidar —probablemente de la mano del instituto del "acusado razonable"— que no es cierto, como algunos sectores de la prensa actual quieren hacer creer, que los jueces sean tan fácilmente influenciados. La preparación minuciosa de una resolución, la adopción de la resolución con base en la categorías y criterios dogmáticos preexistentes, la existencia —en la mayoría de las ocasiones— de una determinada línea jurisprudencial e incluso, finalmente, el propio conocimiento del peligro de ser influenciado, alejan notablemente —en todo caso: de una manera superior a lo que últimamente se quiere dar a entender— la posibilidad real de que tal peligro se concrete efectivamente en una resolución injusta. Parcialidad y pobreza en el manejo de las categorías dogmáticas jurídicopenales en la resolución de los problemas, van sin duda de la mano. Quien conoce y aplica categorías jurídicas, en cambio, está siempre en mejores condiciones que aquel que no las conoce, para no dejarse influir y esto también es sabido por el observador imparcial y razonable. Son los conocimientos dogmáticos, la resolución sistemático-científica de casos, la cultura jurídica en definitiva la que conduce —¡así ha de entenderse!— a que un acusado *razonable* no vea peligrar sino en casos *realmente extremos* la imparcialidad del juez que ha de juzgar. En esta dirección deberá ir, a mi entender, una futura reforma.

⁴³. Cfr. BGH GA, 1978, 243.

⁴⁴. Cfr. BGH NStZ, 1991, 348.

⁴⁵. En el mismo sentido, como es sabido, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con arreglo al cual han de ser interpretadas las normas constitucionales declarativas de Derechos, según reza el art. 10.2 de la propia CE.

2. Las normas de reparto

Al igual que la situación actual del derecho a la recusación fue sometida a crítica entre los ponentes del Curso de Almería, también lo fue otro aspecto de nuestro procedimiento que puede suponer igualmente un quebranto del juez imparcial predeterminado por la ley, a saber, el que se refiere a las normas de reparto en la actualidad. Así, se reprochó el hecho de que las normas de reparto queden al arbitrio de las Salas de Gobierno de los Tribunales correspondientes, lo que significa, en definitiva, que el juez no vendría predeterminado por la ley, sino, precisamente, por las Salas de Gobierno (Bajo, Bacigalupo). Es más: excepto las normas de reparto del Tribunal Supremo, las de los demás órganos jurisdiccionales no se publican en el BOE —con el desconocimiento de las mismas que esto genera—, por lo que a este primer quebranto constitucional se sumaría una absoluta inseguridad jurídica. Recientemente, la Presidencia de la Audiencia Provincial de Madrid daba a conocer, por ejemplo como anexo a una hoja informativa del Colegio de Procuradores de Madrid, sus nuevas normas de reparto, que están vigentes desde el 12 de julio de 1999. La situación mejora, en tanto la publicidad ahora queda en parte salvada. Mejor hubiera sido, no obstante, su publicación oficial, pues unas fotocopias introducidas en los casilleros del Salón de Procuradores no parece ni mucho menos el medio más adecuado para dar a conocer unas disposiciones de tanta importancia. Por lo demás, las normas no son todo lo exhaustivas que, a mi entender, deberían ser. Continuamente se repite que los asuntos o recursos "se turnarán aleatoriamente", sin explicar precisamente cuál va a ser el sistema a seguir. También se hace referencia a "causas de especial complejidad", lo que, sin duda, resulta tan poco preciso como abierto. No se regula, pues, en definitiva, *cómo se va a realizar el reparto* (¿qué significa aleatoriamente?), sino tan sólo, entre que Secciones se hará, lo que resulta, a todas luces, insuficiente.

Como a continuación se expone, para solventar la situación de las normas de reparto también aquí se podría tomar quizá como paradigma para un futuro desarrollo legislativo y jurisprudencial en España⁴⁶ la situación en Alemania,

⁴⁶ Entre nuestra doctrina existe, según alcanzo a ver, poca bibliografía al respecto; cfr., empero, DE LA OLIVA SANTOS, ANDRÉS, "Competencia, reparto, cambio de Tribunal y derecho al Juez predeterminado por la Ley (En torno a un caso de controvertida aplicación del art. 15 LJCA)", *Revista de Derecho Procesal*, 1989 (III), p. 675 ss.

⁴⁷ Cfr., entre otros, KK-DIEMER, *GVG*, § 21 e, número marginal 11; KATHOLNIGG, OSKAR, *GVG* (Strafgerichtsverfassungsrecht Kommentar), 3.^a ed., Köln y otras 1999, § 21 e, número margi-

donde al respecto existen varios estudios de la literatura científica, y jurisprudencia incluso de rango constitucional.⁴⁷

La regulación básica sobre las normas de reparto se recoge en la Ley de Constitución de Tribunales⁴⁸ en sus §§ 21 e y 21 g. Según la interpretación que de esta ley ha hecho la jurisprudencia constitucional,⁴⁹ el reparto de los asuntos entre las diversas secciones y órganos judiciales ha de ser establecido "de la forma más exacta posible". En efecto —se argumenta en el mismo sentido que las críticas de Bajo y Bacigalupo—, del principio del juez predeterminado por la ley se deduce que la competencia de los jueces ha de estar perfectamente delimitada según criterios predeterminados, de tal manera que una posible manipulación sobre quién ha de conocer en un determinado caso, ha de quedar totalmente excluida.⁵⁰ Es más: como el propio Tribunal Constitucional alemán ha reconocido, lo dicho no sólo se refiere a posibles terceros que intenten "beneficiarse" del proceso de reparto, sino que también se ha de evitar a toda costa la posibilidad de que sea *la propia Administración de Justicia* la que ejerza influencias en la resolución de un caso concreto mediante la cesión de competencias a cierto tribunal o "la elección de un juez *ad hoc* para la resolución de un determinado caso", puesto que cualquier manipulación, proceda de donde proceda, es igual de perjudicial.⁵¹ Y es que en efecto, el mandato del

nal 1 y ss., ambos con amplias referencias a la literatura científica y jurisprudencia, así como las siguientes notas. Al tema se le ha concedido en los últimos años creciente importancia, como lo demuestra que se discuta con profusión si las normas de reparto en el Tribunal Supremo alemán y del Tribunal de cuentas respetan o no el principio del juez predeterminado por la ley; cfr. las dudas al respecto de FELIX, GÜNTHER, "*Materiell fehlerhafter Geschäftsverteilungsplan des Bundesfinanzhofs?*", *BB*, 1991, p. 2193 ss.; EL MISMO, "*Der gesetzliche Beschluss-Richter des Bundesfinanzhofs?*", *BB*, 1991, p. 2413 ss.; probablemente EL MISMO (bajo el seudónimo Cassius Crassus), "*Der Bundesfinanzhof und sein Geschäftsverteilung, Eine Glosse mit ernstem Hintergrund*", *BB*, 1992, p. 251 s.; EL MISMO, "*Comentario a la decisión del BVerfG de 22 de enero de 1992*", *BB*, 1992, p. 253 ss.; y la réplica de KATHOLNIGG, OSKAR, "*Zur Geschäftsverteilung bei obersten Gerichtshöfen des Bundes und innerhalb ihrer Senate*", *NJW*, 1992, p. 2256 ss., quien de todas formas reconoce que en algunos puntos puede que no se esté respetando el principio del juez predeterminado por la ley en los Tribunales Supremo y de Cuentas alemanes.

⁴⁸. Gerichtsverfassungsgesetz de 27 de enero de 1877, en la versión de la publicación de 9 de mayo de 1975, modificada por última vez por ley de 25 de agosto de 1998.

⁴⁹. BVerfGE 17, 294; también la jurisprudencia del TS alemán: BGH 15, 116 (117). Cfr. al respecto, KATHOLNIGG, *GVG*, cit., § 21 e, número marginal 9, quien correctamente anota que, en todo caso, esta posibilidad ha de ser interpretada de una forma restrictiva; FOTH, EBERHARD, "*Gehört der Ergänzungsrichter in den Geschäftsverteilungsplan?*", *DRiZ*, 1974, p. 87.

⁵⁰. BGH 10, 179 (180).

⁵¹. BVerfGE 17, 294 (299).

principio del juez predeterminado por la ley (entre nosotros, art. 24.2 CE) se dirige en primer lugar al poder ejecutivo y al legislativo, pero desde luego también, al judicial. En realidad, en un Estado de Derecho como el alemán o el español, es precisamente éste último caso —la violación por parte del poder judicial del mandato del juez predeterminado— el único que en la práctica resulta imaginable. Así, que el poder ejecutivo cree tribunales especiales, o que tales sean aprobados por el parlamento, no será ciertamente una situación concebible, pero sí podrá serlo, en cambio, un supuesto en el que v. gr. un juez sustituya antirreglamentariamente al juez que había sido predeterminado por la ley o cuando se produzcan "repartos" *ad hoc* para aliviar situaciones de acumulación de asuntos en un mismo juzgado, etc.

La gravedad del problema se pone especialmente de manifiesto cuando se piensa —como ha sido señalado acertadamente por la doctrina alemana— que un juez que mediante la utilización de —o su sometimiento a— unas normas de reparto incorrectas, no respeta el principio del juez predeterminado por la ley, puede incurrir incluso —si tiene conocimiento de esta circunstancia— en el grave delito de prevaricación (art. 446 CP),⁵² pues, en efecto, como juez, ha de revisar de oficio si concurren en él causas que quebranten este principio. Desde otro punto de vista, unas normas de reparto que no respeten el principio del juez predeterminado por la ley no sólo dañan a las partes, sino que incumben también al juez concreto en la medida en que suponen —o pueden suponer— un quebranto de su independencia.⁵³ Por lo demás, si este juez acudiese a la Sala de Gobierno para que resuelva el conflicto de competencia, la decisión de este órgano tampoco puede satisfacer el principio del juez predeterminado por la ley, ya que no estamos ante un órgano jurisdiccional; como órgano de administración de un determinado Tribunal, la Sala de Gobierno no puede resolver obviamente *ad hoc* lo que habría de resolverse, según proclama nuestra Constitución, por ley.

La lucha contra esta situación, sin embargo, no debería resultar demasiado costosa. Basta lograr un poco de claridad en legislación y jurisprudencia. En primer lugar, las normas de reparto deberán ser, como ya se indicó, *lo más exactas que sea posible*. En este sentido, aunque es cierto que la gran cantidad

⁵² Así, por ejemplo, WEITL, ALBERT, "Geschäftsverteilungsplan und gesetzlicher Richter", *DRiZ*, 1977, p. 112 s. (112).

⁵³ En este sentido, en Alemania, por ejemplo, KORNBLUM, UDO, "Zur Anfechtbarkeit gerichtlicher Geschäftsverteilungspläne", *NJW*, 1977, p. 666 s. (667); EL MISMO, "Bemerkungen zur Anfechtbarkeit gerichtlicher Geschäftsverteilungspläne", en: *FS für Gerhard Schiedermaier zum 70. Geburtstag*, ed. por Gerhard Lüke y Othmar Jauernig, München, 1976, p. 331 ss. (346 s.).

de tribunales, la diversidad de organización de los mismos, su diferente composición, etc., impide fijar unas reglas de reparto generales para todos ellos — ni para todos los casos: enfermedad, vacaciones, etc.—, esto no puede conducir de ningún modo a que la decisión de quién haya de ser el juez competente sea manipulable. Estas normas se podrían fijar de año en año, quizá por el Consejo General del Poder Judicial —o sometidas a su aprobación— o incluso, como hasta ahora, por las respectivas Salas de Gobierno, pero con la publicidad y controles precisos. Deberán ser siempre *escritas* —de tal modo que sean accesibles a las partes— y *recurribles*.⁵⁴

En cuanto a los posibles recursos, son imaginables de tres tipos. En primer lugar —aunque, en sí, este recurso no cuestionaría las normas de reparto—, se debe poder impugnar aquella decisión que asigne la competencia a un determinado juez o tribunal cuando se piense que se han aplicado mal las normas de reparto existentes. En segundo término, las normas de reparto han de poder ser impugnadas en abstracto ante los tribunales contencioso administrativos cuando se considere que no respetan el principio del juez predeterminado por la ley. Esta impugnación la podrían llevar a cabo tanto el juez como los participantes en el proceso, si bien en este último caso parece razonable limitar las posibilidades de impugnación a los casos en que se alegue que el principio del juez predeterminado por la ley ha resultado efectivamente dañado, para evitar demoras innecesarias en el procedimiento. Por último, unas normas de reparto que quebranten el principio del juez predeterminado han de poder ser invocadas sin duda también, en el marco del propio procedimiento penal en el que han sido aplicadas.

Cual sea el sistema que se utilice para la distribución de los asuntos (a sorteo restringido, por el orden alfabético,⁵⁵ etc.) es indiferente, pero en todo caso

⁵⁴ Cfr. al respecto, para el caso alemán, MÜLLER, PAUL, "*Anfechtung des Geschäftsverteilungsplans*", *DRiZ*, 1977, p. 214; EL MISMO, "*Kann der von einer Geschäftsverteilungsmassnahme betroffenen Richter diese Massnahme gerichtlich anfechten?*", *MDR*, 1977, p. 975; las dudas que en un principio hubo sobre la posibilidad de una impugnación judicial sobre las normas de reparto internas, han sido hoy día por la jurisprudencia ya superadas: cfr. KATHOLNIGG, *GVG*, cit., § 21 e, número marginal 15 con amplias referencias a la literatura y jurisprudencia.

⁵⁵ Hay que tener en cuenta que este sistema, de todas formas, podría ser también en ocasiones manipulable, por ejemplo, cuando el reparto se basa en la inicial del apellido del primer querellante de entre varios, pues éstos podrían elegir libremente el orden de los querellantes y con ello la inicial según la cual se realizará el reparto y, por ende, en definitiva, el juez; sobre el sistema de reparto por orden alfabético cfr. las referencias jurisprudenciales en: KATHOLNIGG, *GVG*, cit., § 21 e, número marginal 11.

no puede ser un sistema que permita decidir ni a posteriori qué juez o sección se ocupará de un determinado asunto o que permita decidir según criterios finalistas. Según la jurisprudencia del TS alemán, esto sucede especialmente cuando el reparto se realiza de acuerdo al orden en el que van entrando en el Tribunal los asuntos, pues de esta manera, cuando entran varios asuntos a la vez —como es habitual—, el funcionario del registro decide el orden de prelación a su arbitrio y, con ello, directamente *ad hoc* al juez que se ocupará de la causa.⁵⁶ Así, la experiencia en Alemania demostraba —antes de que esta irregularidad fuera descubierta—, que no era extraño que los asuntos más complicados fueran registrados en un determinado orden, de tal manera que hubieran de ocuparse de ellos sistemáticamente los jueces más noveles.⁵⁷

IV. LA FASE DE INSTRUCCION

1. El papel de la policía en la fase de instrucción

En el marco de la discusión sobre la fase de instrucción se hizo referencia en diversas ocasiones a la función de la policía como partícipe en la investigación sumarial. Entre otras observaciones se criticó el hecho de que en muchos procedimientos la instrucción recaiga, al menos *de facto*, en manos de la policía, a pesar de que no es ésta ni mucho menos la labor que le ha asignado la LECr (entre otros, especialmente Bacigalupo). En Alemania se ha producido desde hace ya varios años una fructífera discusión científica sobre esta cuestión,⁵⁸ cuando no incluso —sobrepasando los límites jurídicos— un intenso debate político. A la luz de ella, quiero a continuación profundizar en la problemática y presentar algunas de las soluciones posibles.

Y es que en efecto, como sucede especialmente en el Reino Unido, también en Alemania se observa una creciente tendencia en la práctica, a dotar a la institución policial de amplias competencias investigatorias en los primeros momentos del procedimiento. Así, Claus Roxin ha denunciado⁵⁹ la tendencia a sustituir

^{56.} BGH en materia civil 40, 91; más referencias jurisprudenciales en KATHOLNIGG, *GVG*, cit., § 21 e, nota 15. Sobre distintas posibilidades de reparto y su compatibilidad con el principio constitucional del juez predeterminado por la ley, ENGELHARDT, HANS, "*Staatsanwaltschaft und gesetzlicher Richter*" *DRiZ*, 1982, p. 418 ss. (419 ss.).

^{57.} Este sistema es "denunciado" por ejemplo por KATHOLNIGG, *NJW*, 1992, cit., p. 2256 ss. (2256 con nota 19).

^{58.} Véanse las referencias bibliográficas en las siguientes notas.

^{59.} ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 37/14.

la investigación del Ministerio Fiscal —encargado en Alemania de la instrucción— por "investigaciones previas" llevadas a cabo por la policía, para lo cual el Ordenamiento procesal alemán no concedería ninguna legitimación. Estudios empíricos llevados a cabo en Alemania⁶⁰ han demostrado, a su vez, que en el ámbito de la pequeña y mediana criminalidad la fiscalía se limita a confirmar los resultados investigatorios de la policía, sin apenas un control específico —como prevé la ley— sobre dichas actuaciones: rara vez en los delitos contra la propiedad y patrimonio, el Ministerio Fiscal ordena nuevas averiguaciones de las que ya ha llevado a cabo la policía. Sobre todo en los casos en que la policía presenta como resultado de sus averiguaciones que el delito no ha podido ser aclarado por desconocimiento de autor, la fiscalía archiva normalmente las diligencias conformándose simplemente con lo actuado por la policía.

La legislación española, presidida en esta materia por el art. 126 de la Constitución, también reserva, en teoría, el señorío de la instrucción a los órganos jurisdiccionales. Según el art. 284 LECr los funcionarios de la policía judicial que tuvieran conocimiento de un delito público lo participarán inmediatamente a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal. Por su parte, el art. 295 LECr establece que "en ningún caso, salvo el de fuerza mayor, los funcionarios de Policía Judicial podrán dejar transcurrir más de veinticuatro horas sin dar conocimiento a la Autoridad judicial o el Ministerio Fiscal de las diligencias que se hubiesen practicado". Por último, por no hacer referencia a otras muchas disposiciones,⁶¹ el art. 283 LECr dispone taxativamente que los miembros de la policía judicial serán "auxiliares de los Jueces y Tribunales competentes en materia penal y del Ministerio Fiscal, quedando

⁶⁰ Cfr. RIEß, PETER, "Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts", *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, ed. por Helwig Hassenpflug, Berlín y New York, 1980, p. 155 ss. (195 s.); en el mismo sentido BLANKENBURG, ERHARD, "Die Staatsanwaltschaft im System der Strafverfolgung", *ZRP*, 1978, p. 263 ss. (263).

⁶¹ En el mismo sentido, por ejemplo, el art. 287 LECr: "los funcionarios que constituyen la Policía Judicial practicarán ... las diligencias que los funcionarios del Ministerio Fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de las causas les encargaren los Jueces de instrucción y municipales".

⁶² Cfr., en detalle, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Introducción a la policía judicial*, 1999; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 162 ss., quien pone de manifiesto que incluso algunas disposiciones (por ejemplo el art. 33 de la LOFCSE de 1986) amplían las funciones de la policía judicial a la realización de misiones que, en sí, le son ajenas; GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS, "La policía judicial en España: Aspectos orgánicos y procesales penales", *Justicia*, 1993 (III-IV), p. 389 ss., con una amplia relación bibliográfica al final del artículo, así como también de las revistas especializadas en materia de policía (judicial);

obligados a seguir las instrucciones que de aquellas autoridades reciban a efectos de la investigación de los delitos y persecución de los delincuentes".

Sin embargo, también la situación de la práctica española es bien distinta a lo que la ley establece.⁶² La policía inicia en la mayoría de los casos las investigaciones, ya sea porque se presenta denuncia ante ella —¿qué lego conoce que cuando es objeto de un delito puede también dirigirse al Ministerio Fiscal?—, ya sea porque en el marco de sus averiguaciones preventivas encuentra hechos aparentemente constitutivos de delito, y una vez que ha iniciado esas investigaciones, la dirección fáctica de las mismas se mantiene en su dominio. Más aún: lo cierto es que la policía, a pesar de lo que dispone la LECr, se esfuerza en presentar "por su cuenta" un atestado lo más completo posible,⁶³ por cuanto sus funcionarios consideran en ciertos casos incluso como un revés, cuando del mismo no se deriva finalmente un auto de procesamiento.

Las imperfecciones de esta situación son evidentes. Menciono algunas de ellas. En primer lugar, esta práctica conduce a una solución deficiente: por un lado, el juez instructor —en especial en la mediana y pequeña criminalidad— parte de que "lo investigable" ya ha sido investigado por la policía, de tal manera que si considera que con el atestado no es suficiente para continuar el sumario, archivará las diligencias sin ordenar nuevas averiguaciones y, por otro lado, la policía no siempre ha tenido por qué agotar todas las posibilidades de investigación —es más: según la LECr no debería haber investigado *por su cuenta* "todo lo investigable"—. En este mismo contexto no puede ser negado que la actividad investigatoria de la policía constituye un elemento de política criminal autónomo y no previsto en la ley, pues ésta selecciona *ab initio* y sin atenerse a pautas judiciales, no sólo en qué dirección se ha de investigar, sino también, en ocasiones, qué se ha de investigar. Otras veces, en las que el atestado policial es suficiente para dictar auto de procesamiento, el juez instructor por regla general lo considerará suficiente, limitándose a traducir en conceptos jurídicos las investigaciones de la policía, esto es, señalando simplemente que lo averiguado por la policía da lugar a los indicios racionales de criminalidad de tal o cual delito de la parte especial del CP. La gravedad de la situación se hace más patente aún cuando se piensa que *la policía —a diferencia del instructor— no tiene obligación de incorporar a sus actuaciones las circunstan-*

FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, "Sobre las policías judiciales españolas (I) y (II)", *Revista de Derecho Procesal*, 1995, (I y II), p. 7 ss. y 463 ss.; sólo en parte, ZUBIRI DE SALINAS, FERNANDO, "La policía judicial", *PJ*, 19 2.ª época, 1990, p. 69 ss.

⁶³. Cfr. también RODRÍGUEZ CASTRO, JUSTO, "El atestado policial", *AP* 1995 (II), marginal 651 ss.

cias que exoneren o, al menos, descarguen de responsabilidad a los encausados.⁶⁴ No se quiere decir con esto, que los funcionarios de policía no sean objetivos, sino simplemente que sus funciones no son las mismas que las de un instructor y, por tanto, tampoco se les puede encomendar *de facto* este cometido. El problema no le era desconocido a Alonso Martínez, quien en la Exposición de Motivos de la LECr ya reseñaba como vicio grave de nuestro procedimiento "que, en ausencia del inculpado y su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso hostil que se engendra en su mismo patriótico celo por la causa de la sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando a las veces consignar los que pueden favorecerle".

Las dificultades no son imputables en exclusiva, ni mucho menos, a la institución policial y, por ello, tampoco las soluciones han de ser buscadas tan sólo en sus ámbitos de competencia. En primer lugar, la falta de medios con los que cuentan los instructores les impide de hecho realizar ellos mismos la gran mayoría de las investigaciones, por lo que es este propio cuerpo desde la Justicia, el que "legaliza" y "autoriza" la selección "político-criminal" de indicios a perseguir que *de facto* lleva a cabo la policía —a su vez, de nuevo, también por falta de medios—.⁶⁵ En segundo lugar, la situación de preeminencia de la policía es, desde un punto de vista práctico, hasta cierto punto, lógica. En efecto, en su función de *prevención* del delito, es obvio que la policía debe contar con unos medios técnicos, que en gran parte coinciden con los que un instructor autónomo y eficaz debería tener a su alcance para la función *investigatoria*. Otro motivo por el que resulta en cierta medida lógico que la investigación de hecho esté en manos de la policía, se desprende incluso de la propia letra de la LECr, en cuyo art. 282 se especifica que "la Policía Judicial tiene por objeto ... averiguar los delitos públicos", así como "practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos". En efecto, puesto que la mera recepción de una denuncia de un hecho por parte de la policía, no puede ser entendida como un acto de investigación, es indudable que *ab initio* la policía habrá de realizar ciertas investigaciones *hasta determinar* —la ley habla de "diligencias

⁶⁴ Subrayado acertadamente por BRÄUTIGAM, MARGARETE, "Probleme der Sachleitungsbefugnis des Staatsanwaltes", DRiZ, 1992, p. 214 ss. (214).

⁶⁵ Esta "selección político-criminal" por parte de la policía supone *de facto* una especie de archivo de diligencias por parte de la misma sin dar cuenta al fiscal. Que tal sistema respete los principios procesales mínimos, resulta, pues, muy dudoso. Basta pensar en el Ordenamiento procesal de un régimen que no se caracterizó precisamente por el respeto de las libertades, la antigua DDR (República Democrática Alemana), en el que de acuerdo con sus §§ 140 ss. se permitía a la policía archivar unas diligencias abiertas cuando *según su opinión* los hechos no eran típicos, se desconocía el autor o éste no era localizable.

necesarias para comprobar"— si se está ante un hecho delictivo o no.⁶⁶ Aunque según el art. 284 los funcionarios de la policía judicial que tuvieran conocimiento de un delito público han de participarlo "inmediatamente" a la Autoridad judicial o al representante del Ministerio Fiscal, es evidente que lo primero que tendrán que concretar es si, efectivamente, se trata de un "delito público" por lo que *un mínimo investigador sin comunicación parece resultar ineludible*.

Con esto no se quiere desde luego afirmar que la persecución del delito, al contrario que su prevención, venga conferida por ley a la policía, esto es, al poder ejecutivo. Antes bien, el único dueño de la fase sumarial es el Poder Judicial por lo que la comunicación de las actuaciones de la policía a éste no resulta un derecho sino un deber y, en verdad, de cumplimiento inmediato — art. 284 LECr— tras cada acto indagatorio.⁶⁷ La dirección de la investigación para la persecución de delitos presupone el conocimiento del Derecho. Difícilmente puede la policía sin una dirección técnica investigar un fraude de subvenciones u otras cuestiones de criminalidad económica. Aquí dominan las cuestiones jurídicas y técnicas que difícilmente son dominadas por la policía. Y esto se debe generalizar: no se trata, pues, de que el órgano instructor revise a posteriori lo actuado por la policía, sino que ha de llevar la iniciativa.

Ante este evidente divorcio entre legislación por un lado —con el respaldo de la doctrina más autorizada—, y praxis por otro, la búsqueda de una solución no es tarea sencilla. En todo caso, la solución adoptada —que no podrá volver la cara a la realidad— habrá de servir —a no ser que se pretenda recortar las garantías del encausado— para que cuando se hable de "Administración de Justicia" nos estemos refiriendo a una "tutela de decisiones justas" y no a una mera administración o gerencia de la "justicia" que otros, la policía, aparente-

⁶⁶. Subrayado acertadamente para la regulación alemana por BINDEL, FRANK-MICHAEL, "Verhältnis Staatsanwaltschaft - Polizei, Zu den Abgrenzungsproblemen zwischen der Dienst- und Fachaufsicht in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren bei der (Kriminal-)Polizei", *DRiZ*, 1994, p. 165 ss. (167, 168).

⁶⁷. Denunciando la praxis contraria en Alemania —a pesar de el claro tenor literal del § 163 II 1 StPO—, UHLIG, SIGMAR, "Anspruch der Polizei: Herrin des Strafverfahrens?, Probleme der rechtsstaatlichen Entwicklung im Verhältnis der Polizei als Mitwirkende an der Strafverfolgung", *StV*, 1986, p. 117 ss. (118). Por su parte, KAISER, EBERHARD, "Zuständigkeitsprobleme zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verbrechensbekämpfung", *NJW*, 1972, p. 14 ss. (15), subraya para el caso alemán, que cuando se escribió su ordenamiento procesal el MF no tenía tanto trabajo como ahora, de tal manera que lo que se suponía entonces puede que sea hoy día de imposible cumplimiento.

68. Véase asimismo, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*,

mente tutelan. En casos extremos en los que la práctica totalidad del sumario se llevó a cabo sin intervención del juez instructor se podría pensar incluso en una prohibición de valoración de los datos así obtenidos —al margen de la legalidad—, con la consecuencia de la insuficiencia de indicios para la apertura del juicio oral. Ante estas perspectivas, son imaginables las siguientes soluciones:⁶⁸

1.^a La primera solución y aparentemente más obvia consistiría lógicamente en lograr que se cumplieran las previsiones de la LECr en orden a que el señorío de la instrucción ha de estar en manos del poder judicial y no de la policía. Esta solución, sin embargo, tras tantos años de una experiencia obstinada en contradecirla rotundamente, no parece que pueda ser ya plausible. Más bien, debería resultar indiscutible al día de hoy, que el legislador decimonónico erró en sus previsiones.⁶⁹

2.^a Una segunda solución imaginable podría consistir —llevándola a sus últimas consecuencias— en integrar al menos a parte de los jueces instructores en la policía —como en gran medida, *mutatis mutandis*, se está procediendo en EEUU—, de tal forma que efectivamente y según las previsiones de la ley, éstos dirigieran las averiguaciones. Que dicha posibilidad quebrantaría la división de poderes, así como el principio por el cual el instructor ha de reunir también las pruebas que sean favorables al acusado, no necesita aquí, sin embargo, de mayores explicaciones.

3.^a Una tercera posibilidad de solución sería adaptar la legislación a la realidad que ofrece la práctica, dejando que sea la policía la que investigue, pero reforzando entonces enormemente los controles sobre la misma por parte de Ministerio Fiscal y Juez instructor. De esta manera el Poder Judicial podría decidir —o sí mismo que actuaciones de la policía se encontrarían requeridas de con-

cit., p. 164; PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, "Algunas reflexiones sobre policía y administración de justicia", *Justicia*, 1990 (II), 319 ss. (331 ss.). Sobre los diversos modelos posibles, desde un punto de vista histórico, cfr. también RÜPING, HINRICH, "*Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, Zum Problem der Einheit der Strafverfolgung*", *ZStW*, 95 (1983), p. 894 ss. (con más referencias bibliográficas), quien opta por un modelo intermedio en el que se refuerza la posición actual del órgano instructor; en parecido sentido SCHMIDT, *Lehrkommentar*, cit., tomo suplementario, 1967, § 158 nota previa 3.

⁶⁹ De otra opinión para la legislación alemana, similar a la nuestra, KNEMEYER, FRANZ-LUDWIG, entre otros escritos en: "*Staatsanwaltschaft und Polizei —Eine kritische Anmerkung zur herrschenden Meinung—*", *FS für Friedrich-Wilhelm Krause*, ed. por Ellen Schlüchter y Klaus Laubenthal, Köln y otras, 1990, p. 471 ss. (476 ss.), para quien la policía también goza *de lege lata* de atribuciones investigatorias autónomas que compartiría con la fiscalía. Este parecer, según el cual, pues, la situación actual no sería contraria al espíritu de la ley, ha sido, sin embargo, defendida por KNEMEYER sin éxito entre el resto de la literatura científica alemana.

trol y cuáles no.⁷⁰ Aunque esta solución no parece ser un remedio adecuado a largo plazo—en la misma se esconden, de todos modos, las mismas imperfecciones que se tratan de evitar—, no se puede negar que, al menos para la pequeña y mediana criminalidad, puede ser una buena solución de transición hasta una reforma definitiva.

4.^a Otro tanto cabría decir de otra de las posibles medidas, consistente en la creación de una policía especial judicial al menos para algunos de los delitos, como el ecológico o el fiscal, en los que normalmente la policía no interviene de forma preventiva y que, por su complejidad, no son de fácil investigación.

5.^a Estas medidas provisionales serían el prolegómeno de una solución a largo plazo consistente en reformar la LECr⁷¹ de tal manera que el encargado de la instrucción—sea un juez o, en un futuro, el MF—cuente con una policía propia, que dependa absolutamente de él y que se dedique exclusivamente a la investigación judicial. El sistema ha sido abogado principalmente por el jurista alemán Claus Roxin, para quien el encargado de la instrucción en la actualidad, debido a las amplias competencias de la policía, no sería sino "una cabeza sin manos".⁷² Según esta solución, habría que asignar altos mandos de la policía con experiencia al órgano instructor, de tal manera que sólo éstos sean los que dirijan la investigación. Históricamente se reprochó a esta solución, que puesto que el instructor inquisitivo no era imparcial se hacía depender la policía de una de las partes; sin embargo, hoy día no necesita de mayores explicaciones, que tal crítica no afecta a una institución como la actual, presidida por el principio de legalidad. Como modelo a largo plazo la solución parece plausible. Además de resolver probablemente las carencias que se pusieron de manifiesto supra, otros problemas que hoy día han surgido con el actual sistema y que aquí no han sido tratados, como el referente a si la policía tiene derecho a almacenar datos de una investigación sumarial para otras posibles investigaciones,⁷³ o si las informaciones de policías extranjeras se han de

⁷⁰ A favor de esta solución, LILIE, HANS, "Das Verhältnis von Polizei und Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren", *ZStW*, 106 (1994), p. 624 ss. (641 ss.).

⁷¹ Entre otros, el art. 283 LECr.

⁷² ROXIN, CLAUD, "Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft", *DRiZ*, 1969, p. 385 ss. (388); EL MISMO, *DRiZ*, 1969, cit., p. 388 s. - La propuesta ha tenido buena acogida en la carrera fiscal (el órgano instructor en Alemania), cfr. al respecto, por todos: FÜLLKRUG, MICHAEL, "Neuen Formen der Kriminalitätsbekämpfung und ihre Auswirkungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei", *ZRP*, 1984, p. 193 ss.; WICK, MANFRED, "Gefahrenabwehr - Vorbeugende Verbrechensbekämpfung - Legalitätsprinzip", *DRiZ*, 1992, p. 217 ss. A favor de esta propuesta también: UHLIG, *StV*, 1986, cit., p. 119 s.

⁷³ Sobre la problemática, con más referencias bibliográficas, cfr. ERNESTI, GÜNTER, "Informationsverbund Justiz - Polizei", *NStZ*, 1983, p. 57 ss.; MERTEN, KARLHEINZ, "Das Abrufrecht der Staatsanwaltschaft aus polizeilichen Dateien", *NStZ*, 1987, 10 ss.

comunicar directamente a la policía o, antes bien, sólo a los órganos del poder judicial,⁷⁴ quedarían con la propuesta de solución de Roxin probablemente resueltos desde un principio.⁷⁵

El único punto espinoso de este modelo sea quizá el referente a las relaciones que mantendrán las dos policías que habrán de convivir, una en labores prospectivas, la otra retrospectiva, la policía del poder ejecutivo y la del judicial. En efecto, cada una de ellas deberá realizar tareas distintas —la del poder ejecutivo, tareas preventivas, de vigilancia y seguridad, la del judicial, represivas, dedicada a aclarar los hechos ya cometidos y a capturar a sus autores—, a pesar de que en ocasiones la discriminación exacta entre tales tareas no resulta sencilla: labores de prevención de futuros delitos sirven en ocasiones para aclarar hechos ya cometidos y, a su vez, la investigación de estos hechos ayuda al trabajo de prevención de nuevos hechos. Futuros estudios de la doctrina al respecto, tienen la última palabra de cuál ha de ser el mejor modelo a adoptar.

2. La acusación no pública en el proceso; en especial, en la instrucción

La lentitud de nuestra justicia es palmaria⁷⁶ y, en especial, la lentitud de nuestro sumario. En este contexto se censuraron en varias ocasiones durante el curso, las maniobras dilatorias a las que en la actualidad se encuentra sometido —particularmente— el sumario por parte de las acusaciones popular y particular. Por lo demás, al finalizar el procedimiento, el acusado se ve obligado en muchas ocasiones a pagar las costas generadas por estas acusaciones, a pesar de que, obviamente, las mismas no fueron invitadas por él a participar y, teniendo en cuenta el principio de legalidad que preside la actuación del MF, es dudoso incluso que fueran necesarias. ¿Es, pues, posible y deseable una interpretación restrictiva del art. 125 CE, según el cual todos "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular"?

⁷⁴ Sobre la problemática, en este sentido, cfr. ERNESTI, GÜNTER, "Staatsanwaltschaft, Polizei und die Zusammenarbeit mit den Nachrichtendiensten", ZPR, 1986, p. 57 ss., con más referencias bibliográficas.

⁷⁵ De esta manera será más sencillo atajar errores de la fase de instrucción, que después resultan insalvables. A esta situación hizo referencia también en sentido crítico PÉREZ DEL VALLE en su ponencia.

⁷⁶ El problema, como es sabido, viene de lejos; cfr. algunas cifras estadísticas al respecto en: GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA, ANTONIO, "Crisis de la Justicia y reforma del Proceso penal", AP, 1988 (II), p. 1453 ss.

Una interpretación en este sentido vendría a aproximarse a las regulaciones de nuestro entorno como la francesa (cfr. arts. 1 y 31 CPP), italiana (cfr. art. 50 CPP) o la alemana, en la que nos centraremos especialmente a continuación.⁷⁷ En el sistema alemán existe la querrela privada (*Privatklage*) y la querrela de adhesión (*Nebenklage*), sistema mucho más restrictivo que el español y que, entre otros aspectos, también se orienta a tratar de subsanar el problema de la lentitud de la Justicia.

a) En efecto, respecto de la querrela privada, su función primordial es la de aligerar la Justicia, por cuanto supone una descarga de trabajo para el Ministerio Fiscal —a diferencia de las acusaciones no públicas en el sistema español, donde prima el resarcimiento de la víctima—⁷⁸ ya que cuando un particular presenta esta querrela *el Ministerio Público no interpondrá él mismo la suya*. La querrela privada también será necesaria cuando a pesar de haber sido el hecho denunciado, el MF considere que no se ha afectado el interés público (§ 376 StPO). Esta querrela es posible en ciertos delitos que no afectan a la generalidad, como el allanamiento de morada, las injurias, la violación del secreto postal, etc. (§ 374 I StPO), en donde el MF, en virtud del principio de oportunidad (cfr. § 376 StPO) puede no acusar.⁷⁹

b) En cuanto a la querrela de adhesión, la situación es todavía más reacia a favorecer la participación de la acusación no pública en el proceso. Basta pensar en que sólo ocasionalmente el legislador procesal alemán menciona expresamente al querellante por adhesión, por lo que incluso las más elementales disposiciones referentes a la proposición de prueba, recursos, informes, etc., habrán de ser siempre aplicadas, en su caso, extensivamente. Pero hay más: si bien es cierto que una vez que la querrela de adhesión ha sido presentada es independiente de la querrela propia del MF —de tal manera que el querellante

⁷⁷ Un resumen de la jurisprudencia del BGH al respecto en: KIRCHHOF, "*Die Nebenklage in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*", GA, 1954, p. 364 ss. y, últimamente, SENGE, en KK-StPO, cit., números marginales 1 ss. a los comentarios a los §§ 374 ss.

⁷⁸ Cfr. al respecto, entre otros, RAMOS MÉNDEZ, FRANCISCO, "La tutela de la víctima en el proceso penal", *Justicia*, 1995 (III-IV), p. 27 ss. (36 ss. y pássim).

⁷⁹ De todas formas, el principio se ve limitado de dos maneras: en primer lugar, si el delito cometido se encuentra en unidad procesal con uno de los públicos —y no privados—, es el fiscal el que habrá de presentar la querrela y sólo él. Así, quien para entrar en una casa empuja la puerta con violencia contra la dueña, podrá ser querrellado efectivamente por un delito privado —allanamiento de morada—, pero el hecho de que también lo pueda ser por un delito público —coacciones— impide que la querrela pueda presentarse tan sólo por parte de un querellante particular. La segunda limitación deviene del hecho de que el fiscal puede en cualquier momento según el § 377 II 1 StPO asumir la persecución del delito.

adherido puede presentar sus propios testigos, conclusiones, etc.—, en realidad la denominación "querella" resulta equívoca,⁸⁰ pues la misma no capacita en verdad al "querellante" a presentar ante un tribunal unos hechos para que sean sometidos a juicio —como en la verdadera querella—, esto es, no le faculta a decidir sobre la pendencia jurídica de un determinado asunto, sino que, de existir, habrá de adherirse a otra querella ya presentada, la del Ministerio Público. Si no hay querella del fiscal, no puede haber querella de adhesión.

De este carácter anexo de la querella de adhesión se derivan otras restricciones relevantes al derecho a la participación no pública en el proceso, en especial, en comparación con el sistema español. Así, si bien la querella de adhesión puede presentarse en cualquier momento procesal desde que se inicien las investigaciones, lo cierto es que esta personación no otorgará ningún derecho ni surtirá efecto alguno hasta que el MF no eleve a su vez su propia querella —a la que poder adherirse— *por lo que el querellante por adhesión —a diferencia del sistema español— queda excluido de la fase de instrucción.*⁸¹ Pero es que además, ni siquiera la adhesión es posible en todos los casos, sino sólo respecto de un listado *numerus clausus* de delitos (§ 395 StPO)⁸². Así, entre otros, respecto los recogidos en los §§ 174 hasta el § 180b (abusos sexuales a menores y otras personas que merecen especial protección, violación y otros delitos contra la libertad sexual), § 185 hasta 189 (delitos contra el honor), § 221 (abandono), §§ 223 hasta 226 (lesiones y lesiones con resultado de muerte), tentativa de homicidio o asesinato, etc.

El sistema ha de ser aplaudido. En la actualidad de todos es sabido, que en determinados procedimientos con cierta resonancia social la acción popular⁸³ y las acusaciones particulares utilizan todas las armas dilatorias a su alcance durante la fase de instrucción, para lograr un efecto publicitario prolongado que una rápida sentencia no les permitiría, incluso en el supuesto de que ésta

⁸⁰. Cfr., por todos, WENDISCH, GÜNTER, en *Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, 24.^a ed., por Peter Riess, comentarios preliminares al § 395, número marginal 1.

⁸¹. En caso de que finalmente el MF no presentase querella, el que pretendía ser querellante por adhesión lo único que puede intentar es un recurso para que el MF presente obligado la querella (*Klageerzwingungsverfahren*, §§ 172 ss.), lo que, de todas formas, desde un punto de vista estadístico, apenas culmina con éxito.

⁸². Este parágrafo ha reducido incluso las posibilidades de presentación de la querella de adhesión respecto de la antigua regulación; cfr. al respecto, NIEMEYER, ARNOLD, "*Die Zulässigkeit der Nebenklage*", *MDR*, 1949, p. 131 ss.

⁸³. Sobre la acción popular, en detalle, PÉREZ GIL, *La acusación popular*, Granada, 1998.

fuese condenatoria —lo que además, en todo caso, tampoco tienen seguro—. ⁸⁴ Pero es que hay más: la doctrina más moderna ha criticado con razón —incluso en contra de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán en sentido opuesto— ⁸⁵ la justificación última de la participación no pública en el proceso. ⁸⁶ Y es que, en primer lugar, ⁸⁷ es evidente que la aceptación de actuaciones de otras partes distintas al MF supone, de hecho, una desconfianza hacia la labor del Ministerio Público difícilmente explicable. De no existir recelo y excecpticismo sobre la actuación fiscal parece evidente que otras partes serían superfluas. En un Estado de Derecho no se comprende muy bien por qué ha de existir un "control privado" de la persecución penal que efectúa un MF presidiado —y esto parece que se olvida— por el principio de legalidad. ⁸⁸ En segundo término, la carga de las costas de tales actuaciones al condenado (art. 240 LECr) no parece la mejor forma de iniciar la resocialización del mismo (art. 25.2 CE). Por ello es absolutamente correcta la línea que ha tomado la jurisprudencia del TS de no condenar al pago de las costas de las acusaciones no públicas, en caso de sus aportaciones sean innecesarias o perturbadoras —por ejemplo cuando las pretensiones son inviables—. ⁸⁹

En contra de estos y otros reproches se recurre al fundamento último de la intervención particular en el proceso. La intervención particular encontraría su sentido en que con ella se "aumenta la energía de la persecución penal". ⁹⁰ En parecidos términos se ha expresado la jurisprudencia alemana —también la constitucional—, ⁹¹ así como la literatura científica: ⁹² la intervención particular

⁸⁴. Véase también, GIMENO SENDRA, VICENTE, "La acusación popular", *PJ*, 31 (2.ª época), 1993, p. 87 ss. (93 s.). - De otra opinión, ARMENTA DEU, TERESA, "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", *PJ*, 41-42 (2.ª/3.ª época), 1996 (I), cit., p. 53 ss. (77).

⁸⁵. BVerfGE 26, 66.

⁸⁶. En contra expresamente, a pesar de esta sentencia, por ejemplo, WENDISCH, en *Löwe/Rosenberg StPO*, cit., anotaciones previas al § 395, número marginal 4; véase además la bibliografía citada a continuación.

⁸⁷. Cfr. en lo siguiente RÜTH, KARL, "Ist die Nebenklage noch zeitgemäss?", *JR*, 1982, p. 265 ss.; PRINZ, HEINZ-J., "Die Nebenklage - ein überholtes Rechtsinstitut", *ZRP*, 1971, p. 128 ss.

⁸⁸. Así, empero, BRINGENWAT, PETER, "Die Nebenklage - ein wirksames Verfahren zur "privaten Kontrolle" staatsanwaltschaftlicher Strafverfolgung?", *GA*, 1972, p. 289. Como aquí, LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO A., "Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal*, 1994 (II), p. 227 ss. (265 ss.).

⁸⁹. SSTS 25-6-1993; 25-4-1995; 28-12-1995; 16-3-1996.

⁹⁰. Cfr. ya desde BELING, ERNST, *Deutsches Reichsstrafprozessrecht*, 1928, p. 462.

⁹¹. BVerfGE 26, 70; BGH *MDR*, 1979, 416.

⁹². BRINGEWAT, *GA*, 1972, cit., p. 289 ss. (289); GOLLWITZER, WALTER, "Die Stellung des Nebenklägers in den Hauptverhandlung", en: *Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag*, ed. por Helwig Hassenpflug, Berlín y New York, 1980, p. 65 ss. (65).

en el proceso sería un derecho elemental del ofendido. En España, como ya se mencionó anteriormente, encontramos en igual sentido el tenor literal del art. 125 CE.

Pero también esta justificación última del ejercicio de acciones penales por personas distintas al Ministerio Fiscal ha sido puesta en duda con fuerza últimamente. En efecto, un procedimiento penal basado en un *interés de resarcimiento de la víctima* ha de considerarse hoy día *superado*; las acciones privadas se muestran, antes bien, como un lastre del pasado. Un instituto que se basa, en el fondo, en la venganza de la víctima, no se corresponde con nuestra concepción actual del procedimiento. Así, no necesita de mayores discusiones, el hecho de que los intereses de las acusaciones particulares no tienen nada que ver con la función del proceso como el medio por el cual la confianza de los ciudadanos en la vigencia de las normas penales —¡de la generalidad de los mismos!— se reafirma tras las dudas que surgieron como consecuencia del delito.

Los argumentos son de peso. Sin embargo, ninguna construcción teórica puede desconocer la realidad. Y la realidad de nuestra Justicia es, al menos por el momento, una sobrecarga abrumadora de asuntos que afecta a todos los estamentos de la Justicia, incluido el Ministerio Fiscal. Un cumplimiento efectivo del principio de que las actuaciones del Ministerio Público se hallan presididas por el principio de legalidad puede quedar simplemente en papel mojado ante las actuales circunstancias. Quizá por ello, sea en parte cierto el argumento que trata de justificar la intervención particular en el procedimiento penal arguyendo que la misma supone una manera más de encontrar la solución jurídica más correcta para el conflicto social planteado, así como una forma de mejorar la jurisprudencia.⁹³ En tanto los órganos de Justicia no dispongan de más medios, habrá que tener en cuenta probablemente este argumento.⁹⁴

⁹³. Cfr. RÜTH, *JR*, 1982, cit., p. 266 con más referencias pro et contra, si bien él mismo rechaza el argumento.

⁹⁴. Quizá se argumente en contra, que de esta manera se cae de nuevo en el viejo problema de que aquél con más posibilidades económicas tendrá mejores perspectivas de defensa de sus intereses. Sin embargo, de esta situación no sería culpable el sistema aquí propuesto, que en sí se limitaría a ser una solución provisional. Antes bien, el mal radica por el momento en el hecho de que el que carezca de medios económicos —debido a la sobrecarga existente— en ocasiones no pueda ver mejor defendidos sus intereses por un Ministerio Público desbordado.

Ante estas circunstancias pro et contra, una solución intermedia que interprete el art. 125 CE restrictivamente se muestra por el momento como la solución más adecuada: la intervención privada en el procedimiento penal se debe producir al modo de la querrela de adhesión alemana, esto es, en todo caso debe ser excluida de la fase de instrucción. Este sistema conllevaría la ventaja, como ya vimos, de impedir una prolongación del procedimiento con fines "publicitarios" durante el sumario. Además, en aquellos casos en que el MF no acuse, no existiría la posibilidad de que las acusaciones no públicas acusasen —al menos, en principio—, evitando así que se habrán plenarios con causa en pretensiones claramente inviables. Sea como fuere, el panorama respecto de la participación de extraños al MF en el procedimiento penal se muestra de cara al futuro —a la luz de la moderna dogmática— de lo menos alagüeño.

3. Sobre el sobreseimiento provisional y el principio de presunción de inocencia

Diversos ponentes y componentes de las diversas mesas redondas hicieron alusión a lo dudoso que resulta el instituto del sobreseimiento provisional (art. 634, 641 LECr) en atención al principio constitucional de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE; art. 2 CEDH). Ya Alonso Martínez en la programática Exposición de Motivos de la LECr advertía de los peligros de "dejar a alguien" que estuvo procesado, "por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día que por mal querencia se prestaba a declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo". La comparación con el sistema procesal alemán demuestra, en todo caso, que se puede renunciar al instituto del sobreseimiento provisional sin perder demasiado.

La ley de enjuiciamiento procesal penal alemana *no prevé un sobreseimiento provisional* al modo español sino sólo —si bien bajo la misma terminología de "sobreseimiento"— una suspensión temporal del procedimiento o del plenario en caso de que el proceso se vea interrumpido, por ejemplo, por enfermedad o ausencia del acusado (§ 205 StPO).⁹⁵ Tras una reciente reforma, los motivos de este tipo de aplazamiento se han ampliado a los supuestos de reparación: el procedimiento se suspende provisionalmente para que el procesado tenga tiempo suficiente de pagar una determinada suma de dinero a una institución de beneficio social, de colaborar con ella, etc. (§ 153 a StPO). Un instituto como el del sobreseimiento provisional español *por falta de indicios*

⁹⁵ Cfr. nuestro art. 746 4.º y 5.º de la LECr.

concluyentes sobre la existencia del hecho (aunque sigan existiendo "indicios suficientes", art. 641 1.º LECr) o sobre la vinculación del encausado con los indicios existentes (art. 641 2.º LECr) es, sin embargo, desconocido en la legislación alemana.

En cuanto al *sobreseimiento definitivo* (§ 170 II StPO), el fiscal habrá de archivar las actuaciones en caso de que las investigaciones no hayan conducido a indicios bastantes para presentar querrela. Aunque se podría pensar que estamos ante el mismo o, al menos, ante un problema parecido al español, pues al no determinarse en la ley *el punto temporal en el que el MF ha de tomar la decisión* de sobreseer o presentar querrela, se podría pensar que el Ministerio Público puede permanecer *indefinidamente sin sobreseer* —lo que en la práctica equivaldría a un sobreseimiento provisional—, lo cierto es que el problema ha sido bien atajado por jurisprudencia y literatura científica de forma convincente en sentido contrario.⁹⁶

Así, el hecho de que según el § 203 StPO sea el propio fiscal investigador el que decida si se ha de seguir investigando en la esperanza de lograr unas "sospechas concluyentes" para la presentación de la querrela, no conduce en absoluto —según la interpretación que jurisprudencia y doctrina están realizando del precepto— a un alargamiento indebido del sumario ni, con ello, *de facto*, a la misma consecuencia que el sobreseimiento provisional español, a saber, una pendencia jurídica indefinida en perjuicio del encausado. Sólo en caso de que exista una *alta probabilidad* de que pueden aparecer nuevos indicios, se podrá aguardar a ellos sin sobreseer. Éste no será el caso, por ejemplo, cuando simplemente se confía a la *casualidad* la aparición de los mismos —sin averiguaciones complementarias ya, por encontrarse agotadas todas las vías de investigación— o cuando se espera sencillamente a que aparezca un testigo de cargo del que ni tan siquiera se tiene sospecha de su existencia, etc.⁹⁷ Sí se podrá no sobreseer, en cambio, cuando tras una larga investigación sin resultados bastantes para presentar querrela, el MF se dirige a los medios de comunicación solicitando nuevas pistas o cuando espera que otros inculpados que en

⁹⁶ Sobre esta problemática cfr. HILGER, HANS, "Über die Pflicht der Staatsanwaltschaft zur unverzügerten Einstellung gemäss § 170 Abs. 2 StPO", JR, 1985, p. 93 ss.; RIEß en: Löwe-Rosenberg, StPO, § 170, número marginal 10.

⁹⁷ De otra opinión (se puede esperar prudentemente a que aparezcan nuevas pruebas, ya que de todas formas tras el sobreseimiento se puede volver a abrir el procedimiento en cualquier momento), si bien como opinión claramente minoritaria, LÜTTGER, "Der «genügende Anlass» zur Erhebung der öffentlichen Klage", GA, 1957, 193 ss. (198 con nota 38); en sentido parecido, BOTTKÉ, WILFRIED, "Rechtsbehelfe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren - eine Systematisierung", StrV. 1986, p. 120 ss. (121).

la instrucción todavía prestan una coartada suficiente al encausado, en el plenario confiesen y dejen de encubrirle, etc.

Además, toda este sistema interpretativo dirigido a preservar la presunción de inocencia del encausado frente a la incertidumbre del sobreseimiento, se encuentra revestido de una serie de garantías judiciales que lo hacen eficaz. En efecto, doctrina y jurisprudencia consideran que en caso de que el Ministerio Público morosamente no sobresea —o, en su caso, al menos, presente la querrela—, el perjudicado podrá exigir una indemnización por daños y perjuicios de acuerdo con el § 839 del Código Civil alemán —especialmente si en su momento se presentó un escrito pidiendo el sobreseimiento—,⁹⁸ e incluso podría querrellarse en virtud del § 344 del Código Penal alemán que recoge un delito de persecución penal de inocentes (cfr. nuestros arts. 529 y ss. CP).⁹⁹ Todo esto resulta obviamente incompatible con los principios de un sobreseimiento provisional al estilo español.

El sistema alemán tiene, pues, una doble ventaja. En primer lugar, la de *no marcar la presunción de inocencia del sobreseído con el signo de la provisionalidad*, que indudablemente casa mal con el principio de presunción de inocencia y ello, a pesar de las afirmaciones del TC en el sentido de que tras el sobreseimiento provisional el encausado ha de ser tenido como inocente a todos los efectos.¹⁰⁰ En segundo lugar, al no conceder lógicamente a su sobreseimiento el valor de cosa juzgada —como en España—,¹⁰¹ *deja a salvo los principios de justicia material* sin que para ello, como digo, sea necesario atacar la seguridad jurídica individual con una situación de dilatada pendencia jurídica.¹⁰²

^{98.} BGHZ 20, 178; STEFFEN, ERICH, "Haftung für Amtspflichtverletzungen des Staatsanwalts", DRiZ, 1972, p. 153 ss. (154); TIEDEMANN, KLAUS, "Strafanzeigen durch Behörden und Rehabilitierung Verdächtigter", JR, 1964, p. 5 ss. (7 s.).

^{99.} En este sentido, HILGER, JR, 1985, cit., p. 96 i.f. - Si bien es cierto que según el Tribunal Constitucional alemán por el sólo hecho de que haya existido una investigación que concluye en sobreseimiento no existe un derecho a una pretendida "rehabilitación" (BVerfG NSiZ 1984, 228, 229).

^{100.} STC de 6 de mayo de 1983.

^{101.} Cfr. al respecto la STS de 13 de junio de 1984. Sobre la regulación y jurisprudencia del sobreseimiento en España, en general, con más referencias bibliográficas, MASCARELL NAVARRO, MARÍA JOSÉ, "El sobreseimiento libre, como alternativa a la apertura del juicio oral, en el proceso penal ordinario por delitos más graves", *Justicia*, 88 (IV), p. 885 ss.; GIL MEANA, MARÍA LUISA, "El sobreseimiento y su problemática" *AP*, 1988 (II), p. 2073 ss.

^{102.} Otros problemas del sistema español, como el hecho de que el mismo instructor, con las dudas sobre su posible contaminación existentes, sea el que en su caso ha de sobreseer provisional o definitivamente, han sido aquí dejados de lado; cfr. al respecto, SÁNCHEZ BARRIOS, MARÍA INMACULADA, "Sobreseimiento e imparcialidad", *Justicia*, 1990 (IV), p. 873 ss. (878 ss.).

Sea como fuere, considero que el modelo, en sí, y —como hemos visto— la acertada interpretación que la jurisprudencia alemana está haciendo de él, deberían ser, al menos, tenidos en cuenta para una futura reforma de la LECr.

4. Juez o fiscal instructor, cuestiones de contaminación

Especialmente debatido durante el Curso de Verano fueron las cuestiones referidas, en primer lugar, a si la fase de instrucción debe continuar en manos del juez instructor o pasar a las del Ministerio Fiscal como en otros países de nuestro entorno europeo, en segundo término, se discutieron profusamente las funciones mismas del encargado de la instrucción y, por último, se trató la —siempre actual— problemática de en qué casos actuaciones en la fase de instrucción contaminan para posteriores fases del proceso. Es obvio que la envergadura del tema no puede permitir aquí, sino trazar algunas pinceladas sobre algunas de las opiniones mantenidas, puesto que una profundización en esta materia —a diferencia de lo que ocurre con las otras cuestiones examinadas en este trabajo— correspondería más bien a un trabajo específico.

Crítica generalizada lo constituyó en primer lugar el hecho de que, en general, las medidas cautelares puedan tomarse por el propio juez instructor que, por ello, se autoriza a sí mismo a intervenir en la restricción de derechos (R. García, Jaén Vallejo, Bacigalupo). En concreto, esta disfuncionalidad se agravaría, más aún si cabe, en el ámbito de los complicados delitos socioeconómicos (R. Ramos). Y es que en efecto, en la discusión en torno al órgano instructor, se debería operar un cambio de paradigmas: la discusión no ha de centrarse —como parecía hacerlo hasta ahora—¹⁰³ en si debe ser un juez o el Ministerio Fiscal el encargado de la misma, sino que lo relevante ha de ser la *definición y competencias* de la instrucción, en pocas palabras, cómo se instruye. En este sentido hay que estar absolutamente de acuerdo en que lo importante es que se separe en dos órganos diferentes las labores de instrucción y las de toma de medidas cautelares (Bacigalupo, Brea), al modo del juez de garantías o libertades del modelo fran-

¹⁰³. Cfr. las referencias bibliográficas en la nota siguiente.

¹⁰⁴. Cfr. al respecto, con amplias referencias bibliográficas, CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN, "Algunas sugerencias en torno a la futura reforma del proceso penal", *Justicia*, 1990 (I), cit., p. 66 ss.; GIMENO SENDRA, VICENTE, "La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español", *Revista de Derecho Procesal*, 1992 (III), cit., p. 505 ss., (522); EL MISMO, "Algunas sugerencias sobre la atribución al M.F. de la investigación oficial", *Justicia*, 1988 (IV), p. 829 ss.; MORENO CATENA, VÍCTOR, "La Justicia penal y su reforma", *Justicia*, 1988 (II), p. 313 ss. (314 s.); ORTELLS RAMOS, MANUEL, "Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración político-jurídica", *Revista de Derecho Procesal*, 1990 (II), p. 223 ss.; GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, PABLO, "El Fiscal instructor: la experiencia

cés (Pérez del Valle). En efecto, si bien es cierto que en la actualidad el juez instructor no posee posteriores funciones de enjuiciamiento del hecho instruído — con lo cual ya se ha ganado mucho sobre épocas pasadas—, no lo es menos que las medidas que el instructor puede llegar a adoptar, sobre todo la posibilidad de la prisión provisional, son, sin duda, casi de la misma gravedad e importancia que la sentencia misma y resultan, en su caso, irreparables.

Por lo que respecta a la primera de las cuestiones que se acaban de plantear, esto es, a qué órgano deben corresponder las tareas de instrucción, parece que lo más adecuado sería que éstas estuviesen en manos del Ministerio Público,¹⁰⁴ aunque sólo sea por el contrasentido que supone el hecho de que sea un juez el que en la primera fase del plenario haga las veces de acusador. Arturo Beltrán y Fernando Brea Serra mostraron sus recelos con la idea de que sea el Ministerio Fiscal el encargado de la instrucción, pues esta institución se rige por los principios de unidad y jerarquía en el orden interno,¹⁰⁵ lo que podría constituir un obstáculo para su objetividad. Sin embargo, entiendo que estas suspicacias resultan en cierta medida infundadas puesto que la actuación del Ministerio Público se encuentra, como es sabido, presidida por el principio de legalidad (art. 124.2 CE). De hecho, se han previsto una serie de mecanismos en el EOMF para el caso de que un fiscal discrepe con una orden recibida o incluso la estime ilegal.¹⁰⁶ No obstante hay que reconocer, que una reforma, al menos parcial, de la institución del Fiscal General del Estado, sería quizá deseable para adaptar la figura a la futura —pretendida— situación.¹⁰⁷ Tampoco la otra objeción señalada por Brea debería constituir un obstáculo para una reforma: si bien es cierto que, como él señaló, la prueba preconstituida no se podría lle-

portuguesa", *PJ*, 33 (2.ª época), 1994, 69 ss. - Crítico, en cambio, BERMÚDEZ REQUENA, JUAN MANUEL, "El Ministerio Fiscal en el nuevo modelo de instrucción", *AP* 1997 (II), marginal 811 ss. - Sobre las —escasas— posibilidades instructoras del MF actualmente: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 178 s.

¹⁰⁵ Cfr. al respecto, detallado, LANZAROTE MARTÍNEZ, PABLO A., "Algunas consideraciones en torno al Ministerio Fiscal y el proceso penal", *Revista de Derecho Procesal*, 1994 (II), cit., p. 227 ss. (238 ss., 256 ss.).

¹⁰⁶ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 175 s.

¹⁰⁷ Véase sobre este aspecto y sobre el principio de legalidad, LÓPEZ LÓPEZ, ALBERTO MANUEL, "El principio de dependencia jerárquica en el Ministerio Fiscal español", *AP*, 1992 (I), marginal 265 ss.; véase DEL MISMO también, "Las diligencias del fiscal investigador", *AP*, 1993 (I), marginal 197 ss.; en el mismo sentido que en el texto, CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN, "La reforma del proceso penal", *PJ*, 17 (2.ª época), 1990, p. 9 ss. (28 ss., 33 con nota 11). - Otras reformas serían asimismo necesarias. Así, sería lógico revisar los arts. 96 ss. LECrim para redefinir, en su caso, si es necesaria la figura de la recusación del MF en la nueva situación —además de la figura de la abstención, hasta ahora prevista—.

var a cabo ante el órgano instructor —el MF—, no es menos cierto que sí podría realizarse —sin mayores problemas— ante el juez de garantías, que también surgiría fruto de la reforma.¹⁰⁸ Por lo demás, con la instrucción en manos del Ministerio Fiscal, se evitaría el hoy día cada vez más frecuente titular de periódico "El juez ... acusa a ... del delito de ...", —expresión de la contradicción a la que se hacía alusión antes—, que para el lego resulta tan sorprendente como lo es para el jurista. Rafael García Laraña criticó finalmente con razón, que en la actualidad y como solución intermedia, no se potencie la figura del MF con los medios, aunque éstos sean escasos, que la propia LECr concede, como sería la aplicación con más frecuencia del art. 785 bis LECr (en parecido sentido se pronunciaron Jaén Vallejo y Bacigalupo).

Las nuevas directrices legislativas apuntan, sin lugar a dudas, a una instrucción del sumario en manos del Ministerio Público. Así, por citar algunos ejemplos al respecto, el régimen del Tribunal Penal Internacional también ha establecido que para la primera fase del procedimiento es competente el Ministerio Fiscal. Por su parte, F. de Asís subrayó en este mismo sentido, que la Ley de Menores, utilizada en ocasiones como un banco de prueba para el Derecho penal de adultos, ya prevé la atribución de las investigaciones al Ministerio Fiscal. Por último, Manuel Jaén recordó que en el proyecto del denominado Corpus Iuris para la protección penal de los intereses financieros de la Unión Europea, llevado a cabo por encargo del Parlamento Europeo,¹⁰⁹ el MF es el que se encarga de la instrucción (art. 32.1).

En el modelo alemán también se ha optado por esta solución. Sólo en casos excepcionales puede el juez en virtud del § 165 StPO tomar ciertas medidas de investigación que sean de urgente necesidad si no hay tiempo para dar aviso al Ministerio Público. Pero aquí estamos ante una necesidad que convierte al juez, momentáneamente, en "fiscal de urgencia".¹¹⁰ - Además, la adopción de medidas limitativas de derechos ha de ser acordada por el juez competente a petición del Ministerio Público (§ 162 StPO). Así, en sus labores investigatorias, la Fiscalía no podrá ordenar la prisión preventiva (§§ 98 b II Hs. 2; 114 I; 161 a II 2 StPO), tomar declaración bajo juramento (§ 161 a I 3 StPO), realizar inspecciones corporales así como análisis de sangre (§ 81 c III

¹⁰⁸. En este sentido ya, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 186 s.

¹⁰⁹. El texto del mismo ha sido realizado por los Profs. ENRIQUE BACIGALUPO, GIOVANNI GRASSO, KLAUS TIEDEMANN, NILS JAREBORG, DIONYSIOS SPINELLIS, CHRISTINE VAN DEN WYNGAERT, MIREILLE DELMAS-MARTY y JOHN R. SPENCER.

¹¹⁰. En este sentido, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., 13/5.

3, V), adoptar la retirada provisional del permiso de conducción (§ 111 a I 1) ni el internamiento en un centro psiquiátrico (§ 126 a I, II 1 en relación con el § 114 I) u ordenar de escuchas (§ 100 c I Nr. 3), etc. - Sólo en caso de urgente necesidad, esto es, cuando no se pueda esperar para la adopción de la medida cuatellar bajo peligro de que después sea demasiado tarde para que ésta pueda surtir efecto, el propio Ministerio Fiscal podrá ordenar la detención (§ 127 II), la inspección corporal del inculpado y los análisis de sangre (§ 81 a II), el registro (§ 105 I 1, 2), el interrogatorio del inculpado (§ 81 a II), el establecimiento de controles de carretera (§ 111 II), etc.

En cuanto al cada día más actual problema de la contaminación del Tribunal, su tratamiento requeriría un estudio monográfico. Por ello, realizaré tan sólo una brevísima reseña al respecto. Una primera conclusión fue la de que, desgraciadamente, la jurisprudencia del TEDH sigue sin estar plenamente definida, incluso tras la sentencia del caso Castillo Algar, pues, entre otras cosas, habrá que esperar a la interpretación que nuestro TC haga de la misma, amén de que el TEDH no ha dicho de forma expresa que toda forma de instrucción, *per se*, contamine para fases posteriores del proceso (Bajo, Jiménez Villarejo).¹¹¹ En todo caso, parece que actos de mero trámite, el señalamiento del juicio, la reclamación de antecedentes penales, etc., no contaminan al juez para ulteriores momentos procesales; más dudoso resulta, en cambio, si actuaciones como el interrogatorio de testigos o el ordenar la entrada y registro aún cuando no se vea el resultado del registro, serán suficientes para plantear la recusación. En cuanto al auto de confirmación del procesamiento —supuesto planteado en el Caso Castillo Algar—, Bacigalupo señaló que últimamente, el TS ha adoptado una fórmula para el estudio de dicha cuestión que probablemente evite que se produzca contaminación. Así, no se producirá contaminación cuando tal auto se ocupe exclusivamente de las siguientes cuestiones:

- a) Si se ha respetado el Derecho de defensa; para lo cual, evidentemente, no es necesario que la Sala entre en el fondo de la cuestión.
- b) Si las pruebas de que se ha valido el Juez instructor han sido legalmente obtenidas. De nuevo se trata de una cuestión periférica, que no tiene nada que ver con el fondo del asunto sobre el que en un momento procesal posterior recaerá sentencia.
- c) Por último se revisa si existe manifiesta arbitrariedad del Derecho que pretende aplicar el instructor. Tampoco este aspecto tiene ninguna

¹¹¹. En detalle, con amplias referencias jurisprudenciales del TEDH, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones de Derecho procesal penal*, cit., p. 453 ss.

consideración respecto de la culpabilidad del presunto autor (Auto de la Sala 2.^a del TS de fecha 3-11-98).

V. EL JUICIO ORAL: ¿NUEVAS TÉCNICAS AUDIOVISUALES?

Manuel Jaén Vallejo, secretario del curso, defendió en su intervención, entre otros aspectos, lo conveniente para una futura reforma que resultaría atender a las posibilidades que las nuevas técnicas audiovisuales ofrecen, incorporando al procedimiento penal, v. gr., el sistema de la video-conferencia. En casos, por ejemplo, de delitos sexuales se evitaría de esta manera la estigmatización de la víctima, al no tenerse que ver confrontada de nuevo con el agresor. Por lo demás —y aquí hizo valer el ponente seguramente su experiencia como Magistrado de la Audiencia Provincial de Las Palmas—, tal técnica permitiría una respuesta eficaz a delitos cometidos en zonas turísticas en los que sin la declaración en el plenario de la víctima extranjera una condena es prácticamente imposible. Una vez que se hubiera realizado la inversión en el material necesario para el inicio de las video-conferencias, este método resultaría sin duda más económico que el coste de las dietas correspondientes a los testigos que han de desplazarse al territorio nacional —si es que, en su caso, están dispuestos a ello—. Del acto podría dar fe el secretario judicial y, en caso de ser una video-conferencia desde el extranjero, el cónsul español en el territorio correspondiente. Con esta técnica se respetarían los principios de inmediatez, oralidad, concentración y publicidad. Otro de los ponentes, Arturo Beltrán Núñez, también se mostró de acuerdo con la idea y propuso, a su vez, que se empleen estas nuevas técnicas que los medios audiovisuales facilitan, por ejemplo también para sustituir al acta de las sesiones del juicio oral que hasta ahora levanta el Secretario (art. 743 LECr). Beltrán recordó al respecto que, en muchas ocasiones, las actas son en gran parte ilegibles, por lo que pierden su función.¹¹²

A favor de esta propuesta, que, sin duda, resulta muy sugerente y en todo caso, merece ser estudiada de cara a una futura, hipotética reforma, habla el Derecho comparado. En EEUU se emplean técnicas audiovisuales en declaraciones de menores ya desde 1977, bien tomando una declaración previa y gra-

¹¹². El problema no es baladí: Según la STC 525/95 de 1 de abril, perdida el acta del juicio oral, así como el sumario —esto sería, en mi opinión, sin embargo, más dudoso—, es imposible constatar si hubo o no actividad probatoria de cargo, capaz de desvirtuar el principio constitucional proclamado por el art. 24.2 CE y, ante tal situación, no cabría —concluye la sentencia— otra fórmula jurídico-procesal ajustada al Ordenamiento que la de absolver.

bándola en video para su posterior exhibición, bien tomando declaración simultánea al menor en una sala contigua mediante un circuito cerrado de televisión. También en Inglaterra, Austria, Países Bajos y Escandinavos se emplean técnicas parecidas, con resultados muy positivos.¹¹³ En Alemania según se prevé en el reciente § 58 a de su Ordenanza procesal penal,¹¹⁴ la declaración de un testigo se puede grabar con medios audiovisuales cuando el mismo sea "menor de 16 años y haya sido la víctima del delito" o "cuando es de temer que no se podrá tomar declaración al testigo en el plenario y la declaración es necesaria para la averiguación de la verdad". La literatura científica menciona al respecto, entre otros, los casos de enfermedad grave o el del testigo extranjero que casi con toda seguridad no estará en el momento del juicio, etc.¹¹⁵ Se señala asimismo, que no sólo habrá que grabar la declaración en sí, sino también los momentos previos en los que se explica al testigo el procedimiento que a continuación se va a llevar a cabo, de tal modo que, en su caso, se puedan observar los cambios de comportamiento del mismo.¹¹⁶ Otro supuesto en el que la ley prevé el empleo de técnicas audiovisuales se produce cuando el inculcado y el MF por motivos de protección de un testigo, no pueden estar presentes durante el interrogatorio de éste,¹¹⁷ aunque la declaración podrá ser controlada de todas formas por el inculcado mediante una grabación en video. Se trata de los casos en los que un menor o un testigo protegido —por ejemplo, una mujer violada— declara en una sala contigua a la del juicio y esta declaración se retransmite mediante un circuito cerrado de televisión de tal manera que las preguntas de los otros participantes en el juicio oral deben ser realizadas a través del juez.

Pero no sólo el Derecho comparado parece otorgar plausibilidad a la propuesta, sino también otros muchos motivos. En primer lugar, la idea parece resultar muy adecuada para el tratamiento de delitos contra la libertad sexual,

¹¹³. Cfr. al respecto, resumido, LAUBENTHAL, *JZ*, 1996, cit., p. 340.

¹¹⁴. El párrafo entró en vigor el 1 de diciembre de 1998. Crítico con la nueva regulación, sin embargo, FISCHER, *JZ*, 1998, 816 ss. (820).

¹¹⁵. KK-SENGE, § 58 a, número marginal 3. En estos casos, el testigo tiene la misma obligación de declarar en estas circunstancias —ante la cámara— que tendría si hubiese declarado en el plenario, por lo que aunque su consentimiento es deseable —difícilmente sin él se podrá realizar una buena grabación—, no es necesario (cfr. KK-SENGE, § 58 a, número marginal 8, con más referencias bibliográficas).

¹¹⁶. Así, existirá de todas formas una grabación de un testigo que tenga derecho a no declarar y haga uso de su derecho, lo cual también podrá ser valorado (basta pensar en el caso de la mujer del acusado que se niega a declarar contra su marido acusado de intento de homicidio contra su propia persona, pero a la que se le ven todavía claramente las marcas del intento de estrangulamiento; cfr. KK-SENGE, § 58 a, número marginal 8).

¹¹⁷. En contra de lo dispuesto en los § 168 c II, 168 d I StPO.

sobre todo en los que la víctima sea un menor o se hayan producido en el ámbito de la familia —cuya importancia estadística no debe ser olvidada—. ¹¹⁸ Aquí, la carga psíquica que supone una declaración frente a frente con el agresor es enorme. Con una declaración quasi-inmediata de la víctima a través de un medio audiovisual, quedarán probablemente salvaguardados tanto su propio derecho a no ser de nuevo confrontada con el presunto autor, como el derecho del presunto agresor a que el hecho quede probado en su totalidad. Pero es que además, como es sabido, aparte de la carga suplementaria que supone para la víctima recordar delante del agresor el mal sufrido, en aquellos casos en los que el agredido pertenece al mismo núcleo familiar que el agresor —que son precisamente los que debido al quebranto de la relación de confianza familiar resultan los más traumatizantes—, ¹¹⁹ el valor de la declaración puede quedar desvirtuado debido a la fuerte presión psíquica que éste ejerce todavía sobre aquélla. Precisamente en estos casos en los que la prueba ya de por sí resulta muy dificultosa, ¹²⁰ las dudas —miedos— de la víctima —como principal testigo de cargo— puede conducir a la absolución.

Obviamente, la asunción de nuevas técnicas en Derecho procesal como es el empleo de grabaciones de video y del circuito cerrado de televisión, ha de respetar los principios procesales vigentes, de los cuales *prima facie* podrían verse afectados por estas técnicas el de inmediater y oralidad, así como el de concentración del proceso. Pero para el estudio de esta cuestión es necesario, ante todo, discriminar claramente entre los dos tipos de técnicas mencionadas: bien la grabación de videos a modo de acumulación de datos —se graba en video una declaración fuera del plenario para después mostrarla en éste—, bien la retransmisión por medios audiovisuales a modo de video-conferencia (comunicación en ambos sentidos) o de circuito cerrado de televisión (comunicación mediata de un solo sentido: de sala de vistas a declarante en otra sala por medio del juez).

En cuanto al primero de los sistemas descritos —las denominadas "declaraciones en conserva"—, difícilmente se podrá decir que cumple con los principios

¹¹⁸. Sin contar con que tales delitos tienen una de las cifras negras más altas de toda la criminalística, lo que, de todas formas, obviamente no puede tener influencia para una reforma procesal al respecto en la fase del plenario. - Cfr. además el resumen estadístico respecto de la RF de Alemania en: LAUBENTHAL, KLAUS, "Schutz sexuell missbrauchter Kinder durch Einsatz von Videotechnologie im Strafverfahren", JZ, 1996, p. 335 ss. (336).

¹¹⁹. Véase también sobre estos aspectos el resumen de PFÄFFLIN, FRIEDEMANN, "Schützen Videovernehmungen kindliche Zeugen vor sekundärer Traumatisierung?", StV, 1997, p. 95 ss.

¹²⁰. Basta pensar en casos de abusos paterno-filiales o, todavía con más dificultad en cuanto a prueba, en la omisión de impedir agresiones sexuales de terceros por parte de los padres.

de inmediatez y concentración, por lo que su admisión excepcional, en principio, habría de estar sujeta a las mismas reglas que rigen respecto de la prueba anticipada (cfr., entre otros, arts. 448 y s., 657 III, 790.5 II LECr).¹²¹ Bien distinta es la situación respecto de la video-conferencia, así como de la declaración mediante circuito cerrado de televisión de menores y otros testigos protegidos. Es indudable que a través del video se pueden también percibir incluso los aspectos no verbales de la declaración y que el principio de inmediatez, debido a la comunicación existente, no se ve afectado. El principio de inmediatez implica que el juez deberá, siempre que sea posible, servirse de los medios de prueba originales, pero entiendo que no exige en absoluto la presencia física inmediata del testigo. No parece, pues, que sea necesario un contacto visual directo, sino tan sólo que la declaración se lleve a cabo de tal modo que se pueda tener una impresión general del declarante y de su personalidad, de sus gestos, etc. y esto se logra igual con una transmisión en directo mediante circuito cerrado de televisión o mediante una video-conferencia.¹²² Tampoco parece que el art. 6 I y III del Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales exija la presencia física inmediata del testigo ante el acusado.

Lo mismo cabe decir del principio de oralidad, pues por medio de las técnicas mencionadas, el juez no sólo tendrá la necesaria percepción acústica,¹²³ sino que en cuanto a la percepción visual igualmente podrá hacerse una idea de la gesticulación, mímica, estado de nerviosismo, etc., del declarante, que pueden llevar al juez a dar mayor o menor credibilidad a la declaración. Sólo en el caso antes expuesto del menor al que hay que realizar las preguntas a través del juez, se podría decir que el principio de inmediatez se ha recortado en cierta medida, pero esta limitación mínima encuentra su justificación en el derecho concurrente del menor, de respeto a su propia integridad psíquica. Por último, cabe reseñar que los menores —todos los testigos en general— no sólo no se muestran más nerviosos por tener que declarar —en vez de en Sala— *ante una cámara*, estado de nerviosismo que, en su caso, podría desvirtuar el valor de la declaración, sino que estudios empíricos han demostrado, antes bien, que los menores responden de forma más detallada y precisa a las preguntas que en la declaración en estrados.¹²⁴

¹²¹. En contra de otorgar valor alguno a tales "declaraciones en conserva", BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., número marginal 430.

¹²². BEULKE, *Strafprozessrecht*, cit., número marginal 430.

¹²³. Las nuevas técnicas permiten, sin duda, hablar de inmediatez en cuanto a la calidad a la percepción acústica.

¹²⁴. Cfr. al respecto, BOHLANDER, MICHAEL, "Der Einsatz von Videotechnologie bei der Vernehmung kindlicher Zeugen im Strafverfahren, Eine Rechtsvergleichende Betrachtung der Modelle Englands, der USA und Australiens", *ZStW*, 107 (1995), p. 98, 95 y pássim.