

## LA POLÉMICA SOBRE EL INSTRUCTOR DE LOS CASOS PENALES: JUEZ O FISCAL

**José Manuel SUÁREZ ROBLDANO**

*Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y  
Portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura*

---

### *Sumario:*

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA ACTUAL BASE LEGAL DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL ATRIBUIDA A LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN.
3. ALGUNA CRÍTICA FUERA DE LUGAR Y DE TONO MARCADAMENTE IMPROPIO DE LA PROPIA RESPONSABILIDAD PASADA Y PRESENTE DE SU AUTOR.
4. LAS RAZONES DOCTRINALES QUE APUESTAN POR LA REFORMA Y SU FALTA DE CONSISTENCIA REAL.
5. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. INTRODUCCIÓN

Recientemente hemos tenido la oportunidad de asistir a una renovada polémica sobre si ha de persistir la actual, tradicional y arraigada atribución de la figura del Juez de Instrucción, como encargado de la normal investigación previa de los delitos o si, por el contrario, ha de introducirse novedosamente en nuestras Instituciones procesales la atribución de la investigación de los delitos a los funcionarios del Ministerio Fiscal, que serían a partir de dicha reforma de calado de la investigación criminal preparatoria del juicio oral o del sobreseimiento y del archivo de los casos penales delictivos.

La referida polémica se ha iniciado a raíz de las manifestaciones efectuadas en el Congreso de los Diputados por el Señor Ministro de Justicia del nuevo Gobierno de España. En dichas manifestaciones, aparte de tratar de otros temas de trascendencia cuyo análisis no viene ahora al caso, vino a destacar el propósito de modificar las reglas del enjuiciamiento criminal para atribuir la instrucción o investigación de los delitos o causas penales a los miembros del Ministerio Fiscal, no indicando, sino cuando se ha producido una notable reacción en contra de dicha propuesta, que la misma debería ser objeto de un consenso entre las fuerzas políticas principales del actual arco parlamentario español.

Adelantando ya una opinión, que creo fundada y amparada en la libertad de expresión constitucional, la referida y anunciada propuesta ministerial de modificar el sistema de investigación criminal de los delitos y de las faltas sustituyendo la presencia y actuación, la misma existencia, del Juez de Instrucción por la del Fiscal investigador es de un calado tal, de unas consecuencias tan trascendentales que, anunciada así sin más, supone el establecimiento de un sistema de investigación criminal ausente de las mínimas garantías de imparcialidad e independencia propias de la actual intervención de los Jueces de Instrucción en el descubrimiento de los hechos aparentemente criminales.

El entramado constitucional español, producto de un amplio consenso y de extendida aceptación institucional, se vería constreñido a ver modificados principios básicos de la institución del Ministerio Público contenidos en nuestra norma fundamental de convivencia, cuya simultánea modificación no ha sido anunciada. No sería precisa, sola y exclusivamente, la modificación del Estatuto del Ministerio Fiscal sino que, so pena de querer supeditar la investigación penal a la posibilidad de la oportunidad y a la misma dependencia jerárquica constitucionalizada (art. 124.2 de la Constitución), se produciría una alteración esencial de la imparcialidad hoy imperante en nuestro ordenamiento jurídico referido a la instrucción penal. Recuérdese que la referida dependencia jerarquizada de los fiscales se predica de ellos por el propio texto constitucional, al contrario los Jueces -todos ellos, y, por lo tanto, también los Jueces de Instrucción- han de gozar del predicado de la independencia y de la imparcialidad, de forma conjunta y derivada por imperativo de lo establecido en el artículo 117 del mismo texto constitucional. Si bien el primero de los citados preceptos ordena a los integrantes del denominado Ministerio Público que guíen todas sus actuaciones, como no podía ser de otro modo so pena de autorizar la arbitrariedad, en base a los principios de imparcialidad y de legalidad, la coordinación con la dependencia jerárquica plantea evidentes problemas solamente asumibles como hipótesis no deseadas, pero posibles.

Además, la comparativa con otros modelos próximos a nuestra geografía revela que los sistemas democráticos que nos rodean han optado por la atribución de la investigación criminal a Jueces y fiscales de forma simultánea, en otras ocasiones han atribuido funciones de imparcialidad similares a los fiscales y a los Jueces y, por último, han optado, simple y llanamente, por seguir manteniendo las funciones de la investigación criminal atribuidas a los propios Jueces. El modelo anglosajón, al que parece apuntar la reforma que se anuncia, se aplica en sistemas jurídicos y culturales ajenos a nuestra propia tradición jurídica y económica, sin que se expliquen las razones de la intención de modificar un sistema que ha dado buenos resultados, sobre todo si la apuntada reforma no se ve acompañada de una inyección de medios materiales y personales de importancia y entidad desco-

munales. A título de ejemplo, en la actualidad hay poco más de mil fiscales en España, siendo precisa la reconversión en fiscales de un número importante de los actuales Jueces de Instrucción, por supuesto, solamente de forma voluntaria.

Una vez producida la reacción unánime de casi todos los colectivos jurídicos, con las naturales discrepancias de algunos, se ha dicho que, por supuesto, sería preciso el consenso para introducir las anunciadas reformas. No es suficiente. No se puede introducir un tema jurídicamente polémico y constitucionalmente problemático sin presentar textos y documentos que permitan el encaje de las propuestas en el sistema jurídico sin producirle un detrimento irreversible derivado del supuesto «globo sonda». Porque las consecuencias del sistema simple anunciado, sin modificaciones constitucionales, podrían tacharse, al menos, de sumamente peligrosas ya que, como hace años advirtió, el actual Fiscal General del Estado, los casos de corrupción política detectados en el devenir de la democracia española fueron debidamente esclarecidos merced a la importante actividad desarrollada por los Jueces de Instrucción, siendo, al menos, debatible, la equiparación de su actividad con la de unos fiscales sujetos a la dependencia jerárquica constitucionalmente establecida. No se nos diga que tales apuntadas deficiencias quedarían paliadas por la costosa posibilidad de actuar por medio de la acusación particular o popular, ya que, en todo caso, el poder público investigador estaría en manos de funcionarios del Ministerio Fiscal cuya actuación sería decisiva en orden a la búsqueda y obtención de las diligencias indiciarias de cargo y de descargo procedentes para preparar el juicio o la misma acusación.

## 2. LA ACTUAL BASE LEGAL DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL ATRIBUIDA A LOS JUECES DE INSTRUCCIÓN

Por lo que se acaba de expresar, resulta obvio que la propia Constitución Española, al garantizar la independencia e imparcialidad de los Jueces y la dependencia jerárquica de los Fiscales inspira la plena legalidad, la conveniencia y el soporte legal de la atribución de las funciones de instrucción o de investigación previa penal a los Jueces de Instrucción. Más adelante se analizarán las objeciones que se vienen poniendo a dicha legalidad que, más bien, pueden considerarse como conveniencias u opiniones de establecimiento de una alternativa al actual sistema de investigación procesal penal.

La ya más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) de 1882, modificada en numerosas ocasiones y notablemente interpretada por una más que amplia y complementaria doctrina del Tribunal Constitucional (TC), dispone en sus artículos 14 y 306 que la competencia para la instrucción de las causas les corresponderá a los Jueces de Instrucción del partido judicial en el que el delito se hubiera cometido, formando los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal. Este sistema, con las precisas adaptaciones derivadas de las sucesivas modificaciones del procedimiento abreviado y la introducción de los juicios rápidos sigue siendo, esencialmente, el vigente en España aunque, bien es cierto, los principios inspiradores de los procesos de menores y del jurado responden a otros modelos que no coinciden con la investigación criminal atribuida a los Jueces de Instrucción. En el caso del proceso de menores, de forma expresa, el artículo 16 de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores atribuye a los Fiscales la dirección de la investigación de los hechos mediante el impulso del procedimiento y la práctica de las investigaciones de comprobación de la Policía a sus órdenes. El Jurado, regulado en la Ley Orgánica de 22 de mayo de 1995, aun estableciendo que existirá una instrucción de características especiales atribuida a los Jueces de Instrucción en sus artículos 24 y siguientes, parte de la regla sobre la concentración de la prueba de cargo en el juicio oral ante el propio Tribunal del Jurado lo que, en definitiva, no lo diferencia esencialmente del juicio ante el Tribunal integrado solamente por Jueces profesionales o ante el Juez de lo Penal más que en la propia decisión, por medio del veredicto, de la propia culpabilidad del acusado.

### 3. ALGUNA CRÍTICA FUERA DE LUGAR Y DE TONO MARCADAMENTE IMPROPIO DE LA PROPIA RESPONSABILIDAD PASADA Y PRESENTE DE SU AUTOR

En la polémica ahora suscitada se han producido, como por desgracia ocurre en otras ocasiones, verdaderas salidas de patas de banco, de elefante en cacharrería y de exabrupto impropias de la responsabilidad ante la sociedad de su autor, siendo lo peor de ellas la falta de respeto y la propia y sibilina utilización de la mera descalificación sin razonamiento fundado para combatir la reacción producida frente a la propuesta introducida en este aspecto tan importante de la vida social y de la propia convivencia.

Hay que referir aquí algunas consideraciones sobre la publicación de una colaboración o artículo de opinión publicado en el diario *La Razón* del día 2 de junio de este año por un antiguo responsable del Ministerio de Justicia -en aquel momento denominado Ministerio de Justicia e Interior, en expresión bicéfala de todo lo relacionado con la justicia, la seguridad y el sistema penitenciario-, hoy con funciones municipales exclusivas y sin una mayor representatividad política actual. La primera ironía que se nos aparece es la consistente en preguntarnos por qué no impulsó dicho superministro, durante su mandato, la reforma del proceso penal que ahora defiende con tanto acaloramiento cuando ya, por cierto, no tiene responsabilidad alguna relacionada con la materia en cuestión. Pero, veamos otras afirmaciones del mismo claramente fuera de lugar.

Comienza afirmando el comentarista oportuno de la cuestión que los Jueces de Instrucción ostentan en la actualidad un poder excesivo e incontrolado en España. Nada más lejos de la realidad. Además del sistema de control básico de la dependencia de la legalidad establecida en el artículo 117 de la Constitución, de tal manera que sólo pueden aplicar las leyes aprobadas por el pueblo soberano a través de las decisiones legislativas aprobadas en el Parlamento, existe un completo y acabado, sucesivamente perfeccionado, sistema de recursos, impugnaciones y nulidades establecidas en las normas procesales. La defensa y la acusación, pública o privada, puede obtener cumplida respuesta de todas sus pretensiones probatorias y cautelares, conociendo que existe, siempre, una garantía jurisdiccional frente a las posibles desviaciones. El Fiscal, como se ha anticipado, interviene en todos los trámites, diligencias y decisiones del Instructor, pudiendo solicitar cuanto considere oportuno para el debido y completo esclarecimiento de los hechos investigados, como les sucede a las demás partes personadas, tanto la defensa como la acusación. No existe restricción alguna al respecto y los recursos, como ocurre en cualquier sistema de garantías, en un Estado de derecho, son resueltos por otro Tribunal diferente, existiendo jurisprudencia reiterada para evitar cualquier género de contaminación procesal por falta de imparcialidad objetiva, siendo clara y constante la jurisprudencia del TC y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre (TEDH).

Sigue el referido articulista, hoy alejado de las lides propias de la política nacional, manifestando en la misma línea de crítica destructiva que la clave del poder desmedido de los Jueces de Instrucción radica en la conjunta atribución legal a los mismos de la propia investigación o instrucción penal y de la adopción de las mismas medidas cautelares de tanta trascendencia como la detención, la prisión provisional o la incautación y embargo de bienes. Sin perjuicio de utilizar una expresión impropia de un mediano conocedor del proceso penal, ya que la incautación suena más bien a situaciones de emergencia nacional o de propio conflicto armado, es lo cierto que, respecto a las denominadas medidas cautelares personales -como la detención y la prisión provisional- las restricciones legales a su acuerdo son hoy de tal envergadura que resulta patética dicha afirmación, si no fuera por la demagogia jurídica que encierra, por cuanto que, de una parte, la detención por orden judicial solamente se acuerda en casos excepcionales, bajo el amparo de las normas establecidas en los artículos 487 de la LECrim., 492 y 539 de la misma, respectivamente establecidos para los casos de incum-

plimiento de la obligada colaboración con la Justicia que se desprende de la regla establecida en el artículo 118 de la Constitución y del aseguramiento de la presencia de imputados con la finalidad de evitar su fuga, siendo medidas limitadas en el tiempo a las 72 horas establecidas en las leyes procesales y en el mandato contemplado en el artículo 17.2 de la Constitución.

Respecto de la prisión preventiva, a salvo del excepcional supuesto referido en el artículo 539 de la misma Ley Procesal Penal -contraído a la prisión por 72 horas con la finalidad de celebrar la comparecencia obligatoria en la que ha de mediar petición de la acusación pública, particular o popular para poder acordar la continuidad de la misma-, desde la Ley Orgánica de 22 de mayo de 1995 es precisa, como requisito indispensable, la expresa petición de prisión provisional de alguna de las partes acusadoras para que el Juez de Instrucción pueda acordarla, pues en otro caso ha de acordar la inmediata puesta en libertad del detenido, no pudiendo en ningún caso acordar por sí dicha medida de privación de libertad, sin que, por lo tanto y pese a lo afirmado en el artículo comentado, tenga el omnímodo poder de hacerlo por sí y sin petición de la acusación personada, normalmente el Ministerio Fiscal. Resulta precisa, pues, una previa comparecencia o vista con asistencia del imputado y de las demás partes personadas, siendo similar el sistema establecido en el artículo 798 para los juicios rápidos. No se puede, por lo tanto, decir que quede en ningún caso en manos del Juez de Instrucción la adopción de la medida gravosa referida.

Ciertamente, los embargos y demás medidas cautelares de carácter real o patrimonial, y no las impropia y antiprocesalmente llamadas incautaciones de bienes, se adoptan por el Juez de Instrucción con la finalidad de garantizar las responsabilidades civiles, daños y penas pecuniarias que pudieran imponerse en su día al imputado, sirviendo a la evidente finalidad de evitar la ocultación de patrimonios o la propia creación de una insolvencia ficticia, teniendo en ellas las partes personadas, normalmente el Ministerio Fiscal que actúa «*ope legis*» en casi todas las causas desde un principio, plena intervención, posibilidad de interponer pretensiones y reclamaciones así como recursos, respetando la Ley plenamente el contradictorio propio de un sistema procesal con el equilibrio de los derechos de la defensa y de la acusación. Expresamente, el artículo 586 permite la apelación contra la declaración judicial de suficiencia de las fianzas decretadas previamente en el proceso penal, rigiendo, en lo demás, las reglas de los recursos e impugnaciones establecidas en los artículos 216 y siguientes de la LECrim. así como las del artículo 766 de la misma. Sólo la garantía constitucional de la imparcial se ve acrecentada, en estos supuestos, por la presencia en la instrucción de un Juez o Magistrado cuyas actuaciones están dotadas, en todos los casos, de independencia e imparcialidad propias de las funciones judiciales. Como acertadamente defendió en su día por escrito el hoy Fiscal General del Estado, y se acredita en casos actuales por la presencia de la figura independiente de un Juez o Magistrado en la instrucción de causas criminales de notoria repercusión económica y social, tal independencia redundará en la garantía de los justiciables y de la sociedad frente a posibles presiones de otros poderes y frente a la pasividad frente a situaciones de ilegalidad, siendo un refuerzo insustituible -sin grave quebranto de la justicia- de la actuación misma de las partes acusadoras y de la propia defensa, no pudiendo olvidarse el mandato aún vigente contenido en el artículo 2.º de la LECrim.:

«Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo.»

En el artículo referido se llega a decir que la discrecionalidad de los Jueces de Instrucción viene a convertirse en arbitrariedad en el actuar diario de los mismos tildando de prevaricadores a algunos y de actuar abusivamente a la generalidad, aun reconociendo que estos últimos lo hacen «con el noble

fin de descubrir a los autores del crimen o de obtener pruebas que garanticen en su día una segura condena de los culpables por parte de los Tribunales juzgadores». Otras menciones a una especie de tortura, al parecer no aplicable en el caso de la instrucción atribuida a los Fiscales en los deseos incontrolados del redactor, sólo pueden merecer el desmerecimiento de las ideas expuestas, que considera, al parecer, que un sistema tolerado y amparado en su día por la hoy voz crítica, puede asemejarse a verdaderas decisiones ilegales e incontroladas en todos los casos. Le parece a uno estar leyendo las obras del recordado Profesor TOMÁS y VALIENTE cuando nos describía la tortura en la historia de la Inquisición española. Nada más lejos de la realidad pretendida exponer. El liberalismo propio de la época de la redacción de la LECrim. adoptó un sistema equilibrado de garantías, que ha perdurado con la aportación de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución y en las declaraciones de derechos humanos, sin que se puedan utilizar las desmedidas afirmaciones antes referidas. El sistema ha funcionado en España de forma correcta sin excesos conocidos y con equilibrio de la defensa y de la acusación, estando las dilaciones posibles debidamente garantizadas por la disposición contenida en el artículo 24.2 de la Constitución así como por el debido control, justamente, del Ministerio Fiscal y de los servicios de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. ¿O es que no confía el redactor referido en las propias garantías de nuestro Estado de Derecho, y prefiere las derivadas de un sistema de instructores en el que prima la dependencia jerárquica frente a la independencia judicial, la posible orden frente a la imposibilidad de dicho evento? ¿Desconoce el mismo la posibilidad de corrupción derivada de la propia dinámica del sistema económico y de libertades, cuando ya hubo casos de tal eventualidad debidamente esclarecidos con el sistema que ahora considera inconstitucional y que denosta fuerte y sensiblemente?

#### 4. LAS RAZONES DOCTRINALES QUE APUESTAN POR LA REFORMA Y SU FALTA DE CONSISTENCIA REAL

Como conclusión alcanzada por DIEGO DíEZ <sup>1</sup>, se ha dicho que «quizá fuera conveniente *de lege ferenda*, para evitar la confusión entre instructor y juzgador, la supresión de la instrucción judicial y que ésta fuera realizada por el Ministerio Fiscal con una Policía judicial dependiente directamente de él, residenciándose, en todo caso, en el Juez, la potestad de adoptar las decisiones que pudieran ser lesivas de derechos fundamentales de la persona al modo como se reguló por la StPO alemana en su reforma de 1975».

Lo cierto es que no se puede ocultar que en otros Estados y países se ha establecido el sistema de investigación criminal por medio de funcionarios del Ministerio Fiscal que vienen a ser, en gran medida, superiores de la policía y supervisores de su actividad investigadora. Ésa es una opción legislativa que, en el caso español, no se ha adoptado, ni se considera aconsejable por los múltiples y beneficiosos razonamientos que se han expuesto con anterioridad, sin que, pese a ello, como ocurrió en Alemania antes de la reforma citada, se estimó que existiera inconstitucionalidad alguna de la instrucción atribuida a los Jueces. La tradición jurídica y la experiencia española se ha demostrado adaptada al sistema de instrucción por un Juez y enjuiciamiento por otro distinto, ha funcionado en un grado satisfactorio y, lo que no se puede olvidar tan a la ligera, en los casos más escandalosos y con una mayor repercusión social, afectando a la propia credibilidad del Estado de Derecho y a las instituciones democráticas, ha dado una respuesta adecuada a lo que se esperaba, no conculcando derechos fundamentales al existir resortes procesales y garantías adecuadas para evitar los posibles

<sup>1</sup> DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. «El principio "el que instruye no debe juzgar" como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal». *Revista del Poder Judicial*, número 8. Diciembre de 1987.



excesos, habiendo actuado los Jueces de Instrucción conforme se esperaba de ellos y sin que el acusatorio pueda verse alterado por su misma existencia basada en la independencia e imparcialidad controladas. Ello no quiere decir que el sistema no pueda ser aún susceptible de mejoras, pero siempre partiendo de la subsistencia de la encomienda de la instrucción a los Jueces y no a una figura extraña a nuestra tradición jurídica y a nuestra misma idiosincrasia jurídica.

También se ha estimado <sup>2</sup> que, en directa relación con el tema referido a la separación de las funciones de instruir y de juzgar las causas penales, resulta que «es necesario proceder, pues, con rigor y con urgencia a una reforma en profundidad de la maraña procesal que -también en el orden penal- nos asedia, al objeto de garantizar en toda su extensión los derechos de los ciudadanos. En el tema que se estudia parece imprescindible, *de lege ferenda*, atribuir al Ministerio Fiscal la investigación penal (solución que con cierta frecuencia se propugna), previa dotación de los oportunos medios y reservando al juzgador sólo la decisión; instituyendo una fase previa donde se pueda practicar la prueba anticipada que se precise por imposibilidad o dificultades de reproducción en el juicio y se prevea que el Juez, en orden a la limitación de los derechos fundamentales del inculcado, diga no sólo la última, sino también la primera palabra, limitándose por lo demás a recibir la acusación fiscal y decidir finalmente sobre las pruebas que en verdad se hayan practicado en el juicio, puede lograrse un proceso penal más ágil y más respetuoso de los derechos de los ciudadanos, sin necesidad de atribuir a los Juzgados de Instrucción "la instrucción y fallo de las causas por delito o falta en que así se establezca por la ley" [art. 87.1 b) de la LOPJ]».

No se estima por qué razón de peso se intenta relacionar la cuestión, clara y contundentemente tratada ya desde el principio en la redacción original de la LECrim., con la separación entre la propia instrucción y el enjuiciamiento en tanto que la jurisprudencia del TEDH diferencia claramente las dos fases referidas con la finalidad de evitar la existencia de falta de imparcialidad objetiva en la que incurriría aquel Juez o Fiscal que, habiendo practicado diligencias de investigación que le habrían permitido formar criterio sobre la responsabilidad o no del acusado, luego pasara a formar parte del órgano encargado de celebrar el propio juicio del mismo. Se trata de cuestiones diferentes, no relacionables, sino con la clara voluntad de optar por el sistema de la instrucción no judicial que, como se ha dicho, presenta características que la hacen aconsejable o, por lo menos, que impiden tacharla de inconstitucional, cuando no de otros epítetos impropios de juristas de cierto renombre.

Sigue otra parte de la doctrina procesalista española <sup>3</sup> atacando la figura del Juez de Instrucción con argumentos, entendemos fácilmente rebatibles. Veámoslos con brevedad. Se afirma que el modelo del Juez de Instrucción encargado de la investigación criminal retarda la investigación criminal. Lo cierto es que, en España, durante muchos años se ha padecido y aún se padece una notable y reconocida penuria de medios personales y materiales consignados a los Juzgados y Tribunales con la finalidad de poder realizar una investigación en corto período de tiempo. Pero es que, además, parece desconocer el autor de la crítica que la propia envergadura de ciertas investigaciones penales y el mismo ejercicio del derecho de defensa y de las acusaciones personadas en la investigación impide, en los casos penales de cierta complejidad, la terminación de la instrucción en breve período de tiempo sin que, por último, puedan predicarse gratuitamente de los Jueces de Instrucción afirmaciones genéricas y meramente voluntaristas de falta de imparcialidad.

<sup>2</sup> MORENO CATENA, Víctor. «Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal». *Revista del Poder Judicial*, número Especial II de 1988.

<sup>3</sup> GIMENO SENDRA, Vicente. «El Juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Revista del Poder Judicial*, número Especial VI de 1989.

La queja del comentarista se centra en atribuir todos los males de la instrucción a la sola existencia de la figura del Juez de Instrucción, como si la desaparición de la misma fuera la panacea a alcanzar de forma inmediata y que solucionará todos los problemas entre otros, según se dice, los derivados del «exceso de admisión de pruebas propuestas por la defensa en la fase de investigación de los causas penales».

Se añade, optando claramente por la figura del Fiscal instructor, que «tal y como ya se ha indicado, los enunciados y graves defectos de la instrucción judicial clásica no responden exclusivamente a la insuficiencia de medios personales y materiales, sino que son al propio tiempo consustanciales al criterio mismo. Ésta es la razón por la cual el referido modelo del Juez de Instrucción francés está ya prácticamente arrinconado en el país galo y sustituido en Europa por la investigación oficial del Ministerio Público; de este modo, no sólo los países anglosajones y nórdicos o la República Federal Alemana (que introdujo el modelo mediante la "pequeña reforma a la StPo de 1975"), sino el nuevo Código Procesal Penal portugués, entrado en vigor el día 1 de enero de 1988 o el reciente Código Procesal Penal italiano, publicado en la *Gazzeta* el día 24 de octubre de 1988 (que mantiene una vacación legal de un año), se han inclinado también por la abolición de la instrucción judicial clásica y su sustitución por la figura del "Ministerio Fiscal-Director de la Investigación"». Se puede decir, frente a ello, que, de nuevo y sin predicados innecesarios, se trata de opciones legislativas adoptadas tradicionalmente en los países de corte anglosajón o en los nórdicos, mientras que en el caso alemán la reforma es muy reciente y, por lo tanto, de opción legislativa precisada de fuertes inversiones económicas, siendo el caso portugués opcional en cuanto a la presentación de la denuncia ante un Juez o un Fiscal, eligiendo el ciudadano, y sin que, por último, pueda equipararse el caso italiano al español al existir una Carrera Judicial en Italia prácticamente igualada en origen y trasvase a la misma Carrera Fiscal, siendo habituales actuaciones propias de la independencia de los Jueces en el actuar procesal de los propios Fiscales.

Se dice, por último, que «la circunstancia de que el Fiscal General del Estado sea nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (art. 124.4.º) o su principio de "unidad y dependencia jerárquica" no deslegitiman el modelo de reforma, sino antes al contrario, lo refuerzan, por cuanto dicho Gobierno hoy es elegido por el pueblo de quien emana la Justicia (art. 117.1.º) y es responsable de su política criminal ante el Parlamento (art. 108). En cualquier caso, el Ministerio Fiscal está también sometido a los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124.2.º) que, en el supuesto de que entraran en conflicto con aquéllos, habría de hacer prosperar la defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, para lo cual el Ministerio Público goza de toda una autonomía funcional otorgada por su Estatuto Orgánico e incluso superior a la existente en otros ordenamientos». Reconociéndose que se viene a optar por un órgano instructor dependiente, se razona con base en la legitimidad otorgada al Gobierno, que nombra al Fiscal General del Estado, por el pueblo con olvido notorio de que los sistemas democráticos más avanzados son un verdadero sistema de pesos y contrapesos, de garantías y de equilibrios en los que la mayoría no puede imponer su criterio de forma absoluta sin contar con reglas del juego que impidan hechos constitutivos de delito y que han de ser investigados para mantener la legalidad propia del Estado de Derecho, evitándose, con garantía para el respeto de las minorías, la denominada «dictadura de la mayoría». No toda la legitimación constitucional deriva de una elección, existiendo aquí y en todos los Estados democráticos, la legitimación constitucional directa en base al nombramiento y la legitimidad de ejercicio, cosa que, a veces, se olvida.

Se añade, en el mismo sentido que «nótese, además, que nuestra Constitución consagra la acción popular en su artículo 125, que constituye la mejor garantía frente a una posible burocratización del Ministerio Público. La existencia de este derecho fundamental habrá de ser respetada en la futura reforma procesal penal a través de un recurso efectivo de las partes privadas ante la autoridad judi-



cial en el supuesto de que, mediante la invocación de razones de oportunidad, se intentarán obtener sobreseimientos injustificados o quebrantar el principio constitucional de igualdad». Viendo el propio tratadista los peligros derivados de la atribución de la instrucción al Ministerio Fiscal, da remedios que, en otro caso, viene a considerar que no sería preciso instaurar. La cuestión estriba en determinar el por qué se atisba ahora un riesgo de desigualdad cuando la figura judicial en la instrucción parece mantener un mayor equilibrio y ponderación de las actuaciones procesales y de instrucción. Recuérdese que dicho equilibrio evitaría la atribución, ahora en exclusiva, de todos los medios públicos al Ministerio Fiscal cuando, en la actualidad, están compartidos mediante la posibilidad judicial de los Jueces de Instrucción de averiguar lo positivo y lo negativo de los cargos contra personas imputadas, pudiendo acudir a todas las Autoridades y personas con tal finalidad.

Termina así:

«Señalemos, por último, que el argumento de la insuficiencia de plantillas del Ministerio Fiscal (por cierto, paradójicamente utilizado para reclamar de los Juzgados una reforma cuantitativa y conservadora del modelo de la instrucción judicial), no debiera serlo sí, junto con la tramitación del texto articulado del Código Procesal Penal se promulgara la correspondiente Ley de Plantillas del Ministerio Público y se estableciera una vacación de ley, de un año, previa a la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal.»

Reconoce, como no podía ser de otra manera, que la reforma propugnada, de gran calado e innecesaria por lo antes argumentado, que resultaría precisa una considerable transformación de la plantilla del Ministerio Fiscal, aumentándola en una proporción desmesurada, de tal forma que, previsiblemente, debería producirse una transformación de muchos Jueces de Instrucción en Fiscales y, en definitiva, adecuarse las plantas de ambas Carreras, cuestión que no puede realizarse sin graves trastornos y una adecuación no tan rápida como puede parecer a primera vista.