

# **SOBRE EL MINISTERIO PÚBLICO ALEMÁN**

*Juan-Luis Gómez Colomer  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad Jaime I de Castellón*

Nada mejor como merecido homenaje al Prof. Barbero Santos desde nuestra especialidad, que dedicarle un escrito en donde se reflejen algunas consideraciones sobre una de las instituciones procesales de mayor importancia del segundo país que más ha amado.

En las páginas siguientes, ante la imposibilidad de tratar en un artículo de estas características todas las cuestiones que afectan a la Fiscalía alemana, vamos a analizar dos de los temas más importantes en relación con ella, tanto en lo que se refiere a su configuración orgánica, pero con vistas a su participación en el proceso penal por ser el campo de actividades de mayor relevancia en su trabajo, como a las funciones que debe cumplir en dicho proceso penal. De un lado, y en primer lugar, veremos los trazos más importantes de su organización, partiendo de su consideración de autoridad autónoma de la Administración de Justicia, incidiendo en las consecuencias clave de la misma en el proceso penal; por otro, estudiaremos como aspecto funcional esencial, sin duda, su condición de autoridad competente para llevar a cabo la investigación del proceso penal<sup>1</sup>.

Ambos aspectos son absolutamente complementarios en nuestra opinión, pues dejar fuera del análisis del modelo alemán del Ministerio Público su carácter de órgano instructor del proceso penal, sería ignorar completamente una de las cuestiones que hoy más preocupan en España por su gran relevancia jurídica, lo que sería inadmisibile, de ahí su consideración conjunta en este escrito.

---

<sup>1</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, págs. 70 y ss., para el texto; y 480 y ss. para la traducción legal, entre otras.

## I. Aspectos orgánicos de la fiscalía en la república federal alemana

La principal autoridad acusadora, única en la mayoría de los casos, en el proceso penal alemán es el Ministerio Fiscal, órgano jerárquicamente estructurado (no independiente), cuyos miembros deben acatar las órdenes propias del servicio de su superior (§ 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial alemana o *GVG*, que entra en juego por el principio de oportunidad y no por el de legalidad), actuando en representación del primer funcionario de la Fiscalía, en el caso de existir varios miembros (§ 144 *GVG*).

Sin perjuicio de considerar más tarde los aspectos más relevantes de su organización<sup>2</sup>, nuestro mayor interés se centra ahora en analizar la posición jurídica que ocupa el Fiscal en el proceso penal, y sus actividades o funciones fundamentales.

### A) Posición jurídica

El Ministerio Fiscal, la Fiscalía, es una autoridad de la Administración de Justicia, una autoridad autónoma dentro de la misma<sup>3</sup>.

No es autoridad judicial porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el art. 92 de la Constitución alemana o *GG*, por la sujeción jerárquica a las disposiciones del superior, y por la falta del efecto de cosa juzgada en sus resoluciones<sup>4</sup>.

Pero tampoco es una autoridad administrativa pura, porque su actividad no se deriva de las exigencias de la Administración, no está orientada hacia las mismas, sino hacia la Verdad y Justicia.

De ello se deduce<sup>5</sup>:

- a) Que no es parte en el proceso penal, pues debe averiguar no sólo las circunstancias y los hechos que hablen en contra del inculpado, sino también los que hablen a su favor (§ 160, ap. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana o *StPO*).
- b) Que en caso de existencia de acto punible, está obligado, en principio, a presentar la acusación (§ 152, ap. 2 *StPO*).

---

<sup>2</sup> No sólo estatal, sino también de los *Länder*, v. §§ 141 a 152 *GVG*, y, sobre ellos, WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht aller Verfahrenszweige* (6ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 1987, págs. 293 y ss., y PETERS, *Strafprozeß* (4ª ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1985, págs. 160 y ss.

<sup>3</sup> Sobre la historia de este órgano en Alemania, v., breve pero claramente, ZIPF, *Strafprozeßrecht* (2ª ed.), Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1977, págs. 42 a 44.

<sup>4</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (24ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 1995, págs. 47 y 48. Prescindimos de influencias bibliográficas concretas con relación a la firma del Fiscal alemán, por no ver necesarios dadas las características de esta aportación. Vid., en ese libro citado las págs. 45 a 47 para una profundización adecuada.

<sup>5</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 49 a 53.

- c) Se discute si el Ministerio Fiscal, no considerando punible el hecho cometido por el inculpado, ya por motivos fácticos, ya por motivos jurídicos, puede ser obligado por su superior a acusar, solicitar la orden penal u otras medidas ulteriores, porque el § 144 *GVG* considera a este funcionario un sustituto del superior máximo, del primer funcionario de la Fiscalía. En general, se opina que ello no es correcto, porque obligar a una actuación en contra del convencimiento personal de quien debe realizarla, iría contra la Verdad y la Justicia<sup>6</sup>, substituyéndose en la práctica al Fiscal o encomendado la causa a otro. El § 145, ap. 1 *GVG*, evitaría la insolubilidad del problema, pues ese primer funcionario siempre podría aceptar practicar él mismo la actuación puesta en entredicho.
- d) Es cuestión discutida asimismo si existe obligación de acusar, cuando el Ministerio Fiscal considera también no punible determinado comportamiento, en contra de la Jurisprudencia, con base en supuestos análogos con relación a los Tribunales entre sí, previsto en el § 121, ap. 2 *GVG*<sup>7</sup>, pero, obsérvese, claramente en contra, ese basamento, de la independencia del Fiscal respecto a los Tribunales, proclamada en el § 150 *GVG*. La Verdad y Justicia deben prevalecer, por tanto, también en esta cuestión<sup>8</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo Federal alemán o *BGH* afirma al respecto, en constante Jurisprudencia, que el Fiscal está obligado en este caso a acusar<sup>9</sup>.
- e) El Ministerio Fiscal debería ser recusable (recordemos que en Alemania no es parte), precisamente por su función, ligada a la búsqueda de la Verdad y Justicia<sup>10</sup>, como ya hemos dicho. Ello no es sin embargo, nada claro, pues, v.gr., la Jurisprudencia lo niega<sup>11</sup>, pero ROXIN entiende que debe aplicarse el § 23 de la Ley de Introducción a la Ley Orgánica del Poder Judicial alemana o *EGGVG*, porque, ante la falta de cualquier otra base legal, no hay más solución que considerar la recusación del Fiscal como un acto de la Administración de Justicia, en pro de garantizar la mayor objetividad posible en su actuación<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Así, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 52 y 53.

<sup>7</sup> Antes de la derogación por la Ley de 17 de febrero de 1990 del art. 136 *GVG*, se basaba también en este precepto.

<sup>8</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, pág. 52.

<sup>9</sup> Véase PETERS, *Strafprozeß*, cit., pág. 167.

<sup>10</sup> Es decir, deberían serle aplicados los §§ 22 y ss. *StPO* análogamente, pero véase ARLOTH, *Zur Ausschließung und Ablehnung des Staatsanwalts*, revista NOW 1983, pág. 207.

<sup>11</sup> Véase el Auto de 24 de octubre de 1968, del Tribunal Superior del *Land* u *OLG* de Hamm, NOW 1969, p. 808, y la Sentencia *BGH*, de 25 de septiembre de 1979, en NOW 1980, p. 845.

<sup>12</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, págs. 52 y 53.

B) Funciones

Brevemente, el Fiscal debe desarrollar en el proceso penal las siguientes actividades<sup>13</sup>:

- a) Tramitar las solicitudes penales que se le presenten, e investigar las denuncias que se pongan en su conocimiento (§ 158 *StPO*);
- b) Es el órgano competente para realizar las actuaciones propias del procedimiento de averiguación, preparatorio o preliminar (nuestro sumario o diligencias previas), completamente, desde el punto de vista legal, en sus manos<sup>14</sup>; es, por tanto, el guía, director y señor del mismo (§§ 160 y ss. *StPO*).
- c) En caso de peligro por el retraso, puede ordenar la detención provisional, secuestros, registros, levantar puestos de control, etc. (§§ 98, ap. 1; 105, ap. 1; 111, ap. 2; 111e, ap. 1; 111n, ap. 1; 127, ap. 2; 163b y 163c *StPO*).
- d) Tomar la decisión sobre si ejerce la acción pública (§§ 152 y 170 *StPO*). Sobre ello téngase en cuenta la vigencia en Alemania del principio de oportunidad, por el que el Ministerio Fiscal, como excepción al principio de legalidad, por razones de prevención general y especial, y con la aprobación del Tribunal, puede prescindir de la persecución de determinados delitos leves, o de aquéllos que por otras razones no se considere conveniente perseguir, al amparo de los §§ 153 y ss. *StPO*<sup>15</sup>.
- e) Debe acusar en la vista principal (§§ 226 y 243, ap. 3 *StPO*, y, en principio, es el único legitimado para ello<sup>16</sup>, como queda afirmado.
- f) Tiene derecho a interponer los recursos pertinentes (§§ 296 y 301 *StPO*).
- g) Es la autoridad de ejecución (§§ 36 y 451 *StPO*).
- h) Por último, tiene derecho a ser oído antes de que el Tribunal tome cualquier resolución, ya en la vista principal, ya fuera de ella (§ 33 *StPO*).

---

<sup>13</sup> BAUMANN, *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozeßrechts*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart 1979, págs. 111 a 117; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 49 y 50; y, extensamente, PETERS, *Strafprozeß*, cit., págs. 166 y ss.

<sup>14</sup> Gráficamente denominan PETERS, *Strafprozeß*, cit., págs. 166 y 167; ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 63; TIEDEMANN, en Roxin / Arzt / Tiedemann, *Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht* (3ª ed.), Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1994, pág. 161; y ESER, *Einführung in das Strafprozeßrecht*, Ed. C.H. Beck, München 1983, pág. 21, a la Fiscalía “señora del procedimiento de averiguación”.

<sup>15</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán...*, cit., págs. 47 y 48.

<sup>16</sup> Se dice por ello que el Ministerio Fiscal tiene el monopolio de la acción, v.,v.gr., ESER, *op. y loc. cit.*

### C) Organización

La organización de la Fiscalía alemana depende en buena parte de ser Alemania un Estado federal, como es lógico, lo que marca particularidades y diferencias importantes con otros sistemas jurídicos, entre los que se encuentra el nuestro<sup>17</sup>. Interesa a nuestros efectos destacar las siguientes cuestiones organizativas del Ministerio Fiscal alemán<sup>18</sup>:

- a) Los Fiscales en Alemania han de tener la misma capacidad que se exige para ser Jueces (§ 122, ap. 1 de la Ley de los Jueces alemanes o *DRiG*), pero no pertenecen al Poder Judicial, del que son independientes (§ 150 *GVG*), ni pueden realizar ninguna de las tareas que la Ley encomienda a los Jueces (§ 151 *GVG*).
- b) Los Fiscales son funcionarios públicos (§§ 144 y 148 *GVG*), razón por la que no gozan de los principios políticos propios del Poder Judicial, básicamente no son independientes, como indicamos *supra*, estando obligados a seguir las órdenes del Fiscal superior, como ya sabemos (§ 152 *GVG*).
- c) La Fiscalía constituye una autoridad organizada jerárquicamente, según indicamos antes, del siguiente modo: En Alemania el Jefe superior es el Fiscal General Federal, quien actúa como Fiscal ante el Tribunal Supremo Federal, en donde cuenta con la ayuda de varios Fiscales Federales; siguen los Fiscales de los Tribunales Superiores del *Land*, con su jefe a la cabeza; y los Fiscales de los Tribunales del *Land*, también con su propio jefe de la Fiscalía; además, para finalizar, existen los Fiscales legos de los órganos judiciales inferiores (§§ 142 y 142a *GVG*). Su estructura responde, por tanto, como es lógico, a la de los Juzgados y Tribunales alemanes, pues de acuerdo con el § 141 *GVG*, ante cada Tribunal deberá existir una Fiscalía, incluso con conexión territorial entre ambos (§ 143 *GVG*).
- d) El Fiscal General Federal no es sólo un cargo político que preside una organización administrativa, sino que también debe ejercer la acción pública en caso de haberse producido uno de los graves hechos punibles señalados en el § 142a *GVG*, v.gr., delitos contra los órganos constitucionales del Estado, traición, etc., por tanto, con obligaciones funcionales específicas (v. § 145 *GVG*).

---

<sup>17</sup> Véase MARTÍNEZ DALMAU, *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Ed. Tirant lo Blanch y Universitat de València, Valencia 1999, págs. 65 y ss.

<sup>18</sup> Un listado bibliográfico completo sobre la literatura alemana, abundantísima, acerca del Ministerio Fiscal, en ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 45 a 47.

#### D) Ayudantes

Un aspecto importante que resta por explicar hace referencia a aquellas instituciones y órganos a los que la Ley considera ayudantes del Ministerio Fiscal, muy importantes algunas de ellas para que pueda cumplir perfectamente con sus funciones. Dejando de lado las específicas del proceso penal contra menores de edad<sup>19</sup>, que no son de nuestro interés ahora, la doctrina alemana considera como ayudantes del Ministerio Fiscal, en la realización de los actos propios del procedimiento de averiguación o preparatorio, a las siguientes autoridades y funcionarios: la Policía, el Juez Investigador, y las autoridades que prestan ayuda judicial<sup>20</sup>.

1) La Policía: Es el órgano ayudante de más importancia, aunque su superior es el Ministerio del Interior de cada *Land*<sup>21</sup>. Toda la Policía está obligada a ayudar al Ministerio Fiscal (§ 161 *StPO*), especialmente los funcionarios auxiliares de la Fiscalía que hayan determinado los Gobiernos de los *Länder* (§ 152, ap. 2 *GVG*), los cuales gozan de determinados derechos<sup>22</sup>. La *StPO* regula, asimismo, las medidas que los funcionarios auxiliares pueden acordar en el proceso penal<sup>23</sup>.

Como obligaciones generales, la Policía tiene las dos siguientes: **a)** Practicar de oficio todas las ordenaciones que no permitan aplazamiento, con el fin de prevenir el ocultamiento del asunto (derecho y obligación de la primera intervención, § 163, ap. 1 *StPO*)<sup>24</sup>, enviando inmediatamente los resultados al Fiscal (§ 163, ap. 2 *StPO*); y **b)** Debe practicar todas las investigaciones que le ordene el Ministerio Fiscal (§ 161 *StPO*).

El problema más importante que tiene planteado el proceso penal alemán, en esta fase y con respecto a la Policía, es sin duda que investigaciones que forman el procedimiento de averiguación, dirigidas legalmente por el Ministerio Fiscal, están en la práctica en manos de la Policía, quien las ejecuta frecuentemente de oficio con base ciertamente en el § 163, ap. 1 *StPO*, y, una vez conclusas, las remite al Fiscal, quien sólo decide entonces si acusa o archiva el proceso<sup>25</sup>, por lo menos en los asuntos de pequeña importancia.

<sup>19</sup> Véase WOLF, *Gerichtsverfassungsrecht...*, cit., págs. 302 y 303.

<sup>20</sup> Véase ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 53 y ss.

<sup>21</sup> Sobre la organización policial, v., brevemente, ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 62 y 63.

<sup>22</sup> Por ejemplo, a practicar la detención provisional (§ 127, ap. 1 y 2, y 163b, ap. 1 *StPO*), a practicar la identificación del sospechoso (§ 163b, ap. 1 *StPO*), y a constatar la identidad (§ 163b *StPO*).

<sup>23</sup> Así, pueden ordenar, siempre por motivos de urgencia, secuestros (§ 98, ap. 1 y 111e, ap. 1 *StPO*), registros (§ 105, ap. 1 *StPO*), extracciones de sangre u otras investigaciones corporales del imputado (§ 81a, ap. 2 *StPO*), investigaciones corporales de testigos (§ 81c, ap. 5 *StPO*), y ordenar el levantamiento de puestos de control callejeros (§ 111, ap. 2 *StPO*).

<sup>24</sup> Véase, sobre este importante concepto, PETERS, *Strafprozeß*, cit., pág. 172.

<sup>25</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 62. Razón fundamental de esta grave quiebra: La falta de funcionarios de Policía suficientes a las órdenes del Ministerio Fiscal, v. también GÖSSEL, *Überlegungen*

Esto es especialmente relevante hoy, pues como consecuencia de la Ley contra la Criminalidad Organizada (*OrgKG*), de 15 de julio de 1992, reformada por la Ley de 4 de mayo de 1998, y por la Ley de Determinación de la Identidad mediante Pruebas de ADN, de 7 de septiembre de 1998, las medidas que puede acordar la Policía en el proceso penal citadas en nota se han visto notablemente ampliadas, a causa de la gran evolución de los métodos de persecución penal de los últimos años<sup>26</sup>.

En este sentido, la Policía puede archivar datos personales de manera informática, con ocasión de controles fronterizos o de identificación, que puedan luego facilitar la investigación criminal (§ 163d *StPO*); puede rastrear datos personales que constan en bases de datos, en la búsqueda e identificación de criminales (§§ 98 y 98a *StPO*); puede comparar datos informatizados con el mismo fin (§ 98c *StPO*); puede transcribir datos con fines de inspección policial, bien de personas, bien de matrículas de coches (§ 163e *StPO*); puede emplear medios técnicos sin conocimiento del inculpado, como cámaras de video (§§ 100c y 100d *StPO*); o puede, finalmente, utilizar en sus actividades de investigación agentes encubiertos o infiltrados en grupos criminales (§§ 110a a 110e *StPO*).

2) El Juez investigador: Dada la organización del proceso penal alemán en su fase de investigación, como queda repetidamente dicho, bajo la dirección del Ministerio Fiscal, no existe un Juez Instructor. Pero, debido a su vez a la suma importancia de algunas de las medidas que deben acordarse en esta fase, muchas de ellas en confrontación directa con determinados derechos fundamentales, quiere la Ley que el examen acerca de su admisibilidad sea realizado por un órgano jurisdiccional, quien actúa también como Juez de garantías. Dicho órgano es el Juez Investigador, que es generalmente el Juez unipersonal de los Juzgados penales o *AG* (§ 162, ap. 1 *StPO*)<sup>27</sup>.

La función que debe cumplir este Juez es limitarse a examinar si la medida a acordar y practicar por el Fiscal, por él solicitada, es admisible jurídicamente o no (§ 162, ap. 3 *StPO*); le queda vedado, en consecuencia, examinar su conveniencia<sup>28</sup>.

El cambio que supuso la derogación del sistema de fase sumarial en manos del Juez Instructor<sup>29</sup>, hizo surgir dudas en este punto, de naturaleza

---

*über die Stellung der Staatsanwaltschaft im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei*, GA 1980, pág. 325.

<sup>26</sup> Véase ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., págs. 54 a 61.

<sup>27</sup> Las excepciones se recogen en los §§ 169 *StPO* y 166, ap. 2 *GVG*.

<sup>28</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 62.

<sup>29</sup> En 1974, por la Primera Ley de Reforma del Derecho Procesal Penal, a la que nos referiremos con mayor detenimiento en el ap. II de este escrito.

constitucional, por entenderse que la nueva relación Ministerio Fiscal–Juez Investigador, podría violar la independencia judicial consagrada en el art. 97, ap. 1 GG, por los condicionantes y el poder que significa para el Fiscal, pero el Tribunal Constitucional Federal alemán despejó esas dudas ya antes de esa fecha<sup>30</sup>, al declarar que no se produce tal violación, porque el Juez Investigador no ejerce en estos casos actividad jurisdiccional, sino administrativa, siendo un órgano que constitucionalmente viene obligado a prestar ayuda administrativa, con base en el art. 35 GG<sup>31</sup>, habiéndose asumido sin ningún problema por la totalidad de la doctrina hoy, que, de hecho, considera mínimamente el tema, aunque en su momento sí hubo discusiones enconadas, fundamentalmente en torno a la disminución de garantías para el imputado y su abogado defensor que el cambio podía significar<sup>32</sup>.

En concreto, el Juez Investigador interviene<sup>33</sup>:

a) Por propia iniciativa: Sólo si existe peligro en el retraso. Así, puede practicar los actos de investigación urgentes (§ 165 StPO), y promulgar de oficio la orden de prisión (§ 125 StPO), pero en cualquier caso, una vez desaparecidos los motivos de urgencia, corresponde a la Fiscalía la ulterior disposición sobre la medida (§ 167 StPO)<sup>34</sup>.

b) A instancias de la Fiscalía, hay que distinguir dos supuestos:

1.- Su intervención es indispensable para que se produzca jurídicamente la interrupción de la prescripción (v. § 78c del Código Penal alemán

<sup>30</sup> Véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 74. Es interesante también consultar el Auto del BVerfG (Tribunal Constitucional Federal alemán) de 16 de abril de 1969, en NOW 1969, pág. 1106.

<sup>31</sup> Véase esta doctrina en el auto del Tribunal Constitucional Federal alemán o BVerfG, de 27 de abril de 1971 (BVerfGE, t. 31, pág. 43).

<sup>32</sup> Véanse, por citar la doctrina de la época más importante, SCHMIDT, Eb., *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Ed. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1957, t. II, págs. 490 y 491; LÖWE / ROSENBERG, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar* (23ª ed.), Ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York 1976, t. I “Einleitung” (por K. SCHÄFER), págs. 222 y 223; KLEINKNECHT, Th., *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz. Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen* (31ª ed.), Ed. C.H. Beck’sche, München 1974, págs. 496 y ss.; PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch* (2ª ed.), Ed. C.F. Müller, Karlsruhe 1965, pág. 143; HANACK, E.-W., *Prozeßhindernis des überlangen Strafverfahrens?*, JZ 1971, pág. 707; LAMPE, J., *Ermittlungszuständigkeit von Richter und Staatsanwalt nach dem 1. StVRG*, NOW 1975, pág. 199; GÖSSEL, K.H., *Strafverfahrensrecht*, Ed. Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977, págs. 43 y ss.; ROXIN, C., *Strafverfahrensrecht* (15ª ed.), Ed. C.H. Beck’sche, München 1979, pág. 374. No se olvide, como destaca la doctrina citada, que la legislación alemana de reforma en esa época, es producto en parte importante de las prisas del legislador por contrarrestar procesalmente los perniciosos efectos sociales derivados de la existencia de la banda terrorista Baader-Meinhof.

<sup>33</sup> ROXIN, *Strafverfahrensrecht* (24ª ed.), cit., págs. 64 y 65.

<sup>34</sup> De ahí que ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 65, lo llame Fiscal de Emergencia (*Notstaatsanwalt*).



o *StGB*), y para que queden asegurados los medios de prueba (§§ 251 y 254 *StPO*).

- 2.- Su intervención está prescrita por la Ley en los siguientes casos: Para practicar el interrogatorio bajo juramento de testigos y peritos (§§ 65 y 161a, ap. 1 *StPO*); para ordenar la retirada provisional del permiso de conducir (§ 111a *StPO*); para ordenar la prisión provisional (§ 114, ap. 1 *StPO*), y el internamiento provisional (§ 126a *StPO*); para ordenar, en casos normales, el secuestro y el embargo (§§ 98, 111e, ap. 1, y 111 n, ap. 1 *StPO*), así como el registro (§ 105, ap. 1 *StPO*); también en casos normales, ordenar las investigaciones corporales a que hacen referencia los §§ 81a, ap. 2 y 81c, ap. 3 *StPO*; así como ordenar el levantamiento de los puestos de control (§ 111, ap. 2 *StPO*). Aquí es donde mejor se observan las funciones garantistas del Juez, en su papel de vigilante del respeto a los derechos fundamentales del imputado, a que antes hacíamos referencia.

3) Autoridades que prestan ayuda judicial: Entre las investigaciones que debe practicar el Ministerio Fiscal (§ 160, ap. 3 *StPO*), se encuentran las que afectan a la personalidad del autor y a su entorno social<sup>35</sup>. Para lograrlo, existen determinadas autoridades que pueden realizar aquellas investigaciones mucho mejor que el Fiscal o la Policía. De ahí que el § 160, ap. 3 *in fine StPO*, permita acudir a la ayuda judicial<sup>36</sup>.

El problema es que el art. 294 de la Ley de Introducción al Código Penal alemana o *EGStGB* atribuye la regulación de la ayuda judicial a la esfera de competencias propias de los *Länder*, y no todos han introducido en sus ordenamientos las correspondientes disposiciones, o no lo han hecho de la manera más eficaz posible para cumplir con estos fines.

## **II. Aspectos funcionales decisivos, el cambio del juez instructor al fiscal instructor en Alemania**

Como se acaba de apuntar, Alemania contempla la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, derogando las normas que atribuían la competencia al Juez Instructor.

---

<sup>35</sup> Ello es necesario para la determinación judicial de la pena, suspensión condicional de la misma, advertencia con reserva de pena, etc., v., ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, cit., pág. 66, y §§ 46, 56 y 59c *StGB*.

<sup>36</sup> Véase PETERS, *Strafprozeß*, cit., págs. 186 y 187, respecto a las autoridades administrativas, y págs. 188 y ss., respecto a la ayuda judicial.

### A) Situación anterior a 1975

En efecto, hasta 1975 existió en Alemania un Juez instructor (*Untersuchungsrichter*), tomado de Francia y por tanto competente para desarrollar el procedimiento preliminar.

El problema es que en la práctica esta figura carecía de importancia, porque se siguió en toda Alemania el modelo en virtud del cual las funciones investigadoras eran realizadas por la Policía y por el Fiscal exclusivamente.

Como veremos, lo que hizo la reforma alemana de mediados de los años setenta fue pues, desde luego con ese apoyo dogmático indicado, legalizar la práctica<sup>37</sup>.

En realidad, la opción alemana no fue novedad absoluta en el plano jurídico, pues existía ya en el Derecho comparado, ya que se tomó como modelo en todo caso, directa o indirectamente, el de los países anglosajones (el llamado “proceso angloamericano”).

En concreto, el proceso penal del Reino Unido (fundamentalmente *Inglaterra* y País de Gales, y también aunque con menos importancia comparativa Escocia e Irlanda del Norte), advirtiendo ante todo sobre las grandes diferencias conceptuales, sistemáticas y estructurales existentes con el Derecho continental, se basa en la consagración más pura del principio acusatorio. En origen fue inconcebible que la instrucción del proceso penal inglés la realizara un Juez e, incluso, como demuestra la Historia, que se creara la Fiscalía o una figura semejante. Pero la evolución de la delincuencia y otras causas hicieron necesaria la creación de una especie de órgano acusador público, el *Director of Public Prosecutors*, dependiente del *Attorney General*, que a partir de 1985 se convirtió en un Fiscal director de la investigación criminal. El proceso penal inglés, formado generalmente por reglas no escritas<sup>38</sup>, se divide en dos fases, una de persecución (“*prosecution*”, investigación diríamos nosotros, que se desarrolla en la fase preparatoria o encuesta preliminar “*preliminary inquiry*”), y otra de acusación (“*arraignment*”), en la vista oral o juicio. Pues bien, en este proceso, la investigación se deja en manos de la Policía, que si ve elementos suficientes para someter a juicio a una persona, lo solicita así al Juez formulando

---

<sup>37</sup> Véase la argumentación que se desarrolla en el Proyecto de Ley correspondiente, a comentar más adelante, presentado por el Gobierno, *Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens (I. StVRG)*, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, Drucksache 7/551, Sachgebiet 312, págs. 38 y 39.

<sup>38</sup> El *Common Law*, sistema jurídico elaborado judicialmente a lo largo de los siglos, y adaptado a los problemas modernos por la vía de la reinterpretación del precedente por los Jueces. No obstante, también existen leyes escritas (*Statute Law*, formado por *Acts* del Parlamento), que forman un Derecho que podríamos llamar frente al común, especial. El Derecho inglés se instituye, a diferencia del continental, que lo hace sobre la base de la ley, sobre la vida jurídica y la naturaleza del asunto, v. RADBRUCH, G., *Der Geist des Englischen Rechts*, Ed. Rausch, Heidelberg 1946, págs. 31 y ss. (hay trad. española, de VELA, “El espíritu del Derecho inglés”, Ed. Revista de Occidente, Madrid 1958); y DARBYSHIRE, P., *Eddey on the English Legal System* (6ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1996.

la imputación. Si la encuesta preliminar demuestra que hay elementos suficientes para formular una acusación, sin la que no existe proceso, ésta la puede realizar cualquiera, si bien en la práctica o es un abogado, o es la Policía, o es el citado “Director de Persecuciones Públicas”, todos en nombre de la Corona, no en nombre propio o representando a un particular o a una institución u órgano, nunca un Fiscal<sup>39</sup>.

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

Por lo que afecta a los *Estados Unidos de Norteamérica*, la influencia del Derecho inglés fue evidente, pero con instituciones propias que lo hacen diferente<sup>40</sup>. En USA la acusación del proceso penal está a cargo de una figura pública o funcionario, dado que acusa en nombre del Estado federado, o de los Estados Unidos. Ese funcionario es un representante (*Assistant*) del *U.S. Attorney General*, dependiente del *Federal Department of Justice*, que tiene encomendado, dentro de los límites de su competencia territorial, es decir, dentro de su distrito, en los procesos penales federales la función de perseguir (*prosecution*) el delito y posteriormente en el juicio oral la de acusar, entre otras, siendo equivalente en los Estados esta figura, de inferior categoría. La fase de investigación del proceso penal está en manos de la Policía, cuya actividad es instada por el Fiscal, quien comunica al Juez los hechos una vez el sospechoso es detenido, iniciándose el proceso por regla general, dadas las diferencias entre las legislaciones, con una audiencia preliminar contradictoria o comparecencia previa al juicio (*preliminary hearing*), en la que normalmente el Fiscal, con base en el material recogido por la Policía, debe convencer al Juez de la verosimilitud

---

<sup>39</sup> Véanse PASTOR LÓPEZ, M., “El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)”, *Revista de Derecho Procesal* 1967, núm. I, págs. 67 y ss., esp. 80, 110 a 117, y misma revista y año, núm. II, págs. 62 a 71; NESI, G., *Accusa e difesa nel procedimento penale inglese*, Ed. Giuffrè, Milano 1972, págs. 16 y ss.; y SCAPARONE, M., *Common Law e processo penale*, Ed. Giuffrè, Milano 1974, págs. 10 y ss.; consúltense además ASHWORTH, A., *Principles of Criminal Law* (2ª ed.), Ed. Clarendon Press, Oxford 1996, págs. 58 y ss.; SPRACK, J., *Criminal procedure* (7ª ed.), Ed. Blackstone, London 1997, págs. 56 y ss.; y HOOD PHILLIPS, O. / JACKSON, P., *Constitutional and Administrative Law* (7ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1993, págs. 371 y ss. Las normas atinentes pueden consultarse en DENNIS, I.H., *Criminal Law Statutes* (3ª ed.), Ed. Sweet & Maxwell, London 1995; y los precedentes jurisprudenciales en CECIL TURNER, J.W. / ARMITAGE, A. Ll., *Cases on Criminal Law* (3ª ed.), Ed. University Press, Cambridge 1964.

<sup>40</sup> No se olvide que es un Estado Federal, regido por una Constitución, de 1787, a la que se han añadido las X Enmiendas (*Bill of Rights*) de 1791, con disposiciones procesales penales importantes que recogen todo un catálogo de derechos y libertades fundamentales, más el Derecho Penal y Procesal Penal federal (formado por numerosas leyes o *Federal Statutes*, una de las cuales, el llamado *United States Code*, establece lo esencial de los delitos federales y del proceso penal federal, complementado por las *Federal Rules of Criminal Procedures for the U.S. District Courts*, las *Federal Rules of Appellate Procedure* y las *Federal Rules of Evidence*), y el propio de cada Estado (*State Statutes*).

de comisión del hecho criminal por el encausado, siguiéndose adelante hacia el verdadero juicio acusando ya formalmente, o no<sup>41</sup>.

De la evolución jurídica producida en Norteamérica, el Derecho continental europeo saca en claro, además de confirmar el modelo basado en el principio acusatorio, que hace innecesaria por inquisitiva la figura del Juez instructor, que no hay reiteración de actuaciones procesales: Es la Policía quien investiga y proporciona sus materiales al Fiscal<sup>42</sup>, y éste decide iniciar el proceso penal o no en base a ellos, con el tamiz de la audiencia preliminar a efectos de solventar antes de la acusación formal cualquier impedimento, perjuicio o error. El Juez, con el Jurado, analiza esos materiales después y dicta la sentencia correspondiente.

### B) Las razones del cambio

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

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

1º) La instrucción por un Juez es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho, el cual, se dice, exige la más amplia vigencia del principio acusatorio, contribuyéndose con ello decisivamente a limitar de manera evidente los amplísimos poderes investigadores del Juez de Instrucción en la fase de averiguación o sumarial del proceso penal clásico, bien inquisitivo, bien inquisitivo formal o mixto, acercando la figura del Juez instructor más al papel de árbitro, conforme al modelo ideal anglosajón<sup>43</sup>; y

---

<sup>41</sup> Véanse WEIGEND, Th., *Funktion und Tätigkeit der Staatsanwaltschaft in den U.S.A.*, en JESCHECK / LEIBINGER, "Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörden im ausländischen Recht", Ed. Nomos, Baden-Baden 1979, págs. 587 y ss.; SCHMID, N., *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, Ed. C.F. Müller, Heidelberg 1986, págs. 36 y ss.; y FANCHIOTTI, V., *Lineamenti del processo penale statunitense. Corso di Lezioni*, Ed. Giappichelli, Torino s/f, págs. 68 y ss. Aspectos concretos en ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Ed. J.M. Bosch, Barcelona 1995, págs. 91 y 92.

<sup>42</sup> Gráficamente decía KERN, E., *Gerichtsverfassungsrecht*, Ed. C.H. Beck, München 1965, pág. 227, que el Fiscal es una *Kopf ohne Hände* ("cabeza sin manos"), de ahí que necesite la Policía.

<sup>43</sup> Expresamente dicho en el art. 1, núm. 60 de la *1. StVRG* (Primera Ley de Reforma del Proceso Penal alemana): Se suprime la instrucción judicial, porque tiene su origen *aus dem durch uneingeschränkte Verfahrensherrschaft des Richter gekennzeichneten Inquisitionsprozeß* ("en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez"), v. *Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrens (1. StVRG)*, cit., pág. 38.

2º) La necesidad, por ir contra el principio de economía procesal, y por tanto como respuesta adecuada del Estado frente a los ciudadanos a los que exige deberes fiscales, de evitar reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez Instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento<sup>44</sup>.

En *Alemania*, la *Strafprozeßordnung* de 1877, reformada según se ha indicado en 1974 en este importante tema, recoge la instrucción a cargo del Fiscal en sus §§ 160 a 163. Dispone textualmente en concreto el § 160, ap. (1) que “*Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen*”<sup>45</sup>. La Fiscalía ordena a la Policía que investigue los hechos aparentemente delictivos (§ 163 *StPO*), conforme a sus técnicas propias, siendo en la práctica la Policía la verdadera instructora de las causas criminales<sup>46</sup>.

### C) Su extensión a la Europa continental

Consideraremos sólo Italia y Portugal, haciendo una breve referencia a la situación en Francia. En *Italia*, el *Codice di Procedura Penale* de 1988 ha derogado el de 1930 (el Código ROCCO)<sup>47</sup>. Esta Ley preveía la competencia exclusiva del Juez para la formación de las causas penales, denominada instrucción formal (art. 303), con la excepción de la llamada instrucción sumaria, a cargo del Ministerio Fiscal según el art. 389 (o del Pretor para los delitos de su competencia)<sup>48</sup>.

El Código de 1988, en cambio, ha introducido como se anunció antes la instrucción del proceso penal, sin distinción entre formal o sumaria, a cargo del

---

<sup>44</sup> Véase PETERS, K., *Strafprozeß. Ein Lehrbuch*, Ed. C.F. Müller, Karlsruhe 1952, págs. 353 a 355; y CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale...*, cit., págs. 83 y ss., especialmente preocupado por la intervención al mismo tiempo en la instrucción del nuevo proceso penal italiano por parte del Fiscal, de la Policía Judicial e incluso del propio Juez, con base en el art. 109 de la Constitución, y en los arts. 56 y ss., 326, 327, 330 y 347 y ss. del CPP. En las págs. 89 a 91 analiza particularmente este autor las diferencias entre las funciones del Fiscal y del Juez, con fundamento en la distinción entre “actio” y “iurisdictio”.

<sup>45</sup> Véase mi traducción en GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán...*, cit., pág. 337.

<sup>46</sup> Así lo confirma expresamente PETERS, K., *Strafprozeß* (4ª ed.), cit., págs. 182 y 183.

<sup>47</sup> Véase sobre la historia procesal penal italiana, CHIAVARIO, M., *Procedura Penale. Un Codice tra “storia” e cronaca*, Ed. Giappichelli, Torino 1994, págs. 13 a 32.

<sup>48</sup> Véanse CORDERO, F., *Procedura Penale* (5ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1979, págs. 432 a 439; FOSCHINI, G., *Sistema del Diritto Processuale Penale* (2ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1965, tomo II, págs. 128 a 130 y 166 a 170; MANZINI, V., *Tratato di Diritto Processuale Penale italiano* (6ª ed., puesta al día por Conso y Pisapia), Ed. UTET, Torino 1972, vol. IV, págs. 181 y 293; y PISAPIA, G.D., *Compendio di Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. CEDAM, Padova 1979, págs. 76, 77 y 172.

“Pubblico Ministero”, disponiendo textualmente su art. 327.1 que “*Il pubblico ministero dirige le indagini e dispone direttamente della polizia giudiziaria*”<sup>49</sup>, concretándose a continuación esta facultad en los arts. 328 y ss.

Con relación a Portugal, el Código de Processo Penal de 1987, que ha derogado el de 1929, contempla igualmente la investigación del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal<sup>50</sup>. Su art. 53.2, b) dispone textualmente que “*competete em especial ao Ministério Público: ... b) Dirigir o inquérito*”<sup>51</sup>, desarrollándose esta competencia en los arts. 267 y ss. de dicho Código.

Sin embargo, por lo que hace referencia a Francia, el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino<sup>52</sup> es uno de los más importantes de la Europa actual, hasta tal punto que se le ha denominado “l’homme le plus puissant de France”, hoy ciertamente venido a menos por los derechos de la defensa<sup>53</sup>. El Juez de Instrucción francés ha pasado de oficial superior de la Policía Judicial, de acuerdo con el *Code d’instruction criminelle* de 1808, a verdadero órgano jurisdiccional de instrucción con la reforma operada por la Ley de 17 de julio de 1856, de manera tal que hoy, no siendo ya un “agent d’information” subordinado al Procurador de la República, está encargado de recopilar las pruebas del hecho criminal y averiguar la participación del inculpado en el mismo, es decir, de realizar actos de información, y además

<sup>49</sup> Véanse CHIAVARIO, M., *La riforma del processo penale...*, cit., págs. 83 a 89; CARULLI / MASSA / ESPOSITO / PALUMBO, *Lineamenti del nuovo processo penale*, Ed. Jovene, Napoli 1993, págs. 26 y ss.; DALIA / FERRAIOLI, *Corso de Diritto Processuale Penale*, Ed. Cedam, Padova 1992, págs. 341 y ss.; FORTUNA / DRAGONE / FASSONE / GIUSTOZZI / PIGNATELLI, *Manuale Pratico del Nuovo Processo Penale* (3ª ed.), Ed. Cedam, Padova 1993, págs. 95 y ss., y 153 y ss.; NAPPI, A., *Guida al nuovo Codice di Procedura Penale*, Ed. Giuffrè, Milano 1992, págs. 30 y ss.; PISANI / MOLARI / PERCHINUNNO / CORSO, *Appunti di Procedura Penale*, Ed. Monduzzi, Bologna 1992, págs. 57 y ss.; y CORDERO, F., *Procedura Penale* (2ª ed.), Ed. Giuffrè, Milano 1993, págs. 133 y ss. Una resumida visión constitucional del tema puede verse en CONTI, G., *La Giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo penale, dall’entrata in vigore del nuovo Codice di Procedura Penale al 31 ottobre 1991*, Corte Costituzionale 1992, págs. 425 y ss. Vide asimismo MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, A., *El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial*, Revista Poder Judicial 1994, núm. 34, págs. 253 y ss.

<sup>50</sup> Con la particularidad siguiente: La Constitución portuguesa de 1976 fija la competencia para la instrucción del proceso penal a un Juez (art. 32.4). El CPP de 1987 contempla la etapa preliminar del proceso penal dividida en dos fases, la primera de investigación (*inquérito*), obligatoria, a cargo del Ministerio Fiscal (arts. 262 y ss.), y la segunda, eventual, de instrucción (*instrução*) a cargo del Juez (arts. 286 y ss.), división ajustada a la Constitución en el entender de la mejor doctrina, v. DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal*, en “Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal”. Ed. Almedina, Coimbra 1991, pág. 23.

<sup>51</sup> Véanse LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo Penal...*, cit., págs. 128 y 129; DE FIGUEIREDO DIAS, J., *Sobre os sujeitos processuais...*, cit., págs. 22 a 26; DA COSTA PIMENTA, *Introdução ao Processo Penal*, Ed. Almedina, Coimbra 1989, págs. 59 a 61; GOMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., *El Fiscal instructor: La experiencia portuguesa*, Revista Poder Judicial 1994, núm. 33, págs. 69 y ss.; y MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal en Europa: Algunos problemas comunes*, La Ley 1996, D-331, págs. 1430 y ss.

<sup>52</sup> Véanse sobre la historia del proceso penal francés, LAINGUI, A. / LEBIGRE, A., *Histoire du Droit Pénal, II (La procédure criminelle)*, Ed. Cujas, París, sin fecha (probablemente 1979).

<sup>53</sup> Véase LARGUIER, J., *La procédure pénale* (8ª ed.), Ed. Presses Universitaires de France, que sais-je, París 1994, pág. 20.

actúa con verdadera jurisdicción al decidir si dicho inculpado debe ser enviado a juicio o no<sup>54</sup>.

Al Juez de Instrucción francés le corresponde, pues, la función de instruir en primer lugar (la obligación de perseguir está atribuida al “Procureur de la République”), de acuerdo con el art. 81 y concordantes del *Code de Procédure Pénale* de 1958<sup>55</sup>, es decir, averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y de descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculpado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas<sup>56</sup>.

El Ministerio Público, que es la parte pública del proceso penal francés, es decir, quien debe ejercer la acción pública<sup>57</sup>, tiene a su cargo, además del poder de persecución, lo que en Francia se llama la “enquête préliminaire”<sup>58</sup>, es decir, las primeras averiguaciones, que realiza con la ayuda de la Policía Judicial, con control del Procurador de la República y de la Cámara de Acusación<sup>59</sup>. Desde 1990 trabajó una comisión en una reforma general del proceso penal, que introduciría entre otras la instrucción del proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal, con base en el fundamental argumento de parecer exorbitantes los poderes de investigación del actual Juez de Instrucción<sup>60</sup>. Pero recientemente se ha disuelto sin proponer ningún cambio en esta regulación esencial.

De estas ideas se ha hecho eco la Jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* de Estrasburgo, proponiendo claramente la separación de las funciones instructorias y decisorias de los Jueces de Instrucción, por ser contraria a los arts. 5.3 y 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de 1950<sup>61</sup>.

---

<sup>54</sup> Véanse STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Procédure Pénale* (16ª ed.), Ed. Dalloz, París 1996, págs. 361 a 366; y KERNALEGUEN, F., *Institutions judiciaires*, Ed. Litec, París 1994, págs. 138 a 140.

<sup>55</sup> Hemos manejado la edición de PRADEL y CASORLA, Ed. Dalloz, París 1996.

<sup>56</sup> Véase ROZÉS, S., *Le Juge d’Instruction*, en “Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht. Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes” (coordinado por VON GAMM, RAISCH y TIEDEMANN), Ed. C. Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München 1988, págs. 175 y ss., esp. pág. 177.

<sup>57</sup> Véanse STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Procédure Pénale*, cit., págs. 106 a 117.

<sup>58</sup> Véase LARGUIER, J., *La procédure pénale*, cit., págs. 59 a 64.

<sup>59</sup> Véanse sobre sus competencias, fundamentalmente de conocimiento de recursos contra resoluciones del Juez de Instrucción, y su composición, STEFANI, G. / LEVASSEUR, G. / BOULOC, B., *Procédure Pénale*, cit., págs. 366 a 371.

<sup>60</sup> Véase BRAUNSCHWEIG, A., *La procédure pénale en droit français*, cit., págs. 1092 a 1095.

<sup>61</sup> Véanse las SS TEDH en los casos SCHIESSER, de 4 de diciembre de 1979, FD 24º a 31º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, Ed. Cortes Generales, Madrid 1981, págs. 597 y ss.; PIERSACK, de 1 de octubre de 1982, FD 27º a 33º, en *Tribunal Europeo de Derechos*

#### D) Estado de la cuestión en España

La cuestión de si el Fiscal debe ser la autoridad competente para instruir nuestro proceso penal<sup>62</sup>, no es nueva en España<sup>63</sup>, y además ha adquirido enseguida tintes polémicos, sin duda motivados por exceder de la vertiente estrictamente jurídica esta delicada cuestión. La politización surge cuando se defiende la instrucción a cargo del Ministerio Fiscal, por entender quien así opina que el modelo de instrucción criminal judicial no es conforme con la Constitución española. Pero también cuando se tilda como partidario de una determinada concepción política a quien defiende una posición u otra, siendo así que la Justicia es una cuestión de Estado y no de partido.

Como es sabido, en cuanto a la situación legal vigente, en España instruye un Juez Instructor todas las causas penales (arts. 87.1, a) LOPJ, y 14-2º LECRIM), salvo que en el proceso penal abreviado, con o sin juicio oral inmediato, el Fiscal tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir el Ministerio Fiscal<sup>64</sup>, función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos, o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente, llamado en España en este caso “diligencias previas” (arts. 785 bis y 789.1 y 3 LECRIM)<sup>65</sup>. Claro

---

*Humanos. 25 años de Jurisprudencia 1959-1983*, cit., págs. 869 y ss.; DE CUBBER, de 26 de octubre de 1984, FD 23º a 30º, en *Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Jurisprudencia 1984-1987*, Ed. Cortes Generales, Madrid 1988, págs. 255 y ss.; y HUBER, de 23 de octubre de 1990, FD 37º a 43º, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional* 1994, núm. 155, págs. 301 y ss. Sobre la posición del Fiscal, v. DOLZ LAGO, M.J., *Los principios de actuación del Ministerio Fiscal, según la Constitución española de 1978 y la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Revista Poder Judicial 1983, núm. 9, págs. 77 y ss.

<sup>62</sup> Sobre ello, v. extensamente GÓMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado*, en Gómez Colomer / González Cussac (coordinadores), “La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)”, Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, págs. 459 y ss.; y un extracto, del mismo autor, en su *El Fiscal instructor*, Revista Justicia 1996, núm. 2, págs. 259 y ss.

<sup>63</sup> Véase FAIREN GUILLEN, V., *La reorganización del Ministerio Fiscal español*, en “Temas del Ordenamiento Procesal”, Ed. Tecnos, Madrid 1969, t. I, págs. 516 y 517.

<sup>64</sup> El Anteproyecto de la Ley Orgánica, que más tarde sería la núm. 7/1988, de 28 de diciembre, creadora del proceso penal abreviado, previó inicialmente sin ambages que la instrucción fuera a cargo del Ministerio Fiscal en su integridad, pero los arts. 781 y 781 bis que se reformaban e introducían en la LECRIM, fueron suprimidos en los inicios de las discusiones parlamentarias, frente a las críticas emitidas por el Consejo General del Poder Judicial, v. su Informe en el Boletín de Información del Consejo General del Poder Judicial de octubre de 1988, págs. 17 y 18.

<sup>65</sup> Véanse ORTELLS RAMOS, M., *Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia, juicio oral)*, en “Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1992, págs. 111 y ss.; del mismo autor, *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, Revista Justicia 1989, núm. III, págs. 545 y ss. Complementariamente pueden consultarse: ALMAGRO NOSETE, J., en GIMENO SENDRA / MORENO CATENA / ALMAGRO NOSETE / CORTES DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal*, t. II *Proceso Penal* (3ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1989, págs. 243 y ss.; CONDE-PUMPIDO



es que el Ministerio Fiscal, con anterioridad a esta reforma, siempre ha podido y debido realizar unas primeras investigaciones de los hechos delictivos producidos y denunciados, como es lógico, y así fue recogido expresamente en el art. 5, particularmente el pár. II, EOMF, si bien de carácter tímido<sup>66</sup>. Un caso concreto de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores<sup>67</sup>, de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel que estamos considerando esta cuestión<sup>68</sup>.

Como precedentes o intentos de introducir en España más generalmente la instrucción a cargo del Fiscal hay que citar, sin ulteriores comentarios, el Proyecto de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 1980 (art. 3.4), que no salió adelante, el Anteproyecto de Reforma de la LOPJ y de la LECRIM de 1988 (arts. 781 a 789), y las Memorias de la Fiscalía General del Estado de 1987<sup>69</sup>, la primera que toca el tema, 1988<sup>70</sup>, 1989<sup>71</sup>, 1990<sup>72</sup>, 1991<sup>73</sup>, 1992<sup>74</sup>, 1993<sup>75</sup>, y 1994<sup>76</sup>. Las Memorias de 1995, 1996 y 1997 no dicen nada al

---

FERREIRO, C., *La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal*, en “El Poder Judicial en Europa. Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1989, t. II, págs. 113 y ss.; ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)* (2ª ed.), Ed. Colex, págs. 99 y ss.; FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *El Fiscal en el proceso abreviado de la Ley Orgánica 7/1988*, en “Cuadernos de Derecho Judicial. El procedimiento abreviado”, cit., págs. 237 y ss.; LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Las diligencias del Fiscal investigador*, Revista Actualidad Penal 1993, t. I, núm. 15, de 12-18 de abril; LORCA NAVARRETE, A.M., *La instrucción preliminar en el proceso penal: La actividad de la Policía Judicial*, Revista La Ley 1984, t. III, págs. 970 y ss.; MARCHENA GÓMEZ, M., *Significación procesal de las diligencias tramitadas por el Fiscal en la Ley Orgánica 7/1988*, La Ley 1989, t. II, págs. 1109 y ss.; NARVAEZ RODRÍGUEZ, A., *La investigación penal por el Ministerio Fiscal: Argumentos a favor*, en “Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal: La investigación del Fiscal”, t. VI, Madrid 1998, págs. 121 y ss.; ZARZALEJOS NIETO, J., en DE LA OLIVA SANTOS / VEGAS TORRES / ZARZALEJOS NIETO / GONZÁLEZ GARCÍA / ARAGONESES MARTÍNEZ, *Nuevos Tribunales y nuevo proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid 1989, págs. 159 y ss.; y VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, vol. II *La reforma del proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, págs. 167 y ss.

<sup>66</sup> Véase MARCHENA GOMEZ, M., *El Ministerio Fiscal: Su pasado y su futuro*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1992, pág. 179.

<sup>67</sup> Art. 15.1-2ª de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 1948, reformado por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, declarado constitucional por la S TC 60/1995, de 17 de marzo.

<sup>68</sup> Véase sobre el tema DOLZ LAGO, M.J., *El Fiscal y la reforma de menores. Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992*, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje 1995, cuaderno 3, págs. 480 a 483, y 488 y 489.

<sup>69</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1988, pág. 15.

<sup>70</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1989, págs. 20 y 21.

<sup>71</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1990, pág. 17.

<sup>72</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1991, págs. 18 a 20.

<sup>73</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1992, pág. 17.

<sup>74</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1993, págs. 25 a 27.

<sup>75</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1994, págs. 19 y 20, si bien sin mencionar explícitamente la cuestión.

<sup>76</sup> Véase la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1995, pág. 32, en donde ya matiza el Fiscal General que “el grado de entusiasmo ante tal perspectiva parece variable en el seno de la Carrera Fiscal”, dando una serie de razones justificativas de esa opinión a continuación.

respecto<sup>77</sup>. Jurisprudencialmente se sentaron ciertas bases en la S TC 145/1988, de 12 de julio, que declaró parcialmente inconstitucional la LO 10/1980, y que fue el origen del proceso penal abreviado<sup>78</sup>.

Mención especial merece la Ley del Jurado, porque en el primer texto que elaboró el Ministerio de Justicia se quería introducir también la instrucción a cargo del Fiscal, que luego fue transformado en el Proyecto remitido a Las Cortes por una constitución del Fiscal al lado del Juez Instructor durante la investigación, para quedar finalmente en el texto aprobado (Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, reformada por las Leyes Orgánicas 8/1995 y 10/1995), en una mayor presencia del Fiscal en la fase de investigación (nuevos arts. 306, III y 781, V LECRIM, reformados por dicha Ley), aunque la disposición final cuarta autoriza un estudio a fondo de este tema en la proyectada futura reforma del proceso penal español<sup>79</sup>.

Pero no hay más datos a aportar. Parece que la cuestión está detenida en España en estos momentos, y ya no se habla al menos con tanta insistencia del tema. Sin duda la discusión se reabrirá cuando comiencen los trabajos que lleven a una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Puede ser que la causa sea el cambio político operado en el Gobierno del Estado en 1995, habiendo entregado el testigo el Partido Socialista Obrero Español al Partido Popular, pero en todo este tiempo no ha habido constancia oficial de las opiniones del nuevo Fiscal General del Estado sobre la competencia para instruir a cargo del Fiscal. Véase, por ejemplo, la Memoria de la Fiscalía General del Estado, Madrid 1996, págs. XIX a XXVII.

<sup>78</sup> Véase también la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1988, Madrid 1989, págs. 395 y ss., esp. págs. 430 y 431.

<sup>79</sup> Véase GOMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Ed Civitas, Madrid 1996, págs. 145 a 147.

<sup>80</sup> Un aspecto importante sería considerar los argumentos a favor y en contra de que instruya en España el Fiscal. V. GOMEZ COLOMER, *La instrucción del proceso penal...*, cit., págs. 481 a 496.