

ACUSACIÓN E INVESTIGACIÓN EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL*

*Manuel Jaén Vallejo Ph. D.***
Universidad Autónoma de Madrid - España

RESUMEN

El proceso penal es considerado esencialmente como un instrumento del Estado de Derecho, que se fundamenta en la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido proceso, frente al modelo del control social del delito, en el que el proceso viene a ser un instrumento más del Estado en la lucha contra el delito.

La función del proceso penal, aparte naturalmente de que éste tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acusado, la aplicación, pues, del derecho penal material, es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme. Ello significa, básicamente, que debe respetarse la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, y las reglas/garantías del debido proceso.

PALABRAS CLAVES

Proceso, sistema acusatorio, sindicado, víctima, juez, fiscal, sistema en dos fases, delitos, medidas de seguridad.

ABSTRACT

The penal process is considered essentially as an instrument of the State of Right that is based in the presumption of innocence, like it corresponds to the pattern of the due process, in front of the pattern of the social control of the crime, in which the process comes to be an instrument more than the State in the fight against the crime.

The function of the penal process, separated naturally that this has for object the explanation of the punishable fact and the eventual participation in the same of the accused, the application, then, of the material penal right, it is the protection of imputed which should be presumed innocent until the moment of the firm sentence. It means, basically that should be respected the person's dignity, the presumption of innocence, and the regulations/guarantees of the due process.

KEYWORDS

Process, accusatory, syndicated system, victim, judge, fiscal, two phases system, crimes, measures of security.

Fecha de recepción del artículo: 2 de abril de 2006.

Fecha de aceptación del artículo: 21 de abril de 2006.

* Este artículo es producto de informe de investigación que el autor actualmente desarrolla.

** Manuel Jaén Vallejo Ph. D. Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Madrid (España). Letrado del Tribunal Supremo de España.

RESULTADO

I. Introducción

1. El proceso penal es la realización del derecho penal. Por ello, las garantías procesales tienen tanta importancia como la que tienen los principios legitimantes del derecho penal material. Ni aquéllas ni éstos se pueden ignorar en la aplicación de la ley penal.

No es de extrañar, pues, la permanente preocupación de penalistas y procesalistas, junto con los constitucionalistas, por un adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal. Es ya clásica la expresión de Roxin, en el sentido de que «el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución»², de tal modo que el reconocimiento o no de derechos fundamentales procesales permite medir el carácter autoritario o liberal de la sociedad.

Evidentemente, esta materia de los derechos fundamentales del proceso preocupa por igual a todos los juristas, con independencia del derecho positivo que esté vigente. Es decir, no se discuten aquellos derechos, su existencia, sino el alcance que puedan tener y su mayor o menor realización en el derecho positivo en particular de que se trate.

En el ámbito de la Unión Europea, gracias a la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, se percibe una aproximación cada vez mayor hacia un marco básico para el derecho procesal penal europeo, precisamente sobre la base de los principios contenidos en aquella Convención (especialmente en su art. 6º).

2. El proceso, en dicho marco, es considerado esencialmente como un instrumento del Estado de Derecho, en el que la base es la presunción de inocencia, como corresponde al modelo del debido proceso (*due process model*), frente al modelo del control social del delito (*crime control model*), en el que el proceso viene a ser un instrumento más del Estado en la lucha contra el delito³.

En realidad, la función del proceso penal, aparte naturalmente de que éste tenga por objeto la aclaración del hecho punible y la eventual participación en el mismo del acusado, la aplicación, pues, del derecho penal material, es la protección del imputado, que debe ser presumido inocente hasta el momento de la sentencia firme. Ello significa, básicamente, que debe respetarse la dignidad de la persona, la presunción de inocencia, y las reglas/garantías del debido proceso.

Lo mismo que frente al ahora llamado «derecho penal de enemigo»⁴, caracterizado por una relativización de las garantías, debe oponerse un «derecho penal de ciudadano», propio de una sociedad de libertades, también frente al sistema del control social del delito debe oponerse el sistema del debido proceso. Tanto el

² *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., 1998, § 2.

³ Cfr., sobre estos dos modelos posibles del proceso penal moderno, Packer, H.L., *Two models of criminal process*, 113 U. Penn. L.R. 1, 1964.

⁴ Cfr. Jakobs, ZStW (1985), pp. 753 y ss. y *La ciencia del derecho ante las exigencias del presente*, trad. de T. Manso, Bogotá, 2000, págs. 29 y ss.

derecho penal material como el derecho procesal penal deben operar, no contra los derechos fundamentales, sino a favor de éstos (!).

Por supuesto, también se debe proteger a la víctima, su dignidad, aunque sin que ello sea excusa para una posible relajación de la protección del imputado, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente.

También se debe proteger a los testigos. El juez debe velar por la correcta práctica del interrogatorio durante la instrucción, de manera que el testigo no responda a preguntas que lo puedan inculpar. Desde el momento en que haya alguna razón para inculparlo, se debe concluir el interrogatorio como testigo, y se lo debe inculpar formalmente, informándosele entonces de sus derechos antes del interrogatorio, ya como imputado, entre ellos del derecho a guardar silencio y a no declararse culpable.

3. En el presente trabajo voy a ocuparme, básicamente, de la proyección de los derechos fundamentales procesales o, si se prefiere, de las garantías procesales, en la fase de investigación, llamada por lo general instrucción (o procedimiento preliminar), que es la

fase procesal previa al juicio oral, dirigida a su preparación⁵.

Primero me referiré al mismo inicio del proceso, luego a la realización de aquellos derechos durante la investigación, y, finalmente, a las distintas proyecciones que a mi juicio debe tener el principio de imparcialidad en todo el proceso.

II. Ejercicio de la acusación y acceso al proceso

1. Una de las funciones de todo Ministerio público o fiscal es la de ejercer la acción penal en las causas penales. Y en muchos países, además, tiene atribuidas funciones instructoras o investigadoras.

El Ministerio Fiscal, pues, es quien ejerce la acusación pública, por lo que es esencial que goce de la necesaria independencia, que sea autónomo, sin injerencias del poder ejecutivo, que acaso podría estar interesado en que no se persiguieran determinados delitos, por ejemplo los llamados delitos de corrupción⁶, referidos a prácticas corruptas entre operadores económicos y altos funcionarios, así como entre empresas y partidos políticos, que evidentemente pueden afectar a la libre competencia que rige en el marco de la economía de mercado, así como también, como dice Bacigalupo, al propio sistema institucional, ante la

⁵ El art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, referido al proceso ordinario, que es el proceso tipo, establece que constituyen el sumario, nombre que en aquel proceso recibe la instrucción, «las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delinquentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos».

⁶ En la Convención Interamericana Contra la Corrupción, acordada por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, éstos han decidido «hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas», describiendo los distintos actos de corrupción que constituyen su ámbito. El Convenio puede encontrarse en: www.unifr.ch/derechopenal.

eventualidad de que las decisiones de los funcionarios del partido financiado pudieran quedar condicionadas, favoreciendo a los sujetos o empresas que lo financian, provocando así «una seria alteración del funcionamiento del Estado democrático, pues convierten el ejercicio del poder público en una forma de «compraventa de las decisiones de la política estatal»⁷.

En España, aunque es cierto que el Ministerio Fiscal, según lo dispone el art. 124 de la Constitución, «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio, o a petición de los interesados», no es menos cierto que se rige, como este mismo precepto constitucional lo indica, por los «principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica», y que el Fiscal General del Estado es nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno.

En suma, aunque no cabe duda que las funciones del Ministerio Fiscal, en defensa de la legalidad, deben estar presididas por su imparcialidad e independencia, el hecho de que su nombramiento proceda del Presidente del Gobierno de turno, quien, naturalmente, puede cesarlo en cualquier momento, produce en ocasiones cierta desconfianza sobre su independencia e imparcialidad (es frecuente escuchar frases tales como que «sigue consignas del Gobierno», que, evidentemente, no tiene por qué coincidir con la realidad), lo que no ocurre, en cambio, con los jueces

y magistrados, que al ser inamovibles, y al no poder ser separados, suspendidos, ni trasladados, sino sólo por las causas legalmente previstas (art. 117 de la Constitución), garantizan una buena imagen de la administración de justicia en su independencia.

Ahora bien, los anteriores recelos quedan en buena medida neutralizados en España por la posibilidad que existe de que la acusación sea ejercitada también por los ciudadanos, directamente, y no sólo a través del ejercicio de la acción particular o privada por los perjudicados por el delito, sino también a través del ejercicio de la acción popular (art. 125 de la Constitución), presente en la práctica totalidad de los grandes procesos.

Por tanto, en la hipótesis de que el Ministerio Fiscal, por la razón que sea, no quisiera ejercer la acción penal, o luego de ejercitarla decidiera no mantenerla, retirando la acusación, aquellas otras acusaciones pueden permitir el inicio y la continuación del procedimiento, asegurando así «la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley». Es decir, la posible falta de independencia del Ministerio Fiscal quedaría neutralizada a través de la acción directa por los propios ciudadanos.

2. El llamado derecho de acceso al proceso, o *ius ut procedatur*, adquiere, pues, una importancia extraordinaria.

En España este derecho forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la Cons-

⁷ *Derecho penal económico*, Buenos Aires, 2000, p. 11; del mismo autor, «Politische Korruption und Strafverfahren», ZStW 111 (1999), págs. 716 y ss.

titudión), y significa que los tribunales han de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso.

En particular, el caso de la acusación particular - la que puede ejercitar el perjudicado - que en el procedimiento abreviado - previsto para delitos con penas de hasta nueve años de prisión - no requiere ni siquiera un acto formal de imputación, como la querrela, bastando con que el perjudicado se muestre parte en la causa, y el caso de la acusación privada, que es la que se prevé para los pocos delitos existentes aún perseguibles sólo a instancia de parte, constituyen, como lo recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional español 94/2001, «un interés digno de protección que el ofendido tiene en orden a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado».

Evidentemente, como aclara esta misma Sentencia, no se trata de un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino del derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento de las actuaciones, o incluso la inadmisión de la querrela presentada, porque, por ejemplo, el Juez entienda que los hechos carecen de ilicitud penal.

3. Ahora bien, al tiempo que se debe garantizar el ejercicio de la acción penal, adquiere una importancia extraordinaria en el conjunto de las garantías del proceso penal el *principio acusatorio*, que debe regir en todos los procesos penales y que tiene distintas manifestaciones:

a) que nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una

acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria;

b) que la imputación debe tener lugar en la fase de investigación o instrucción; se quieren evitar así acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral, sin que se les haya dado la posibilidad de participación en aquella fase; en realidad, aunque en algunos países - como en España, a través del llamado auto de procesamiento - se exige un acto formal de imputación, lo cierto es que desde el mismo momento en que se le imputa a otro un delito, se le debe tomar declaración como imputado, gozando desde ese mismo momento del derecho de defensa, pudiendo tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga - ¡no se debe esperar, pues, al dictado de un acto formal concreto! -;

c) impone la exigencia de que el imputado no declare como testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, pues el testigo está obligado penalmente a decir la verdad, en tanto que el imputado no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente, e incluso mentir; la imputación, pues, como se dijo, ¡no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario!, porque la misma implica el surgimiento del derecho de defensa;

d) por supuesto, el hecho objeto de la acusación y el que sirva de base a la condena deben permanecer inalterados (identidad del hecho punible);

e) y también exige el principio acusatorio la homogeneidad de los delitos objeto de la condena y de la acusación, a fin de que no se produzca indefensión; por ello, en el proceso penal el derecho de defensa y la necesidad de debate contradictorio entre las partes, que no se limita a los hechos y a su prueba, sino que también se extiende a la calificación de los hechos, impone inexcusablemente limitaciones al principio *iura novit curia*, que rige, sin embargo, en el proceso civil.

Una cuestión que puede ofrecer algunas dudas es la relativa a la homogeneidad.

El Tribunal Supremo español la ha apreciado cuando, por ejemplo, se había acusado por asesinato y se condenó por delito de homicidio con abuso de superioridad, cuando se había acusado por una tentativa de homicidio y se condenó por delito de lesiones, entre el robo y el hurto, entre la apropiación indebida y la malversación (peculado), entre los distintos tipos penales de abusos sexuales, etc.

En realidad, todos estos casos permiten la aplicación de la llamada *doctrina de la pena justificada*, según la cual *si los hechos de la acusación consienten una subsunción que hubiera determinado la pena impuesta, no cabe estimar la infracción de ley para modificar la calificación incorrecta, pues el resultado permanecería invariado*⁸.

Lo que evidentemente no puede hacer el Juez o Tribunal es condenar

por un delito de mayor gravedad, salvo que exista un cauce que permita a aquéllos hacerles saber a las partes esa posibilidad y la misma se haya podido debatir antes de la sentencia, alejando cualquier resquicio de indefensión.

III. La «igualdad de armas» en el proceso

1. Para evitar toda indefensión, las partes contendientes deben poder gozar de la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses. Es decir, *se debe posibilitar el enfrentamiento dialéctico*.

Para ello se articula la asistencia de Letrado, que precisamente tiene como finalidad asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber de evitar desequilibrios entre las partes que les pueda originar indefensión.

Ahora bien, así como en el juicio oral, que es el verdadero proceso, rigen todas las garantías que legitiman la prueba allí practicada, como es la publicidad, la oralidad, la inmediatez y la contradicción, en la fase de instrucción, en cambio, no rigen, en principio, aquellas garantías.

Ello no tendría mucha trascendencia si la instrucción tuviera verdaderamente una función meramente preparatoria del juicio oral. Pero ocurre con frecuencia, y ello ha sido denunciado ya en la doctrina⁹, que el juicio oral queda muy predetermina-

⁸ Esta doctrina, de origen francés, como el recurso de casación, responde a la regla general que rige en casación, según la cual entre la infracción de ley que se denuncia y el resultado al que llega la sentencia debe existir una relación de causalidad. No se da esta relación cuando corregida aquella infracción el resultado permanece invariable, es decir, la pena se impondría de todos modos, aún con la calificación jurídica más correcta.

⁹ Cfr. al respecto Bacigalupo, *Justicia Penal y Derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pp. 173 y ss.; Wolter, *Aspekte einer Strafrechtsreform bis 2007*, 1991, pág. 56.

do en la práctica por la instrucción, en cuya fase es muy dudoso que rijan con la misma plenitud los principios y garantías procesales. Por el contrario, en esta fase rige más bien la «desigualdad de armas», y ello, al menos, por las siguientes razones:

- a) porque las normas que rigen esa parte del proceso son normas con fuertes rasgos inquisitoriales; por ejemplo, en la fase de instrucción no rige la publicidad, sino, por lo general el secreto de las actuaciones¹⁰, es decir, es secreta para cualquiera, salvo, naturalmente para las partes personadas, que pueden tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento; pero incluso, excepcionalmente, el Juez de instrucción puede declarar secreto el sumario también para las partes, a propuesta del Fiscal¹¹;
- b) es evidente que la Policía y la Fiscalía tienen en esa fase posibilidades para la obtención de pruebas de las que no dispone la Defensa; incluso ésta, como se dijo, puede quedar excluida del conocimiento de las actuaciones mediante la declaración del secreto;
- c) actualmente, además, ante el fenómeno criminal del terrorismo y de la criminalidad organizada, propiciatorios de la aparición del llamado «derecho penal de enemigo», no parece que el desarrollo del derecho procesal vaya a avanzar en el sentido de un fortalecimiento de la igualdad de armas en esa fase del proceso, sino más bien lo contrario,

pues se tiende a potenciar la obtención policial de pruebas a través de agentes encubiertos, el empleo de medios técnicos para escuchas dentro del domicilio, la captación de imágenes por video, sometimiento a observación policial, etc.

Además, las intervenciones en derechos fundamentales no siempre se llevan a cabo con los presupuestos necesarios que toda intervención o injerencia en esos derechos exige, como la proporcionalidad de la medida.

En España se echa en falta una disposición como la de la StPO alemana, en donde se afirma que sólo es posible ordenar medidas restrictivas de derechos fundamentales, cuando el esclarecimiento del hecho «de otro modo tendría un éxito considerablemente menor o se vería esencialmente dificultado» (§ 131 a y ss.).

2. De otro lado, la *protección de testigos*, especialmente en el ámbito de la llamada «criminalidad de los poderosos», ha llevado en algunos casos a dar validez en el juicio a diligencias practicadas durante la instrucción, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido rechazando, en aplicación del art. 6 de la Convención Europea.

Así, este Tribunal ha apreciado la vulneración del art. 6 de la Convención, en un caso en el que la condena se había basado en la declaración de dos testigos anónimos, que ni el acusado ni su defensor pudieron interrogar¹². Y es que el derecho del acusado en

¹⁰ V., en España, el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹¹ V., en España, el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹² Caso «Kostovski», Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20-11-1989. En el mismo sentido, entre otras, Sentencias del mismo Tribunal de 27-9-1990 (caso «Windisch»), y de 19-12-1990 («caso Deltas»).

causa penal a defenderse lleva consigo la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él, en el acto del juicio oral.

No obstante, la necesidad de protección, tanto a las víctimas de los delitos - que también pueden ser testigos - como a testigos en quienes concurren especiales circunstancias de riesgo, puede llevar al Tribunal a mantener ocultas las señas de identidad, así como a la utilización en el juicio oral de determinadas medidas que eviten la identificación visual normal.

En España, ello es posible gracias a la *Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales*¹³, que prevé la posibilidad de que el Juez instructor pueda decidir que no consten en las diligencias que se practiquen los datos personales, domicilio ni cualquier otro dato que pueda permitir la identificación del testigo o perito, que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando algún procedimiento que imposibilite su identificación visual normal, y que se fije como domicilio, a efectos de notificaciones, la sede del propio órgano jurisdiccional.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la misma Ley señala que «la identidad será desvelada ante la petición razonada de una de las partes cuando lo solicite motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa», lo que quiere

decir que el anonimato en la identidad del testigo subsiste sólo hasta el juicio oral¹⁴, si alguna de las partes solicita razonadamente que se desvele su identidad. Ello es coherente con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, contenida en los casos Windisch (Sentencia de 29-9-1990), Delta (Sentencia de 19-12-1990) y Kotovski (Sentencia de 20-11-1989), según la cual la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos restringe el derecho de defensa, pues si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, enemiga o indigna de crédito, y no podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar su crédito.

Si se mantuviera excepcionalmente la medida de protección del testigo durante el juicio, deben tomarse en consideración las previsiones contenidas al respecto en el *Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 6-10-2000*:

«a) Para adoptar la medida de impedir la visualización del testimonio de un testigo en el acto del juicio oral por parte del acusado, a que hace referencia el apartado b) del art. 2º de la Ley Orgánica 19/1994 de Protección de Testigos y Peritos en Causas Criminales, es necesario que el Tribunal motive razonablemente su decisión. Y ello tanto vengán dispuestas medidas protectoras adoptadas ya en la instrucción (art. 4º), como si tal medida

¹³ Que tiene su antecedente en el Tratado Internacional referido a la Convención sobre la Tortura (Instrumento de ratificación por España publicado en el BOE el 9-11-1987), en cuyo art. 13 se prevé la necesidad de que el Estado tome medidas para asegurar que los testigos de ese delito estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado.

¹⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16-3-1998 afirmó que «la protección del testigo que dispone para ciertos casos la L.O. 19/1994 no afecta en modo alguno a los derechos procesales del acusado que emanan del art. 24.2 CE y del art. 6.3 d) CEDH, tal como lo establece el art. 2º de la mencionada L.O. 19/1994».

se acuerda en el momento de la celebración del juicio oral.

b) En este segundo caso, tal motivación es bastante con que se refleje en el propio acta del juicio oral, con la amplitud que requiera la situación de peligro, dejando expuesto también lo que las partes consideren en relación con tal restricción a la publicidad del debate, así como el acatamiento o respetuosa protesta a la decisión adoptada por el Tribunal.

c) La consecuencia de la inexistencia o insuficiencia de tal motivación puede ser controlada casacionalmente, originando la nulidad del juicio oral con retroacción de actuaciones, para la celebración del mismo de nuevo con Tribunal formado por diferentes Magistrados».

Evidentemente, la situación de peligro del testigo, por sí misma, no es una causa de incomparecencia al juicio oral, y, por tanto, las declaraciones sumariales de los testigos protegidos no pueden alcanzar valor probatorio simplemente con ser leídas, como ocurre en los supuestos del art. 730 LECrim. (testigo ya fallecido, que no se le puede hallar, etc.); tendrían que darse estos últimos supuestos, con los requisitos exigidos por el Tribunal Constitucional para que pudieran tener validez¹⁵.

En cuanto a los *métodos para mantener oculto al testigo en el juicio oral*, lo importante es que no afecten al derecho de defensa del imputado - fuera de la limitación que supone el desconocer su identidad - es decir, que éste pueda interrogar libremente al testigo. Así,

se admite sin problemas la utilización de biombos en las Salas de vistas (Acuerdo del Pleno de 6-10-2000 y Sentencia del Tribunal Supremo de 5-2-2001), declarar desde la puerta de acceso a la Sala (Sentencia del Tribunal Supremo de 8-7-1994), o «detrás de la tribunilla donde declaran los testigos para impedir que el acusado los viera» (Sentencia del Tribunal Supremo de 14-2-1995). Otros sistemas, en cambio, como el empleo de pasamontañas u otra vestimenta que oculte la identidad, y la utilización de distorsionadores de voz, no son admisibles, pues es claro que al mantener también oculto al testigo frente al Juez o Tribunal, que deben ver y oír al testigo en condiciones normales para poder ponderar la credibilidad de lo que diga, afectan a la necesaria inmediación o percepción de la que aquéllos deben disponer.

3. La circunstancia de la *predeterminación del juicio oral* por la instrucción a la que antes me refería ha traído como consecuencia una cierta tendencia a prescindir en muchos casos del juicio oral, a través de los acuerdos previos a ese acto entre las partes.

La razón es clara: el porcentaje de asuntos que desembocan en una solución diferente a la propuesta por el Fiscal como resultado de la investigación es mínimo, luego parece aconsejable en no pocos casos un buen acuerdo, antes que ir a un juicio que muy probablemente no va a ofrecer una solución mejor.

A mi juicio, la regla general debería ser más bien la contraria, es decir,

¹⁵ Materiales (imposibilidad de reproducción en el momento del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (la posibilidad de contradicción, para lo cual se debe proveer de Abogado al imputado) y formales (la introducción en el juicio oral a través de la lectura de documentos requerida por el art. 730 LECrim.) (Sentencias del Tribunal Constitucional 209/2001 y 38/2003).

debería reducirse al máximo la instrucción y potenciarse la celebración de los juicios orales, en los que con el debate público que los caracteriza es posible a los ciudadanos comprobar por sí mismos cómo administran justicia sus representantes; es decir, es cuando verdaderamente adquiere realidad un principio básico del orden democrático cual es la participación y control de la justicia por la comunidad. En el juicio oral, con el debate oral, público y con contradicción entre las partes, sí se puede afirmar la «igualdad de armas».

Y el juicio oral se podría celebrar incluso en forma inmediata, aunque ello no siempre sea posible por las dificultades que puede presentar en algunos procesos el esclarecimiento de una sospecha que permita el juicio de culpabilidad propio de esta fase. Pero no son pocos los casos en los que no son necesarias medidas de restricción de derechos fundamentales, como entradas y registros, escuchas telefónicas, etc., para la obtención de pruebas, constanding en el atestado el presunto culpable e incluso testigos.

En tales casos, no hay necesidad, a mi juicio, de que el Juez instructor realice diligencias, como interrogatorios, que pueden perfectamente practicarse ya en el acto del juicio, y cuya práctica ante aquél no hace más que dilatar indebidamente la celebración de este acto y prolon-

gar la situación de incertidumbre del acusado.

En este sentido se ha dirigido, con acierto en este aspecto, la reciente reforma procesal penal española, pues de acuerdo con el art. 795 (L.O. 38/2002, de 24-10), cuando la pena sea inferior a cinco años de prisión, si el proceso penal se ha incoado en virtud de un atestado policial, hay un denunciado, se trata de un delito flagrante (cuando el delincuente es sorprendido en el acto) y se puede presumir que la instrucción será sencilla, el procedimiento a seguir será el de «enjuiciamiento rápido» (arts. 795-803 LECrim.), que prevé un límite máximo para la celebración del juicio de dos días para las faltas y quince días para los delitos.

Ahora bien, que se sostenga la predilección por la fase del juicio oral no significa que no se deba dejar un espacio a la figura de la *reparación o conciliación entre las partes (tercera vía)*, que permita no sólo prescindir, en su caso, de la pena, sino concluir el proceso sin necesidad de tener que llegar al juicio.

Aunque en España rige la obligatoriedad de la persecución, al contrario de lo que ocurre en otros países, como Alemania, en donde la Ordenanza procesal (*Strafprozessordnung - StPO -*) prevé para los delitos menos graves (*Vergehen*), no para los delitos graves o crímenes (*Verbrechen*), la posibilidad de que el fiscal se abstenga de su perse-

¹⁶ Cfr. Gimeno Sendra, V., «Los procedimientos penales simplificados (Principio de «oportunidad» y proceso penal monitorio)», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 1457, págs. 13 y ss., y en *Jornadas sobre la justicia penal en España*, *Rev. del Poder Judicial*, número especial II, 1988; Vives Antón, en «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *Jornadas sobre la justicia penal en España*, cit., p. 108, quien afirma que «la ley podría otorgar un margen al principio de oportunidad»; Conde-Pumpido Ferreiro, «La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal», comunicación presentada en la *Conferencia de Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas*, Madrid, 1989; López Barja de Quiroga, J., *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1999, págs. 438 y ss., con amplia información sobre el contenido que se le debería dar al principio de oportunidad y referencias al derecho comparado.

cución, así como que pueda prescindir provisionalmente del ejercicio de la acción pública, imponiendo al mismo tiempo al inculpado, con la aprobación del tribunal competente y del propio inculpado, la imposición de determinadas prestaciones, como la reparación (parágrafos 153 y 153 a) StPO), no faltan autores que se han pronunciado a favor de introducir en la legislación española el principio de oportunidad, limitado a ciertos casos de reducida gravedad, a fin de aliviar la excesiva carga de la justicia¹⁶. Con razón ha dicho Bacigalupo que «la reforma penal no se debe agotar en la reforma del Código penal, ... que la reparación debe ser especialmente tenida en cuenta (y que) como cualquier reforma penal, ésta debe ir también acompañada de una amplia campaña tendente a que la sociedad comprenda que el derroche sin sentido de la pena privativa de libertad, del que habló Eb. Schmidt, no resuelve el conflicto social que plantea el delito mejor que los sistemas más modernos»¹⁷. En España existen los acuerdos de conformidad en el marco del procedimiento abreviado, pero no tienen el alcance de una transacción, pues la conformidad se produce al inicio del juicio oral y tiene que referirse a la pena de mayor gravedad solicitada.

En cambio, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su art. 77.1, abre una posibilidad de admitir la transacción, pues prevé que los procedimientos contencioso-administrativos en primera o única instancia puedan ser concluidos por un acuerdo con la Administración.

También ha encontrado su reconocimiento el principio de oportunidad en el ámbito de la *Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de menores*, pues en esta Ley se prevé el sobreseimiento, «atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos», cuando el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima, además de asumir el compromiso de cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo educativo técnico en su informe (art. 19).

En resumen: debería haber *menos instrucción y más juicio oral*, incluso, como luego veremos, debería ampliarse este acto a dos fases. Y, además, debería reconocerse el principio de oportunidad, cuando hay conciliación o reparación, al menos para delitos que no sean graves y hayan tenido lugar sin despliegue de violencia.

IV. Las distintas proyecciones de la imparcialidad en el proceso penal: separación del órgano investigador y el decisorio

1. La imparcialidad judicial es una de las garantías esenciales de la función jurisdiccional, especialmente ligada a la preservación del principio acusatorio. El Tribunal Constitucional español, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, viene distinguiendo entre *imparcialidad subjetiva e imparcialidad objetiva*. La primera exi-

¹⁷ «Alternativas a la pena privativa de libertad», *Rev. del Poder Judicial*, CGPJ, n.º 43-44, 1996, págs. 136 y 137.

ge que el juez considere asuntos que le sean ajenos, en los que no tenga interés de clase alguna, ni directo ni indirecto y la imparcialidad objetiva hace referencia a la necesidad de que un eventual contacto anterior del juez con el *thema decidendi*, desde un punto de vista funcional y orgánico, excluya cualquier duda razonable sobre su imparcialidad (Sentencia 11/2000).

En España, fue la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988 la que declaró la inconstitucionalidad de los procedimientos penales con instrucción y fallo a cargo de un mismo juez, recogiendo así la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la separación de funciones. Así, este Tribunal, en su *Sentencia de 1-10-1982 (caso «Piersack»)*, estimó la vulneración del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en un caso en el que el presidente de un tribunal había fallado una causa en la que previamente había actuado dentro de la fiscalía.

El Tribunal Europeo dijo en aquella ocasión que la cuestión de la imparcialidad, entendida como falta de prejuicios y toma de posición, puede ser entendida desde un punto de vista subjetivo, tratando de determinar lo que tal juez piensa en su fuero íntimo en dicha circunstancia, o bien desde un punto de vista objetivo, dirigido a comprobar si este juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima, y consideró que no resultaba posible conformarse con un criterio puramente subjetivo, pues en esta cuestión se trata de la confianza que los tribunales deben inspirar a los justiciables en una sociedad democrática. En el asunto resuelto por el Tribunal Europeo, a

pesar de haberse acreditado que el presidente del tribunal que juzgó al recurrente (Sr. Piersack) no había participado como fiscal en la causa que luego le correspondió juzgar, aunque ciertamente había formado parte de la fiscalía que se encargó de la investigación seguida contra aquél, se consideró que había existido una vulneración del art. 6.1 del Convenio, entendiéndose que, de acuerdo con el «criterio funcional», no se satisfacían las exigencias del mencionado artículo, pues «para que los tribunales inspiren al público la confianza indispensable es preciso tener en cuenta consideraciones de carácter orgánico». Desde este punto de vista, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo que resultaba justificado a los justiciables temer que el tribunal no les ofrecía garantías de imparcialidad.

Otra Sentencia básica en esta materia es la del mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26-10-1984 (*caso «De Cubber»*), en la que este Tribunal estimó de nuevo la vulneración del art. 6.1 del Convenio. Se trataba aquí de la presencia como juez, en el Tribunal de Audenarde (Bélgica) que decidió sobre la fundamentación de la acusación dirigida contra el demandante, de quien había actuado previamente como juez de instrucción en una de las causas motivo de la acusación y, parcialmente, en otra. Reitera entonces el Tribunal Europeo que no es posible aplicar al problema planteado un criterio subjetivo, como ya lo hiciera en el caso Piersack, y que, por el contrario, debían aplicarse consideraciones de naturaleza funcional y de organización interna, esto es, criterios objetivos. En este sentido, decía la Sentencia, «las apariencias pueden revestir importancia», citando el ada-

gio inglés, según el cual *justice must not only be done: it must also be seen to be done* (no sólo se debe hacer justicia, sino que es necesario que se vea que se hace justicia). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó que en el caso que se le sometía a su consideración era justificado por el justiciable temer que el tribunal que lo juzgaba actuaría en forma parcial y, por lo tanto, en contra de lo establecido en el art. 6.1 del Convenio.

Con relación a la imparcialidad objetiva, el art. 219.10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española configura como causas de abstención y, en su caso, de recusación del juez, las de haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto pleito o causa en anterior instancia.

La Ley quiere evitar, decía la *Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2000*,

«que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor», añadiendo que «tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro - en el juicio o en el recurso - una justicia imparcial. La Ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó, ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de aquél o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio o del recurso el

Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de la instrucción».

Es decir, es la previa intervención en el proceso penal lo que adquiere relevancia a los efectos de la imparcialidad. En este sentido, la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda su *doctrina sobre los cánones de inconstitucionalidad aplicables a las previas intervenciones de los juzgadores en los procesos penales en los que ellos mismos dictan las Sentencias*. Así, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional, se ha considerado la incompatibilidad entre las funciones de resolver, o dictar el fallo, con las previas de acusación o de auxilio a la acusación, entre facultades de instrucción y las de enjuiciamiento; sin embargo, no se ha considerado que pierde la imparcialidad objetiva el Juez que decide la admisión de una denuncia o una querrela, porque en esta fase del procedimiento, el órgano judicial competente para recibir la denuncia o la querrela tiene muy escaso margen de decisión; está obligado por la ley a incoar procedimiento, salvo excepciones. En el caso que resuelve la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/2000, el Magistrado de la Sección de la Audiencia, actuando con composición individual pues se trataba de resolver un recurso de apelación en juicio de faltas, había revocado anteriormente el archivo y ordenado proseguir el procedimiento penal. Según la Sentencia, esta última decisión no implica necesariamente una imputación que tenga que transformarse luego en un juicio de culpabilidad, por lo concluyó que no se le había

conculcado al recurrente del derecho a la imparcialidad objetiva del juzgador.

2. Muy interesante resulta la *cuestión relativa a la excepcional iniciativa probatoria del Juez en el juicio oral*, de acuerdo con lo previsto en tal sentido en el art. 729.2 de la LECrim., pues no cabe duda que tal iniciativa puede suponer una actividad inquisitiva encubierta, vulneradora del derecho al Juez imparcial y, por ende, del principio acusatorio.

Esta cuestión se planteó ante el Tribunal Constitucional, con ocasión de la *Sentencia del Tribunal Constitucional 188/2000*. El recurrente en amparo había dirigido su recurso contra una sentencia de la Audiencia Provincial que había desestimado su recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del Juzgado de lo Penal, a la que imputaba principalmente la vulneración del art. 24.2 de la Constitución, en su vertiente de derecho a la imparcialidad del órgano judicial y la preservación del principio acusatorio, por estimar que la iniciativa probatoria adoptada de oficio por este último órgano, en virtud de las facultades otorgadas por el art. 729.2 LECrim., suspendiendo la celebración de la vista y citando a un testigo no propuesto por las acusaciones, suponía un desplazamiento de la carga de la prueba, a cargo de las acusaciones, produciendo la mencionada vulneración constitucional.

La Sentencia del Tribunal Constitucional señala que

«es reiterada jurisprudencia que el derecho a un proceso con todas las garantías integra, entre otros contenidos, la garantía de la imparcialidad

del juzgador que, en el ámbito del proceso penal, se presenta indisolublemente anudada a la preservación del principio acusatorio (...). Mediante la exigencia de imparcialidad objetiva se asegura el enjuiciamiento por parte de un Juzgado no prevenido (...) en la medida en que ni ha sido instructor de la causa (...), ni ha ejercitado en algún momento anterior la acusación, ni ha intervenido en otra instancia del proceso (...). Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes. En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el art. 729.2 LECrim., no puede considerarse per se lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim.), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria ex officio iudicis prevista en el art. 729.2 LECrim., que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cual-

quier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto».

En el caso concreto, la STC llegó a la conclusión de que la iniciativa probatoria adoptada por el órgano jurisdiccional no había vulnerado derecho fundamental alguno, afirmando que cuando

«se adopta una iniciativa probatoria ex officio iudicis, no de forma inopinada o sorpresiva, ni como parte de un plan preconcebido por el juzgador, sino como propuesta asumida por las partes acusadoras y en virtud de una decisión razonablemente fundada a partir de la emergencia en el acto del juicio de una fuente adicional de prueba de la que, en buena lógica, cabía esperar una cierta corroboración de los hechos enjuiciados con el objetivo, no de condenar o de exculpar, sino de alcanzar el grado preciso de convicción para adoptar una decisión resolutoria del conflicto, ninguna quiebra de la imparcialidad judicial cabe imputarle al juzgador y ninguna vulneración del principio acusatorio puede entenderse producida. Con otras palabras: no se puede temer legítimamente la pérdida de la imparcialidad objetiva de un Juez que acuerda una diligencia probatoria, en el seno del juicio oral - por tanto con plena garantía de contradicción - con el fin de esclarecer un hecho reconocido por las acusaciones y por el mismo acusado. Y por lo que respecta a la imparcialidad subjetiva, que ha de presumirse salvo

prueba en contrario, a falta de la más mínima acreditación, aun indiciaria, de que la Juez de lo Penal se hubiese guiado por otra intención que no fuese la de ahondar en la clarificación de los hechos enjuiciados, no cabe sostener con fundamento que la juzgadora ya conocía con antelación cuál iba a ser el sentido, favorable o perjudicial para el imputado, de la decisión por ella acordada. En definitiva: en las circunstancias del caso presente no cabe hablar, con el menor fundamento, de que la iniciativa del Juzgador entrañe una actividad inquisitiva encubierta o signifique una toma de partido por la acusación o por la defensa. Por lo demás, a la práctica de la controvertida diligencia probatoria no cabe oponerle ni la causación de indefensión alguna, ni el desconocimiento de las exigencias propias del principio contradictorio puesto que, propuesta la iniciativa, las partes pudieron alegar en defensa de su derecho e interés, y así lo hicieron, sin que conste que no pudiesen intervenir en la práctica de la testifical acordada de oficio para someterla a contradicción, contestándola y discutiéndola. Así pues, la pretensión deducida, ..., se ha de desestimar».

3. La *Sentencia del Tribunal Constitucional español 52/2001* sistematiza la doctrina de este Tribunal sobre el derecho al Juez imparcial, con aplicación concreta al caso de un Juzgado de Instrucción que había dictado una sentencia condenatoria en un juicio de faltas, luego de haber sobreseído unas diligencias previas sobre los mismos hechos por no considerarlos delito y de haber ordenado que continuase el procedimiento por el trámite de aquel juicio verbal de faltas.

Dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que

«el art. 24.2 de nuestra Constitución, en sintonía con el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio. Como se declaró en la STC 60/1995, de 16 de marzo, «sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional». Esta garantía fundamental del proceso debido y de la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) reviste, si cabe, un mayor rigor ante pretensiones de condena, en las que la estricta observancia del principio de legalidad (...) obliga a que la libertad de criterio del juzgador obedezca exclusivamente a motivos de aplicación del Derecho y nunca a prejuicios ideológicos o personales (...). Esta obligación del juzgador de no ser «Juez y parte» ni «Juez de la propia causa» se traduce, conforme a nuestra STC 162/1999, FJ 5, en dos reglas: «según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra». Con arreglo a este criterio, nuestra jurisprudencia ha diferenciado entre una imparcialidad subjetiva, es decir, la que garantiza que el Juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes; y la imparcialidad objetiva, referida al objeto del proceso, y por la que se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* (...).»

En cuanto a la llamada imparcialidad objetiva, en la que se centraba el caso concreto resuelto por la Sentencia, puesto que el recurrente hacía referencia a la circunstancia de haber actuado el juzgador como instructor y haber dictado luego una sentencia condenatoria en juicio de faltas, recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional que el Tribunal Constitucional

«ha declarado la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación (...), estimándose igualmente incompatibles las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento (...). Por similares razones hemos considerado que carece de la debida imparcialidad para resolver en segunda instancia el Juez que ha conocido del asunto en la primera (...), así como el que ha participado anteriormente en el mismo, adoptando medidas limitativas de derechos fundamentales (...), o que previamente ha dictado el Auto de apertura del juicio oral que por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal ... y, en este sentido, es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal de proceso (...). Ahora bien, la doctrina de este Tribunal ha entendido que la quiebra de la imparcialidad objetiva del Juez no puede apreciarse in abstracto, sino mediante el examen de las circunstancias del caso, pues no toda actuación procesal del Juez compromete per se aquella imparcialidad, erigiéndola en un obstáculo a la confianza que los Tribunales deben inspirar en una sociedad democrática. Así, en la STC 41/1998, ..., se declaró que el Juez que decide la admisión de una denuncia o

de una querrela tiene muy escaso margen de decisión, pues, salvo excepciones, está obligado por la ley a incoar el procedimiento cuando recibe aquéllas. En definitiva, el derecho al Juez imparcial, reconocido en el art. 24.2 de la Constitución, obliga no sólo a que el Juez se mantenga alejado de la investigación de la causa o de actividades que puedan generar una primera impresión sobre la culpabilidad del acusado, sino que también exige que se mantenga ajeno a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional, como la que se requiere en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preventiva como resulta necesario para dictar las medidas cautelares (...)» (F.J. 4).

«Por lo que respecta al juicio de faltas, si bien este Tribunal ha declarado la plena aplicación al mismo del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE (...), ha subrayado la necesidad de distinguirlo de los procesos penales por delito, por su carácter menos formalista y por versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos (...). Asimismo, la doctrina constitucional ha puesto de relieve que en el juicio de faltas, a diferencia del proceso por delitos, no existe una fase de instrucción o sumario ni una fase intermedia, de manera que, una vez iniciado el proceso, se pasa de inmediato al juicio oral, que es donde se formulan las pretensiones y se practican las pruebas (...). Habida cuenta de lo expuesto, cuando se trata de examinar si se ha producido una vulneración del derecho al Juez imparcial

en el ámbito del juicio de faltas, no puede olvidarse en este aspecto la especial configuración legal de este proceso, caracterizada por la informalidad y por la concentración de sus trámites, así como, en muchos casos, por la indeterminación del sujeto pasivo del proceso hasta el momento mismo del juicio oral y, en definitiva, por la menor intensidad de los actos de investigación previos al juicio que de estas notas se deriva (...). Por ello, ... las referidas características del juicio de faltas determinan que en muchos casos, los actos de investigación realizados por el Juez de Instrucción tengan por exclusiva finalidad la preparación del juicio oral, sin compromiso alguno de su imparcialidad objetiva, en la medida en que en algunos casos no están dirigidos frente a persona determinada alguna, y, con carácter general, no revisten la intensidad que caracteriza a los actos propiamente instructorios que puede el Juez realizar en el proceso por delito, tales como decidir sobre la situación personal del encausado o el interrogatorio del detenido en el proceso por delito previsto en el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

En el caso concreto, señala la Sentencia del Tribunal Constitucional que

«el Auto de sobreseimiento provisional se había limitado al solo aspecto de la eventual detención ilegal, y en cuanto a la continuación de las actuaciones a través del oportuno juicio de faltas, su única repercusión atañe a la determinación del cauce procesal a seguir para depurar las eventuales responsabilidades penales que se deriven de los demás hechos denunciados. En estas circunstancias, en las que claramente se puede comprobar que el Juez instructor no ha desplegado, en puri-

dad, actividad instructora alguna tendiente al esclarecimiento de los hechos, ni ha adoptado medidas cautelares de ningún tipo, limitándose a recibir las denuncias contenidas en el atestado policial y precisar cuál es el trámite procesal que aquéllas merecen, al declarar que los hechos denunciados no son constitutivos de delito, hemos de concluir que ello en nada prejuzga la decisión futura del juzgador, que sólo depende del examen y valoración de lo que resulte acreditado en el juicio de faltas que se celebre. No puede apreciarse, en consecuencia, que el juzgador, al calificar los hechos denunciados como constitutivos, en su caso, de simples faltas, asumiese, en este caso, una actividad procesal que pudiera comprometer su imparcialidad objetiva, por lo que procede desestimar la alegada vulneración del derecho al juez imparcial».

4. De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que sigue la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (últimamente, Sentencia de 29-5-1998 - caso «Castillo Algar» -), se desprende, pues, que *la imparcialidad judicial requiere un examen de las circunstancias concretas del caso (criterio individual)*, que son las que van a permitir conocer si los reparos del recurrente pueden ser considerados o no como objetivamente justificados.

Una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional español, la *Sentencia 38/2003*, resuelve un caso en el que los Magistrados que habían dictado la Sentencia de apelación (condenatoria) habían intervenido previamente en la resolución de dos recursos de apelación contra dos Autos de archivo dictados por el Juez instructor, pronunciándose so-

bre estrictas medidas de control de legalidad y del propio procedimiento, declarando que la resolución de esos recursos no generaba ningún tipo de prejuicio, rechazando, por tanto, la vulneración del derecho al juez imparcial que alegaba en su recurso.

Por ello, el Tribunal Supremo, con buen criterio, ha seguido este punto de vista en la *Sentencia de 13 de febrero de 2001*, referida a un caso en el que los Magistrados que habían dictado la Sentencia recurrida habían intervenido previamente en un auto confirmatorio de la denegación de libertad del recurrente, así como en un auto que había dispuesto desestimar la apelación formulada contra un auto de procesamiento y denegado medidas de prueba que el recurrente pretendía haber practicado en la instrucción. Según el recurrente, ambos autos demostrarían, por sí solos, el prejuicio con el que los Magistrados que integraron el Tribunal se enfrentaron al juicio, vulnerando así el art. 24.2 de la Constitución.

La Sentencia del Tribunal Supremo hace hincapié en que el Tribunal *a quo* había sido extremadamente cuidadoso al fijar sus propios límites de actuación en sus intervenciones en los referidos autos, pues su lectura permitía comprobar que los jueces *a quibus* tuvieron una conciencia actual de la necesidad de no formarse, en el trámite de los recursos de apelación que resolvieron, un prejuicio sobre la culpabilidad del procesado. Los propios jueces habían manifestado en el auto confirmatorio del procesamiento, como lo recoge aquella Sentencia, que no les era dado «penetrar en un exhaustivo examen del acopio de

material probatorio llevado a cabo por la instructora, pues no es esa evidentemente la razón de ser ni el objeto de esta concreta fase del procedimiento, sino del ulterior momento del juicio oral», limitándose a señalar que sólo consideran adecuada la decisión recurrida en base a la existencia de un testimonio de la víctima y de prueba documental que parece contradecir sólidamente la versión exculpatoria del inculpado, y de datos aparentemente incriminatorios.

A la misma conclusión llega el Tribunal Supremo respecto a los otros autos en los que habían intervenido los jueces *a quibus*. Estos, dice la Sentencia del Tribunal Supremo, «al confirmar los autos denegatorios de la excarcelación del recurrente, hicieron sólo un juicio sobre los extremos de los arts. 503 y 504 LECrim., que se refiere a la necesidad de la medida precautoria, sin comprometer en modo alguno al Tribunal sobre la culpabilidad del recurrente (...). Tampoco es posible deducir del auto de apertura del juicio oral y de admisión de pruebas de 17-9-1999 que la Audiencia se haya interiorizado en la causa de tal manera que hayan perdido la capacidad de juzgar imparcialmente en el juicio oral», pues el juicio sobre la pertinencia de la prueba no implica una consideración de la autoría posible del encausado, dado que su formulación se basa en la relación entre los hechos que se quieren probar y su relevancia respecto del tipo penal aplicable, no teniendo la cuestión la menor incidencia en relación a la autoría del hecho, es decir, a la imputación del hecho a su autor, pues se trata de dos aspectos conceptualmente independientes del enjuiciamiento.

5. Volviendo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta materia, es ineludible recoger aquí la importante *Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001* (una de las del caso «Marey»), que, entre otras muchas cuestiones de interés, trata:

- el significado del derecho a la imparcialidad judicial,
- la distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva,
- y la imparcialidad desde el punto de vista del órgano encargado de la instrucción de los procesos penales.

El recurrente en amparo, entre otras muchas consideraciones, había basado la vulneración constitucional relativa al derecho a un juez imparcial en las

«sospechas de parcialidad sobre el Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional, encargado inicialmente de la instrucción de la causa penal seguida contra el recurrente, el cual practicó numerosas diligencias de investigación, adoptó una medida cautelar de prisión provisional contra él y, finalmente, lo procesó. Tienen su origen las citadas sospechas de parcialidad en el período en el que el Magistrado recusado estuvo desempeñando funciones como Secretario de Estado, Delegado del Plan Nacional sobre la Droga, durante el cual coincidió con el actual recurrente, quien a su vez era Secretario de Estado de Interior, y, según expone, mantuvo una enemistad manifiesta. En esa etapa el señor Garzón Real habría adquirido conocimientos extraprocesales que después utilizó interesadamente durante la instrucción del proceso penal. Como consecuen-

cia de todo ello el señor Vera ... planteó tres motivos que determinaban, a su juicio, la necesidad de que el Magistrado-Juez titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 fuese apartado de la instrucción del proceso. Todas ellas fueron suscitadas durante la fase de instrucción y resueltas desestimatoriamente, mediante Auto de 14 de febrero de 1995, por el Magistrado llamado a sustituir al recusado»

La Sentencia del Tribunal Constitucional, reiterando su doctrina, señala que

«las causas de abstención y recusación que figuran en las leyes tienden precisamente a asegurar la imparcialidad del órgano judicial. En efecto, la imparcialidad personal del Juez exige que éste resuelva sobre el fundamento de la acusación con el mayor grado de independencia y equilibrio evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas (...). Por esta razón nuestra jurisprudencia ha señalado que el requisito de la imparcialidad supone la posibilidad de recusar a los jueces y magistrados en quienes se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales en el art. 219 LOPJ, y que, por ello, el derecho a formular recusación, constitucionalmente garantizado, comprende la necesidad de

que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley y que la cuestión sea enjuiciada por un Juez distinto del que haya sido objeto de recusación (...). La imparcialidad del órgano judicial aparece así como una exigencia básica del proceso con todas las garantías y va dirigida a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio, y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio (...). Esta sujeción estricta a la ley supone que esa libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por prejuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho (...). Y esa obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra (...). Nuestra jurisprudencia, por su parte, distingue entre las causas que pueden afectar a la imparcialidad subjetiva, en las que se integran todas las dudas que derivan de determinadas relaciones del Juez con las partes, de las que influyen en la imparcialidad objetiva, dentro de las cuales se comprenden aquellas otras que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso (...). En cualquier caso, para que, en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento de un asunto concreto es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir,

exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa o que permitan temer, por cualquier relación con el caso concreto, que no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico (...).

6. *En España la instrucción viene atribuida al Juez de Instrucción*, es decir, es éste el que tiene la capacidad investigadora, aunque ciertamente la presentación del caso ante el órgano jurisdiccional está a cargo del Ministerio Fiscal, y, en su caso, otros acusadores.

En el procedimiento abreviado (Ley Orgánica 7/1988, consecuencia de la STC 145/1988), se incrementaron notablemente en España las funciones del Ministerio Fiscal, con posibilidad de iniciar de oficio diligencias de investigación o de recibir declaración a cualquier persona, así como solicitar la conclusión de la instrucción. Incluso, la L.O. 5/2000, de responsabilidad penal de menores, ha establecido en su regulación, la separación absoluta entre las funciones instructoras, a cargo del Ministerio Fiscal en este ámbito, y decisoria, a cargo del Juez de Menores.

En cuanto a la *garantía de imparcialidad desde el punto de vista del órgano encargado de la instrucción de los procesos penales*, la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001, una de las del «caso Marey» antes mencionadas, recordaba que también la actividad del Juez de Instrucción se encuentra regida por el principio de imparcialidad. Recordando lo dicho en la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, señala que

«en la medida en que la instrucción criminal, pese a su finalidad inquisitiva, obliga a consignar todas las circunstancias que puedan influir en la calificación de los hechos investigados, sean favorables o adversas al imputado, facultad para adoptar medidas cautelares que pueden afectar a derechos fundamentales de la persona y debe respetar algunos principios (derecho de defensa, a conocer la imputación, de contradicción e igualdad entre las partes), se hace obligado que el instructor deba revestir las necesarias condiciones de neutralidad tanto en relación con las partes del proceso como sobre su objeto. En definitiva, el Juez de Instrucción, como cualquier Juez, debe ser un tercero ajeno a los intereses en litigio, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso. En esta misma línea, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha analizado el contenido del art. 5.3 CEDH, ha puesto de relieve, en una interpretación literal del precepto, que el ejercicio de funciones judiciales no se limita necesariamente a juzgar, y, de otro lado, desde una interpretación sistemática del Convenio, ha observado que la finalidad de la norma es la de garantizar la imparcialidad y la objetividad de toda persona que ha de decidir sobre la privación de la libertad de otra. Y, en este sentido, el Juez o la autoridad habilitada por la ley debe de ser independiente del poder ejecutivo y de las partes, dada su obligación de examinar las circunstancias que actúan a favor o en contra del arresto. A ello cabe añadir que, aun cuando el mismo Tribunal ha declarado que nada impide que la autoridad competente para acordar la detención pueda desempeñar otras funciones (a título de ejemplo, su intervención procesal posterior como

parte acusadora), la actuación de dicha autoridad correrá el riesgo de inspirar a los justiciables dudas legítimas sobre su imparcialidad si no es revisada por el juez encargado del caso (en este sentido se pronuncian las SSTEDH de 4 de diciembre de 1979, caso Schiesser; de 22 de mayo de 1984, casos Jong y otros, van der Sluijs y otros y Duihof y Duijf; de 26 de mayo de 1988, caso Pauwels; 30 de marzo de 1990, caso Huber; de 26 de noviembre de 1992, caso Brincat; de 28 de octubre de 1998, caso Assenov; y de 24 de julio de 2000, caso Niebdala). Así pues, aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral».

La Sentencia examina las distintas causas en que el recurrente había ba-

sado su recusación. La primera, que planteaba una duda sobre la imparcialidad subjetiva del instructor, consistía en haber sido el Magistrado recusado denunciado por el recurrente. La Sentencia la rechaza, recordando que *la imparcialidad del Juez debe presumirse*, y señalando que el Tribunal Supremo se limitó, al examinar esta causa de recusación, a aplicar su propia jurisprudencia sobre la materia, la cual exige que la denuncia contra el Juez sea anterior a la apertura del proceso penal y que los hechos que se imputan al recusado revistan caracteres de delito o falta, es decir, que la denuncia o querrela ofrezca garantías de veracidad y que haya sido admitida a trámite, no concurriendo en el caso ninguno de estos requisitos, por lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional concluye que la queja del recurrente fue desestimada por el Tribunal Supremo de manera motivada, no arbitraria ni irrazonable.

Otra causa de recusación era la consistente en la existencia de una pretendida enemistad manifiesta del Magistrado Instructor contra el recurrente, apoyada en la rivalidad producida entre ambos durante el tiempo en el que coincidieron como Secretarios de Estado en el Ministerio del Interior. La Sentencia del Tribunal Constitucional señala al respecto que el Tribunal Supremo practicó la prueba propuesta por el recurrente, principalmente testifical, tendente a demostrar las malas relaciones habidas entre ambos, llegando a la conclusión de que nadie había sido capaz de afirmar la existencia de algún incidente concreto entre las partes, sino sólo de rumores y creencias sobre las malas relaciones entre ambos. Añadiendo que «aunque pudiera

hablarse de diferencias puramente profesionales, sin trascendencia en el orden personal, sería un hecho que no podría calificarse como de enemistad manifiesta al amparo de lo dispuesto en el art. 219.8 LOPJ. Resulta de todo lo dicho, en definitiva, que la lesión constitucional, basada en la existencia de este motivo de imparcialidad subjetiva del juzgador queda reducido al simple desacuerdo del demandante con la valoración de la prueba practicada con la finalidad de acreditar la concurrencia de la causa de recusación alegada».

El recurrente basaba las sospechas sobre la falta de imparcialidad objetiva del Magistrado del Juzgado Central de Instrucción en tres aspectos de la actuación de éste que le llevaban a concluir que no podía instruir el proceso seguido en su contra. El primero se refería al desempeño por el Magistrado recusado de funciones como Secretario de Estado para las que fue nombrado como Delegado del Plan Nacional sobre Drogas. El segundo se encontraría en los supuestos conocimientos extraprocesales que pudo adquirir durante su paso por el Ministerio del Interior. Y el tercero se refería al hecho de la reincorporación del Magistrado a su anterior plaza en el Juzgado Central de Instrucción, que le habría permitido elegir el momento y los asuntos de los que iba a conocer. Con relación al primer aspecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional concluye afirmando, con la opinión contraria de uno de los Magistrados expresada en el único Voto particular de esta Sentencia, que

«de la simple regulación normativa del cargo desempeñado, como miembro

del Poder Ejecutivo, por el Magistrado recusado no es posible deducir una relación con la instrucción procesal desarrollada posteriormente por éste, pues el objeto de dicha instrucción era la investigación de las actividades de los denominados Grupos Antiterroristas de Liberación y el eventual empleo para su financiación de fondos reservados del Ministerio del Interior, todo ello ajeno a sus competencias legales como Secretario de Estado. Resulta preciso reseñar aquí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Gillow* (Sentencia de 24 de noviembre de 1986) consideró que el hecho de que uno de los miembros del Tribunal hubiera desempeñado anteriormente funciones de Presidente del Servicio de Vivienda y resolviese un pleito relacionado con la ocupación de un inmueble propiedad del citado Servicio no bastaba para dudar de su imparcialidad, pues las pruebas aportadas no demostraban que en algún momento hubiera intervenido, directa o indirectamente, en el asunto de los demandantes. En dicho supuesto, como en el presente, el mero ejercicio de las funciones anteriores no es suficiente para inspirar dudas legítimas sobre la imparcialidad del Juez» (F.J. 21). A similares conclusiones llega la STC «en cuanto al uso de conocimientos extraprocesales del Juez de Instrucción sobre el delito investigado, adquiridos durante la estancia del Magistrado en el Ministerio del Interior. No puede olvidarse que el Juez de Instrucción posee, en la fase de investigación en nuestro proceso penal, una doble posición: como director de la instrucción y como garante de los derechos fundamentales. En la primera de dichas funciones es la investigación

directa de los hechos, con una función en parte inquisitiva y en parte acusatoria, la que puede considerarse como actividad propiamente instructora y puede provocar en el ánimo del Juez prejuicios o impresiones en contra del acusado (...), y es que no todo acto de instrucción, compromete necesariamente la imparcialidad objetiva del Juez, sino tan sólo aquel que, por provocar una convicción anticipada sobre la participación del imputado en el hecho punible, puede crear en su ánimo determinados prejuicios sobre la culpabilidad, inhabilitándole así para conocer del juicio oral (...). De aquí que no pueda exigirse al instructor que no se haya formado juicios o impresiones previos. Por el contrario, el desarrollo de la investigación será la que vaya afianzando en el Juez un convencimiento sobre la comisión del delito y sobre la participación de los autores, lo que forma parte natural de su posición en el proceso, y condicionará las resoluciones que en lo sucesivo vaya adoptando. Por estas razones el uso por el instructor de su conocimiento privado o de sus conocimientos extraprocesales afecta principalmente a la materia probatoria, y sólo muy limitadamente posee una proyección en la fase de instrucción, pues los efectos de las diligencias practicadas y su valor como actos de prueba derivan de lo que resulte del juicio oral y de la eficacia que le otorgue un órgano judicial, distinto del instructor, que presencie sus sesiones y dicte sentencia en su día. De todas maneras tampoco el Tribunal sentenciador ha tenido como probada aquella intencionalidad ni el uso de los referidos conocimientos extraprocesales con un propósito intere-

sado. El art. 44.1 b) LOTC no permite que este Tribunal tercié en una cuestión que es meramente fáctica y de valoración de la prueba» (F.J. 21). Y en cuanto al último aspecto de la recusación, el de si la reincorporación del Magistrado recusado supuso la quiebra de la necesaria imparcialidad, opone la STC que no le corresponde al TC «evaluar la corrección o calidad de la regulación contenida en la LOPJ cuando permitía que los Jueces y Magistrados que abandonasen la carrera judicial para ostentar un cargo público electivo pudiesen retornar a su anterior plaza desde la situación de servicios especiales. Supone aquella regulación una opción legislativa que, en el ámbito al cual se reduce este recurso de amparo, no puede ser analizada ni contradicha. Bástenos señalar al respecto que la incorporación del señor Garzón a la plaza de Magistrado del Juzgado Central en la que anteriormente había desempeñado sus funciones se hizo en aplicación de las normas legales que regulaban la materia. Tampoco corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación retroactiva del apartado 12 del art. 219 LOPJ. La duda ha sido resuelta de manera motivada y razonable por el Tribunal Supremo cuando ha entendido que la causa de abstención y recusación allí establecida sólo puede abarcar a supuestos de hecho ocurridos después de su entrada en vigor. A dicho argumento cabría añadir el carácter de *numerus clausus* de las causas legales de recusación. Estas son sólo las previstas en la ley y han de subsumirse necesariamente en alguno de aquellos supuestos que la norma define como tales (...)».

La Sentencia del Tribunal Constitucional recuerda que una vez que la causa pasó al Tribunal Supremo, fue designado por éste un Magistrado de su Sala de lo Penal para que realizase una nueva instrucción, practicando éste, de nuevo, la mayor parte de las diligencias sumariales encaminadas a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos, la culpabilidad de los partícipes en ellos y a preparar el juicio que iba a tener lugar ante el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, no habiéndose arrojado sobre este Instructor ninguna duda de imparcialidad.

7. Otro aspecto que ha ocupado la atención del Tribunal Constitucional en esta materia es el de la *eventual incidencia de los «juicios paralelos» en el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial*. Cuestión que debe valorar siempre el hecho de vivir en una sociedad que está configurada por la expresión libre de opiniones.

Es decir, en palabras de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 1-12-2000, la imparcialidad no puede depender de un estado psicológico carente de toda influencia del ambiente social en el que se debe cumplir con el deber de juzgar, sino de la «ausencia de circunstancias precisas que, de acuerdo con lo establecido en la ley, hayan sido consideradas por el legislador como incompatibles con la imparcialidad».

La atención pública que supone la publicación de algunas noticias, en especial cuando se produce la apertura de diligencias judiciales, incluso con privación provisional de libertad de presuntos culpables, genera juicios

paralelos, favorecidos por los medios de comunicación, los *mass media*, cuyas consecuencias son muchas veces irreparables, ¡más graves que la posible condena! Hace ya tiempo (1866), un destacado procesalista, Faustin Helie, advertía, refiriéndose al aspecto disfuncional de la investigación criminal, que «es más fácil formular una acusación que destruirla, como es más fácil abrir una herida que curarla». Además, es evidente, que el clima social de condena de una persona puede influir en los jueces encargados de dictar sentencia, en su caso miembros de un jurado, con las graves consecuencias que ello tendrá para el derecho de defensa y a ser juzgado por un tribunal imparcial.

Y aunque los juicios paralelos a quienes más afecta es a personajes públicos, del mundo de la política, de la economía, o con especial relevancia social, también pueden afectar a otras personas, que pueden verse afectadas en sus relaciones familiares, sociales e incluso profesionales y laborales. No es de extrañar, pues, que algunas legislaciones, como la austríaca y la alemana prevean la punibilidad de las informaciones indebidas sobre investigaciones previas a un proceso penal, y que en otras, los juicios paralelos puedan desembocar en una anulación de lo actuado, como ocurre en Estados Unidos.

De todos modos, la creación de esos «delitos de prensa» es difícilmente compatible con el necesario respeto del contenido esencial de la libertad de información, pues, como dice Bacigalupo, «se hurta al ciudadano el conocimiento de sucesos de interés

público sobre los que tiene derecho a formarse una opinión»¹⁸.

Hace unos años decía un destacado autor alemán, Hassemer, que «los medios de comunicación y la justicia penal nunca han coexistido armónicamente»¹⁹, y es que, en verdad, los medios de comunicación, por un lado, no sólo pueden sino que deben informar sobre todos cuantos procesos puedan resultar de relevancia e interés público, y la justicia penal, de otro lado, debe asegurar el respeto de derechos esenciales en el proceso, tales como el de defensa, imparcialidad e independencia de los Jueces y Tribunales, y, por supuesto, la presunción de inocencia, mientras que no se dicte una sentencia condenatoria. No es difícil que una eventual regulación legal en esta materia, que pretenda limitar el ejercicio de la libertad de información en estos supuestos tenga el efecto no deseado de afectar al contenido esencial de dicho derecho (art. 53.1 de la Constitución), así como al derecho de recibir información que corresponde a todo ciudadano (art. 20.1 d) de la Constitución) para poder formar su opinión sobre el particular.

¿No se puede hacer nada contra los juicios paralelos? Bacigalupo ha dicho al respecto que «es recomendable dirigir la atención, antes que a las personas que desempeñan los cargos, al sistema institucional que permite un estado de cosas que viene siendo denunciado hace más de un siglo. No está fuera de toda duda la subsisten-

cia en el proceso penal de una fase previa fuertemente inquisitorial. Un juez de instrucción con facultades para abrir un proceso penal por sí y ante sí y para decidir sobre la libertad y el patrimonio de un ciudadano cuya culpabilidad no ha sido todavía probada, genera en la opinión pública la idea de una declaración definitiva de culpabilidad, que no coincide con la finalidad que persigue el sistema procesal»²⁰.

Además, añade el mismo autor que del principio de presunción de inocencia se debe deducir «un deber del Estado de custodiar a la prensa mediante medidas positivas para que ésta se mantenga en sus informaciones sobre procesos pendientes dentro del marco de la objetividad»²¹. En este sentido, ya el art. 9.1 del *Code Civil* francés, según la reforma operada en 1993, prevé la posibilidad de que el juez instructor ordene la publicación de un comunicado para hacer cesar el atentado a la presunción de inocencia de un ciudadano, cuanto éste sea presentado públicamente como culpable de hechos que constituyen el objeto de una investigación o instrucción judicial.

La presunción de inocencia, pues, operaría no sólo como un derecho frente al Estado, sino también como un derecho frente a otros ciudadanos «que disponen de medios capaces de estigmatizar a una persona de una manera análoga a la que el Estado podría lograr con la pena, pero - para peor - sin sujeción a los presump-

¹⁸ Artículo de opinión «Proceso judicial y juicios paralelos», publicado en el diario español *El País*, de 9-2-1995, pág. 11.

¹⁹ NJW 1984, págs. 1921 y ss.

²⁰ Diario *El País*, Debates, 9-2-1995, pág. 11.

²¹ Bacigalupo, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid, 2002, pág. 142.

tos que legitiman la pena estatal»²². Sin duda, el caso de esos ciudadanos no es otro que el de las empresas periodísticas o *mass media*, en cuyo ámbito se producen los mencionados ataques a la presunción de inocencia, así como ataques al honor, no siempre protegidos por la libertad de información.

8. Muy interesante en esta materia resulta la *Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999* (caso «Mesa Nacional de Herri Batasuna»), en donde este Tribunal examinó la pretendida vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a no padecer indefensión, imputable según los recurrentes a la presión ejercida sobre el Tribunal sentenciador por instancias políticas mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación y por estos medios, al informar de la decisión que supuestamente adoptarían los Magistrados del Tribunal Supremo, sin que el Tribunal Supremo adoptara medida alguna para preservar su independencia frente a tales presiones.

La Sentencia del Tribunal Constitucional ofrece un interesante resumen de su doctrina sobre los «juicios paralelos».

«La Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación. Ello es así, en primer lugar, por el riesgo de que la regular Administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto y de que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o

si las partes sufrieran un pseudojuicio en los medios de comunicación (...). Pero, sobre todo, la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos se debe a que éstos no sólo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino muy especialmente, y esto es aquí lo relevante, a que pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales. Es más, a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (...). Con todo, a pesar de que debe aceptarse, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que cuando las declaraciones sobre procesos en curso intenten llevar al público a la conclusión de

²² Bacigalupo, op. cit., pág. 143.

que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican restricciones en la libertad de expresión de quien así actúe, y ello, en particular, cuando la declaración cuestionada se emita en términos tan absolutos que sus destinatarios tengan la impresión de que la jurisdicción penal no puede sino dictar una Sentencia condenatoria (...), en numerosas Sentencias hemos destacado que el postulado que subraya la extraordinaria importancia de la opinión pública libre, dado el carácter esencial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, se aplica también en el ámbito de la Administración de Justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es un parecer generalizado que los Tribunales no actúan en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre partes, para pronunciarse sobre la culpabilidad o la inocencia respecto de una acusación penal, pero esto no significa que, con anterioridad o al mismo tiempo, los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. A condición de no franquear los límites que marca la recta administración y dación de justicia, las informaciones sobre procesos judiciales, incluidos los comentarios al respecto, contribuyen a darles conocimiento y son perfectamente compatibles con las exigencias de publicidad procesal (art. 24.2 CE y art. 6.1 CEDH). A esta función de los medios se añade el derecho, para el público, de recibirlas, y muy especialmente cuando el proceso concierne a personas públicas (por todas, STC 46/1998 y Sentencias del Tribunal

Europeo de Derechos Humanos de 26 de abril de 1979 (caso Sunday Times, § 65), de 24 de febrero de 1997 (caso De Haes y Gijssels, § 37) y de 29 de agosto de 1997 (caso Worm, § 50). Congruente con este planteamiento es nuestro criterio, ya sentado en el ATC 195/1991, que la protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos se encuentra contrapezada (...), externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 CE (...); internamente (...), encuentra límites dentro del propio art. 24 CE, porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5º del art. 24.2 CE). De ahí que, si bien la salvaguarda de la autoridad e imparcialidad del poder judicial puede exigir la imposición de restricciones en la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH), ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los Tribunales (Sentencia del TEDH, caso Worm, § 50). En cualquier caso es importante tener presente que para pronunciarse en un caso concreto sobre la existencia de una razón que permita sospechar un defecto de imparcialidad, el punto de vista del litigante que denuncia ese defecto debe ser tenido en cuenta, pero no desempeña un papel decisivo: lo determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden ser considerados como objetivamente justificados [Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 1982 (asunto Piersack, § 30), de 26 de octubre de 1984 (asunto De Cubber, párrafos 24 y 26), de 24 de mayo de 1989 (asunto Hauschildt, párrafos 46 y 48), de 16 de diciembre

de 1992 (asunto Sainte-Marie, § 32), d 24 de febrero de 1993 (asunto Fey, párrafos 28 y 30), de 26 de febrero de 1993 (asunto Padovani, § 27), de 22 de abril de 1994 (asunto Sarai-va de Carvalho, párrafos 33 y 35), de 22 de febrero de 1996 (asunto Bulut, § 31), de 23 de abril de 1996 (asunto Remli, § 46), de 10 de junio de 1996 (asuntos Pullar y Thomann, § 37 y § 30, respectivamente), de 25 de febrero de 1997 (asuntos Findlay y Gregory, párrafos 73 y 76 y párrafos 43 y 45, respectivamente) y de 20 de mayo de 1998 (asunto Gaur-trin y otros, § 58)]».

En el caso concreto, la Sentencia consideró que las alegaciones de los recurrentes no permitían cuestionar ni la imparcialidad subjetiva ni la objetiva de la Sala, que deben ser presumidas mientras no medie prueba en contrario, concluyendo que

«este Tribunal no aprecia que se haya producido un «juicio paralelo» capaz de menoscabar la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de la Sala Sentenciadora compuesta por Magistrados independientes por razón de su Estatuto, ni tan siquiera capaz de propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados, poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores».

La anterior doctrina fue aplicada en la antes mencionada *Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2001*, en la que también se hizo referencia al problema de las eventuales filtraciones periodísticas. Según el recurrente (Sr. Vera), la filtración periodística de las deliberaciones del Pleno de la Sala

de lo Penal del Tribunal Supremo y de un primer contenido del fallo, produjeron una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, concretamente del derecho a un juez imparcial, por haber quedado contaminado, no sólo el presunto Magistrado autor de la filtración, sino también el resto de los Magistrados cuya imparcialidad se ha visto comprometida. La Sentencia del Tribunal Constitucional rechaza la pretendida vulneración constitucional, señalando que

«aunque se estimase acreditado, lo que no es el caso, que uno o varios de los Magistrados integrantes de la Sala sentenciadora hubieran sido los autores de las filtraciones publicadas, lo cierto es que el solo dato de que éstas se hubieran producido, no repercute negativamente, menoscabándola, en la imparcialidad del Tribunal. Es importante tener presente en este aspecto que, para que en garantía de la imparcialidad, un Juez pueda ser apartado del conocimiento concreto de un asunto, es siempre preciso que existan sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos, que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es ajeno a la causa, o que permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico. Por más que hayamos reconocido que en este ámbito las apariencias son importantes, porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos, no basta para

apartar a un determinado Juez del conocimiento de un asunto que la sospechas o dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, más allá de la simple opinión del acusado, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (...).

En el caso concreto, la Sentencia concluyó que no había prueba alguna que permitiera cuestionar ni la imparcialidad subjetiva ni la objetiva de la Sala, que deben ser presumidas en la medida en que no exista prueba que permita ponerlas en duda.

9. Ahora bien, lo mismo que se debe distinguir entre el órgano que instruye y el órgano que juzga y falla, *debería distinguirse también entre el órgano que instruye y el órgano que adopta las decisiones que afecten a derechos fundamentales*²³, como las entradas y registros, intervenciones telefónicas, o incluso la adopción de una prisión provisional.

Por ejemplo, en Alemania, en donde la investigación está a cargo del Fiscal (§ 160 StPO), la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales está naturalmente a cargo de otro órgano, el Juez competente (§ 162 StPO), que examinará si lo solicitado por aquél es procedente o no.

En Italia, como en Alemania, el Fiscal dirige la investigación y la actuación de la policía (arts. 326 y

ss. del *Codice di Procedure Penale*), mientras que la adopción de aquellas medidas corresponde al Juez.

El *Corpus Juris Europæo* establecía en su art. 25 el llamado «Juez de las Libertades»²⁴, con competencia para adoptar medidas cautelares, así como para verificar la regularidad de todo el procedimiento preliminar realizado por el Fiscal General Europeo al final de la fase preparatoria (control de legalidad previo al juicio). Es decir, se trata de una figura encargada de ejercer la garantía judicial en la fase preparatoria del proceso, que incluso podría ocuparse también de recibir la prueba anticipada, así como de la llamada fase intermedia y eventuales nulidades.

Se discute aún mucho la cuestión relativa a *quién debe instruir: ¿un juez instructor o un fiscal?*

Ya hemos visto que hay soluciones para todos los gustos. El Alemania e Italia, la investigación está a cargo del Fiscal, en Francia y en España la investigación está a cargo del Juez instructor, aunque es cierto que en España, poco a poco, el Fiscal está asumiendo funciones instructoras.

A mi juicio, *lo importante no es quién instruya, sino cómo instruya: ¡que el sistema que se implante sea realmente garantista!*. Y parece claro que un sistema en el que pueden existir dudas sobre la imparcialidad del Ministerio Fiscal no es un sistema preparado para asignar totalmente la investigación / instrucción a este órgano.

²³ Cfr., en este sentido, Rodríguez Ramos, L., en «Bocetos de los lunares y lagunas de la Justicia Penal (perplejidades en el foro penal finisecular)», *Revista Canaria de Ciencias Penales*, núm. 2/1998, quien afirma que «habría que encomendar a los fiscales la instrucción, bajo la vigilancia de un juez de garantías sin misiones investigadoras, logrando así la imparcialidad plena de la jurisdicción controladora de la instrucción judicial», pág. 75.

²⁴ Figura implantada en Francia en 2000.

Tampoco resulta satisfactorio que el mismo órgano que instruye sea quien adopte decisiones que afectan a derechos fundamentales.

V. Juicio oral en dos fases: separación del órgano que dicta la sentencia y el que fija la pena

1. Para terminar este breve trabajo, me voy a referir a la interesante propuesta formulada en la doctrina, y que cuenta ya desde hace tiempo con manifestaciones legislativas en el derecho comparado: *la división del juicio oral en dos fases*²⁵.

En un sistema de penas de única vía, con una única consecuencia jurídica, la pena, bien basada en la pura retribución, bien basada en la peligrosidad, en cuyo caso parece que la consecuencia lógica debería ser la sentencia indeterminada (Jiménez de Asúa), no plantea dudas el principio de unidad de vista, como el que está reconocido en la mayoría de los países de Europa continental.

En cambio, un sistema como el actual, no ya sólo de doble vía, sino de tendencia hacia otro de triple vía, enriquecido con la posibilidad de alternativas o sustitutivos a la pena de prisión, así como con figuras que pueden permitir la inejecución de la pena en determinados supuestos, un sistema, en fin, en el que se le da una importancia considerable a la individualización de la pena, debería acompañarse de las necesarias modificaciones estructurales en el proceso penal que permitieran hacer realidad con más facilidad las exigen-

cias impuestas por un programa político criminal que pretende que las penas y medidas estén orientadas hacia la reeducación y reinserción social.

En este sentido, las propuestas doctrinales acerca de la división del juicio oral en dos fases autónomas resultan, a mi juicio, altamente satisfactorias: una fase se dedicaría al enjuiciamiento de la culpabilidad del acusado respecto de los hechos concretos que se le imputan, con la correspondiente práctica de la prueba sobre el hecho punible, en todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos; y otra se dedicaría, salvo, naturalmente, caso de absolución, a la determinación de las consecuencias jurídicas, de acuerdo con el resultado de la anterior fase, es decir, a la determinación de la pena y su medida, a la determinación de las medidas de seguridad, de la responsabilidad civil y de las consecuencias accesorias.

Este sistema del juicio oral en dos fases tiene su reconocimiento actual en países como Bélgica, Dinamarca y Noruega, y, especialmente, en el derecho procesal anglosajón (Reino Unido y Estados Unidos), en donde está previsto un primer juicio sobre la culpabilidad («conviction»), tras el cual se lleva a cabo un segundo juicio de individualización o determinación de la pena («sentence»), en el que ya no interviene el jurado.

2. El sistema del juicio oral en dos fases *favorece el análisis de las circunstancias personales del acusado*, como la

²⁵ Muy importante en esta materia es el trabajo de J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, «Una reforma necesaria para acompañar al nuevo Código penal: el juicio oral en dos fases», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, Madrid, 2001, págs. 159 y ss.

influencia que su entorno haya podido ejercer sobre él, los motivos del hecho, la influencia que la pena puede ejercer sobre él, etc., es decir, favorece el examen de todas aquellas cuestiones que resultan imprescindibles para una correcta individualización de la pena, que debe ir dirigida, como se dijo, a la «reeducación y reinserción social».

No cabe duda que en un sistema de unidad de vista (única fase), luego necesariamente con publicidad, no se facilita ese objetivo, sino al contrario, pues un acusado que «ha sido puesto en la picota en público, de quien, con la excusa de una acusación todavía no probada, se han destapado sus relaciones personales, financieras, su grado de integración social, etc.», va a tener muchas más dificultades de reinsertarse tras el cumplimiento de la condena, que si tales circunstancias se hubieran tratado con discreción en una segunda fase, sin publicidad, esto es, sin la presencia de público²⁶.

3. El sistema del juicio oral en dos fases *evita la contaminación del tribunal juzgador respecto de las circunstancias personales del acusado.*

En el de única fase (monista), la descripción de la personalidad del acusado, el relato de sus circunstancias y entorno, de sus relaciones laborales y familiares, de su situación económica y grado de integración social, etc., puede influir negativamente en el tribunal que ha de enjuiciar si el acusado es culpable o

no; ello es especialmente así en el caso de los reincidentes.

En cambio, en un juicio oral en dos fases (bifásico), tales circunstancias son tomadas en consideración por el tribunal únicamente cuando ya ha declarado la culpabilidad del acusado, luego se evita todo peligro de contaminación del tribunal²⁷.

4. *El sistema del juicio oral en dos fases garantiza mejor el derecho de defensa que el de única fase.*

En efecto, en este último, el acusado que niega los hechos no puede a la vez confesar circunstancias que le podrían beneficiar en la individualización de la pena y que podrían suponer declarar contra sí mismo. Por ejemplo, si el acusado niega su participación en un robo, no puede a la vez alegar que su situación económica había empeorado considerablemente y debía afrontar los gastos derivados de una grave enfermedad de su madre, por ejemplo, pues ello supondría declararse indirectamente culpable.

El dilema, evidentemente, afecta también a las estrategias del abogado defensor (¿qué es lo mejor desde la perspectiva del derecho de defensa?).

En cambio, en un sistema de doble fase (dual o bifásico), tras la declaración de culpabilidad en la primera fase, se podrán alegar sin problema todas las circunstancias personales que se crean oportunas²⁸.

5. Además, por último, *con el sistema del juicio oral en dos fases se alcanzan mejor*

²⁶ Sánchez-Vera, op. cit., págs. 162 y 163.

²⁷ Sánchez-Vera, op. cit., págs. 163 y ss.

²⁸ Sánchez-Vera, op. cit., págs. 166 y ss.

los dos objetivos que las consecuencias jurídicas del delito tienen:

- el de la *prevención general positiva*, a través de la primera fase del juicio (fase retrospectiva, pública), momento en el que se rehabilita la norma quebrantada («para que todos sepan y así conste, que la negación que es el delito, es negada, a su vez, mediante la consecuencia jurídica pertinente»);

- y el de la *resocialización*, a través de la segunda fase (fase prospectiva, no pública), dirigida al porvenir del acusado, fase en la que se trata de hacer realidad el mandato que en España está previsto en el art. 25.2 de la Constitución (»reeducación y reinserción social«), con posible participación de distintos profesionales como psicólogos, socioterapeutas, criminólogos, etc²⁹.

²⁹ Sánchez-Vera, op. cit., págs. 170 y 171.