

MARTÍN PASTOR, José: *El ministerio fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005 (450 pp.).

Ofrecemos el presente comentario de una monografía que versa sobre Derecho español, pero que nos parece de interés para el estudioso del Derecho procesal en general, por las razones que se anotarán.

Se trata de una monografía que fue publicada a fines de 2005 por el profesor titular de la Universidad de Valencia don José Martín Pastor. Dedicó esta obra al estudio de un problema vigente en el sistema procesal penal español, como es la eventual modificación del modelo de dirección de la investigación preliminar, que probablemente se decida acometer dentro de poco.

1. *La explicación de los sistemas de instrucción en el proceso penal español: su evolución legislativa.* En la primera parte de la obra el autor muestra que en el ordenamiento procesal penal español subsiste y predomina el modelo de Juez de Instrucción, aunque realiza importantes matizaciones a esta afirmación, las que conviene tener en cuenta a la hora de estudiar el modelo español, con el fin de evitar simplificaciones reduccionistas cuando se trata de la correcta comprensión de los modelos procesales en los diversos ordenamientos jurídicos.

Creemos que resulta especialmente ilustrativo para el lector el amplio y detallado análisis sobre la evolución normativa del sistema de instrucción español, y especialmente el énfasis que se pone en el transcurso de paulatina diversificación de sistemas de instrucción dentro del proceso penal. En esa diversificación de modelos para distintos procesos se evidencia, de manera progresiva, la opción del legislador por ir entregando más potestades de intervención o incluso de dirección al MF (Ministerio Fiscal), con el simultáneo y equivalente proceso de acotamiento progresivo de los poderes del Juez de Instrucción.

Así la Ley Orgánica 7/1988 (procedimiento abreviado español) supuso un impulso para la investigación en el proceso penal a cargo del Ministerio Fiscal.

En el proceso abreviado el procedimiento preliminar puede estar atribuido a un órgano jurisdiccional o al Ministerio Fiscal. Bien es cierto que el procedimiento preliminar es predominantemente judicial, pero no de forma exclusiva. Con todo, como pone de manifiesto el autor, las limitaciones normativas y prácticas para el Ministerio Fiscal son muchas, con lo cual su iniciativa de investigación se ve claramente menoscaba en su eficacia. Ha de admitirse, sin embargo, que la Ley Orgánica 7/1988 inició el camino de convertir en Instructor al Fiscal.

Se consigna también que en el marco del procedimiento penal de menores, desde 1992 con la LO 4/1992 y actualmente con la LO 5/2000, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, la competencia

para instruir el expediente por la comisión de hechos tipificados por la ley como delitos o faltas se atribuye al MF, por lo que en el ámbito de la justicia de menores sí que se puede hablar de un procedimiento preliminar dirigido por el MF.

Otro caso considerado en esa línea es el de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, la cual si bien encomienda el procedimiento preliminar al Juez de Instrucción, refuerza a su vez la presencia y las atribuciones del fiscal en dicho procedimiento. En la Exposición de Motivos de dicha Ley Orgánica se justifica el reforzamiento de las atribuciones del MF en la fase de instrucción del procedimiento ante el Tribunal del Jurado, aduciéndose, en concreto, que "si bien debe corresponder al Juez la realización de los actos sumariales, las peculiaridades que deben presidir el procedimiento ante el Jurado y la oportunidad de que se consolide el principio acusatorio, hacen necesaria la potenciación de las atribuciones del Ministerio Fiscal".

2. *El contexto de Derecho comparado.* Estimamos que es un acierto del autor no haberse quedado en una exposición solamente limitada al Derecho español, optando, al contrario, por ampliar su ámbito de análisis con la inclusión del estudio de sistemas de instrucción regulados en ordenamientos que pertenecen al entorno jurídico y cultural de España.

De esta manera, en el capítulo II de la obra se estudian varios modelos de Derecho comparado de instrucción penal, dentro de los cuales se considera el sistema chileno, aunque de manera breve. El autor hace una aproximación al Derecho extranjero para conocer cómo se resuelven en el mismo los problemas que plantea la instrucción fiscal, y analiza críticamente, con posterioridad, si esas soluciones serían posibles y oportunas en su Ordenamiento.

En concreto, se han examinado los ordenamientos jurídicos alemán, italiano, portugués y chileno, y en cada uno de ellos se ha centrado la atención en aquellos aspectos fundamentales de cualquier modelo legal de investigación, que son la ubicación institucional y regulación orgánica del MP, la intervención jurisdiccional en la investigación para asegurar la jurisdiccionalidad de aquellas actuaciones que deben revestir esa calidad, la posición procesal del sujeto pasivo de la investigación y de los eventuales acusadores particulares ante una investigación criminal que no dirige un órgano jurisdiccional.

Nos parece que se pone el acento justo donde se debe, pues es evidente que un diseño adecuado de una investigación fiscal tiene que mirar en lo sustancial a estas materias. En efecto, siempre los problemas fundamentales serán la correcta ubicación institucional y los adecuados principios de actuación que aseguren, por una parte, la legalidad y objetividad de la investigación, así como la adecuada y necesaria tutela de la garantía jurisdiccional en la fase de investigación, y, por otra, la correcta tutela de una posición de garantía para los sujetos pasivos de la investi-

gación y de los posibles acusadores particulares (o eventuales). En esos aspectos los modelos legales reseñados enriquecen el análisis.

3. *La constitucionalidad.* Nos ha parecido también muy destacable el estudio preciso de los problemas jurídicos más delicados en relación con el diseño de un modelo de instrucción con vigencia de las garantías procesales. La aproximación al asunto ha sido realizada desde dos perspectivas que nos parecen pertinentes y complementarias.

La primera referida al encuadramiento constitucional del diseño de la futura instrucción criminal española. Correspondía preguntarse de qué manera la Constitución como límite a la libertad del legislador a la hora de diseñar la instrucción penal y de atribuir la misma a un órgano público determinado podía incidir efectivamente en ese diseño.

La segunda, y solo presupuesta la constitucionalidad del diseño propuesto por el legislador, sería de política legislativa, esto es, relativa a la oportunidad política de la reforma en el sentido planteado, en función de sus ventajas e inconvenientes.

Llama la atención la profunda reflexión que se realiza sobre las exigencias constitucionales para la configuración legal de la fase de investigación o preparatoria del proceso penal. En ella el autor no se deja llevar por la tentación de la adhesión a la mayoría o a las posiciones de moda. En su lugar lleva adelante un análisis crítico sobre las posibilidades de configuración legal del modelo de la instrucción judicial (como el vigente) y el modelo de investigación fiscal.

Aun cuando se manifiesta partidario de la investigación dirigida por el MF, no descarta la compatibilidad de ambos sistemas con la CE (Constitución española) y para ello ofrece buenas razones normativas.

Sostiene que el sistema de instrucción judicial no presenta necesariamente inconveniente de carácter constitucional, pues, por una parte, lo que la instrucción penal deba tener de jurisdiccional de acuerdo a una exigencia derivada del art. 117.3 CE queda perfectamente satisfecho, pues el que dirige esa instrucción y adopta las decisiones en ella es un órgano jurisdiccional.

Por otra parte, la justificación de constitucionalidad de aquellas atribuciones que el juez de instrucción posee, que no son jurisdiccionales, sino de carácter investigativo-administrativas, está dada por el art. 117.4 CE, que dispone que los órganos jurisdiccionales, aparte de las funciones jurisdiccionales, tienen aquellas que la ley les atribuya "en garantía de cualquier derecho", declaración constitucional que autorizaría que los órganos jurisdiccionales puedan ejercer potestades no jurisdiccionales con el fin de asegurar u ofrecer una tutela de garantías más eficaz por la especial posición que tiene el juez dentro del orden jurídico.

En cuanto al sistema de investigación fiscal establece el autor con precisión que también resulta constitucionalmente admisible.

En efecto, se señala que no sería óbice constitucional el art. 117.3 CE, ya que esa disposición que entrega la exclusividad de la potestad jurisdiccional a los órganos jurisdiccionales se salvaría estableciendo un sistema de investigación fiscal en la cual todas las actuaciones propiamente jurisdiccionales que se suscitan en esta fase procesal deberían ser adoptadas por un juez (un juez de garantías).

De esta manera el autor adopta la posición que el mismo juez constitucional ha declarado en Sentencia del Tribunal Constitucional 41/1998, de 24 de febrero de 1998, en la cual se ha declarado compatibles con la CE tanto las formas de instrucciones judiciales existentes en el proceso penal español como los sistemas de instrucción fiscal con juez de garantías.

4. *El análisis exhaustivo de problemas concretos.* Hasta aquí el lector, aparte el buen y cuidado estudio doctrinal y jurisprudencial, podría pensar que en la obra reseñada no hay muchos aspectos especialmente novedosos, ya que en definitiva trataría de asuntos que se encuentran profusamente discutidos y que en nuestro medio se debatieron con ocasión de la Reforma Procesal Penal.

Sin embargo, el valor añadido de la obra justamente viene dado porque no se queda con la exposición de argumentos generales sobre la constitucionalidad o de principios jurídicos proclamados de manera abstracta, sino que acomete además lo que suele ser mucho más difícil: el estudio de los problemas concretos que un diseño de investigación criminal puede enfrentar. Los aspectos específicos en donde se juega la constitucionalidad del modelo y su legitimidad y los específicos problemas de técnica procesal que se hallan implicados en cada una de esas materias.

A estas cuestiones se dedican los capítulos III y IV (con más de 250 páginas de desarrollo) en los cuales se analizan las específicas limitaciones constitucionales al procedimiento preliminar del fiscal impuestas por la jerarquía y eficacia reconocida a las garantías procesales vigentes en el modelo constitucional español.

Así, por ejemplo, la exposición de las determinadas actuaciones jurisdiccionales que se deberían entregar en cada caso a un órgano jurisdiccional con el fin de preservar la exclusividad jurisdiccional de la función jurisdiccional.

De esta manera se toca el asunto de la recepción y dirección de la prueba, tema en el que se hallan involucrados una serie de contenidos complejos referidos al aprovechamiento de las diligencias de investigación con fines de prueba.

También resultan muy bien analizadas las medidas restrictivas de derechos, respecto de las cuales se abunda en la individualización de hipótesis que deben ser tratadas en un modelo de investigación fiscal.

Por otra parte, se estudian con mucho acierto en mi opinión las garantías de los imputados y de los acusadores no oficiales, materias en

las cuales se opera con las garantías procesales del imputado y con el derecho a la tutela judicial efectiva de éste y del acusador.

En esta misma línea, el capítulo IV aborda atinadamente materias tan relevantes como la actuación objetiva e imparcial del MF, y vinculado con esta, el control judicial de la investigación y la necesidad de diligencias de investigación complementarias.

En todas estas materias, como en muchas otras, el autor siempre ofrece una exhaustiva reflexión y una opción teórica de resolución que él propone desde una posición de *lege ferenda*. Destaca la obra como un ejercicio razonado y científico sobre el objeto de estudio, lo cual queda de manifiesto en el rigor técnico de la exposición y en la completitud de la misma.

En definitiva, esta obra es de consulta imprescindible para conocer de manera completa el estado de la cuestión en España, y al mismo tiempo ofrece un buen modelo de análisis para quienquiera necesite adentrarse en la materia estudiada.

CARLOS DEL RÍO FERRETTI\*

---

\* Doctor en Derecho, U. de Valencia (ESPAÑA). Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Católica del Norte (CHILE). Correo electrónico: cdrio@ucn.cl