



IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas
de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.
México

Bachmaier Winter, Lorena

SISTEMAS PROCESALES: LA HORA DE SUPERAR LA DICOTOMÍA ACUSATORIO-INQUISITIVO

IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., núm. 24, 2009, pp. 172-198

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.

Puebla, México

SISTEMAS PROCESALES: LA HORA DE SUPERAR LA DICOTOMÍA ACUSATORIO-INQUISITIVO

PROCEDURAL SYSTEM: TIME TO OVERCOME THE DICHOTOMY ACCUSATORY-INQUISITIVE

Lorena Bachmaier Winter*

RESUMEN

A partir de la tradicional polémica entre los principios inquisitivos y acusatorios en el proceso penal, se brinda una lectura encaminada a superar el maniqueísmo de ese enfoque y a que la observación del proceso penal debe guiarse por el respeto a las garantías, basadas en los derechos fundamentales y el contrapeso de poderes, sin olvidar la eficacia que debe caracterizar al enjuiciamiento criminal.

PALABRAS CLAVE: *Proceso penal, enjuiciamiento criminal, sistema inquisitivo, sistema acusatorio, principio de imparcialidad, juez de instrucción, Ministerio Fiscal, instrucción penal, prueba tasada*

ABSTRACT

From the traditional controversy between the inquisitorial and adversarial principles in criminal proceedings, this provides a reading aimed at overcoming the Manichaeism of this approach since observation of the criminal process should be guided by respect for the guarantees, based on fundamental rights and the counterbalance of power, not to mention that should characterize the effectiveness of criminal procedure.

KEY WORDS: *Criminal procedure, inquisitorial system, adversarial system, principle of impartiality, coroner, prosecutor, criminal investigations, legal proof*

* Profesora titular de derecho procesal, Universidad Complutense de Madrid. Recibido: 25.08.2009. Aceptado: 10.10.2009.

SUMARIO

1. Introducción
2. Algunos apuntes históricos sobre el llamado proceso inquisitivo
3. Sistema inquisitivo, juez de instrucción e imparcialidad
 - a) Prueba tasada, derecho de defensa e imparcialidad
 - b) La controvertida figura del juez de instrucción
4. La fase de investigación previa al juicio
 - a) La presencia de elementos inquisitivos en todo el proceso denominado acusatorio
 - b) Superar el debate acusatorio *versus* inquisitivo: claves para un análisis de la instrucción penal
5. Conclusiones

1. Introducción

Al abordar el estudio del proceso penal y la necesidad de su reforma, es frecuente que se enarbole la bandera del “acusatorio” como principio que ha de guiar cualquier cambio. Desde luego, la concepción actual de garantías fundamentales como el derecho a un juez imparcial, el derecho a la defensa contradictoria, la valoración de la prueba o el derecho a un juicio público, hacen que el proceso histórico inquisitivo no sea en ningún caso una opción válida para el presente.

Partiendo de esa afirmación, se han sucedido los esfuerzos en definir qué se entiende por “acusatorio”, cuales son los rasgos del modelo acusatorio o si existe un llamado principio acusatorio con significado y alcance diferente al “modelo acusatorio”.¹ También se han realizado estudios para diferenciar el modelo acus-

¹ Acerca del concepto de “principio acusatorio” y su alcance en relación con la determinación de los hechos, la determinación de la persona del imputado, la formulación de la acusación, la correlación entre acusación y sentencia, la iniciativa probatoria del juez o la disposición del objeto del proceso existe una abundantísima bibliografía tanto en la doctrina española como en la extranjera. Puesto que el ámbito de este trabajo no se extiende al estudio de cada uno de los significados e implicaciones del cada vez más extenso y ambiguo alcance del “principio acusatorio”, no creemos oportuno introducir aquí una referencia bibliográfica exhaustiva sobre esos temas. Acerca del concepto de “principio acusatorio”, en general, *Vid.*, entre otros, J.L. VÁZQUEZ SOTELO, “El principio acusatorio y su reflejo en el proceso penal español”, *Rev. Jca. Cataluña*, 1984-2, pp. 378-418; LA DE DIEGO DIEZ, “El derecho a la tutela judicial efectiva en la sentencia penal: los principios acusatorio y de contradicción”, *Justicia*, 1988-I, pp. 103-138; J.M. ASENCIO MELLADO, *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991; E.J. Montero Aroca, “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, *Rev. Justicia*, 1992-2, pp. 775-788; RUIZ VADILLO, *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Madrid, 1994; A. MARTÍNEZ ARRIETA, *La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio*, Granada, 1994; T. ARMENTA DEU, “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, *Rev. Dcho Proc.* 1996-2, pp. 265-291; F. ORTEGO PÉREZ, “Instrucción judicial y garantías. Sobre el incorrecto entendimiento del principio acusatorio”, *La Ley*, No. 5514 (2.4.2002), pp. 1 y ss; A. DEL MORAL, “Ministerio Fiscal y reforma de la justicia”, *Jueces para la Democracia*, No. 43 (2002), pp. 19-27; S. GUERRERO PALOMARES, *Op. cit.*, pp. 71 y ss; J.L. GÓMEZ COLOMER, “*Adversarial system*, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista del Poder Judicial*, “Propuestas para una nueva Ley

atorio puro de modelos acusatorios “no tan puros” o mixtos. Tales estudios han servido, en efecto, para ahondar en la comprensión del proceso, sus deficiencias y las necesidades de adoptar una reforma. Pero, por otro lado, a la vista de los mismos se observa que la comprensión y utilización de los términos “inquisitivo” y “acusatorio” no es unívoca² y, por otro lado, a mi juicio, evidencian también el uso abusivo que se realiza del término “acusatorio”, en particular por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

El término “inquisitivo” referido al proceso judicial ha adquirido así una significación plenamente negativa, hasta el punto de que la calificación de cualquier actuación procesal como inquisitiva inmediatamente se identifica con procesos medievales y prácticas abusivas; y, en todo caso, con vulneración de las garantías fundamentales del acusado. Lo cual compartimos plenamente.³ Pero, reconocer que los procesos inquisitivos que tuvieron lugar en la historia, no cumplían los postulados de justicia que ahora entendemos como fundamentales, no permite concluir sin más que todo lo que signifique acusatorio es por definición positivo. No obstante, en gran parte del discurso procesal se parte de esa concepción: mientras el concepto “inquisitivo” aúna todo lo malo, el término “acusatorio”, como efecto reflejo, se erige en símbolo de todo lo bueno, y se lo identifica con los valores de la justicia, la igualdad y el respeto de los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado. De ahí que el llamado principio acusatorio sea invocado como garantía de todas las actuaciones del proceso y el ideal a alcanzar en la búsqueda de una justicia penal en el siglo XXI.

Desde esa perspectiva, al establecerse una conexión necesaria e indudable

de Enjuiciamiento Criminal” (No. especial), pp. 25-77, y la bibliografía allí citada (en especial en la nota 20).

² Como señala G. ILLUMINATI, *Compendio di procedura penale*, *Op. cit.*, p. 637, cuando se habla del sistema acusatorio no todos entienden lo mismo. En parecidos términos, J.L. GÓMEZ COLOMER, “Adversarial system, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”, *Op. cit.*, pp.25-77, 26; H. JUNG, “El proceso penal, conceptos, modelos y supuestos básicos”, en *Constitución y sistema acusatorio* (K. AMBOS y E. MONTEALEGRE, Coords.), pp. 95-107, 100. *Vid.*, por ejemplo, el significado limitado que tiene el concepto *Akkusationsprinzip* actualmente en la teoría procesal alemana, por todos *Vid.* C. ROXIN, *Strafverfahrensrecht (25. Aufl.)*, München, 1998, pp. 82-83; mientras en la doctrina italiana se identifica o bien con un modelo de una concreta época histórica o con el término *contraddittorio* o *garanzia del contraddittorio*, *Vid.*, entre otros, A.A. DALLA y M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale* (5ª ed.), Padova, 2003, pp. 26 y 145 respectivamente; *Vid.* también, E. AMODIO y E. SELVAGGI, “An accusatorial system in a civil law country: the 1988 Italian Code of Criminal Procedure”, 62-4 (1989), *Temple Law Review*, pp. 1211-1224.

³ Tan es así, que algún autor ha afirmado que no tiene sentido hablar de proceso inquisitivo, pues un proceso configurado de esa manera no puede calificarse como tal, al carecer de ese principio fundamental de todo proceso judicial que es la imparcialidad. Cfr. J. MONTERO AROCA, *Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad de un eslogan político*, *Op. cit.*, p. 22. Según este autor, la esencia del proceso radicaría en que el juez realmente sea tercero, independiente e imparcial; si esa premisa no se cumple, no estaríamos propiamente ante un proceso, por lo que hablar de proceso inquisitivo es una *contradictio in terminis* (*Op. cit.*, p.23). La argumentación de MONTERO AROCA es desde luego original, y entiendo que esa delimitación del concepto tiene la finalidad de resaltar la importancia de respetar un elenco de garantías fundamentales en el desarrollo de la función de *iurisdictio*. Pero, más allá de esto, me parece dudosa la utilidad, y la relevancia, de reducir la noción de proceso al proceso acusatorio.

entre el concepto “acusatorio” y un proceso con todas las garantías para el acusado,⁴ no es de extrañar que persistan los esfuerzos en hallar el proceso acusatorio “puro”; o, dicho de otro modo, el proceso “más intensamente” acusatorio, puesto que cuanto más acusatorio sea un proceso más garantista parece que ha de ser. El término “acusatorio” se llega a utilizar como equivalente al ideal de la justicia en una sociedad civilizada y respetuosa con los derechos fundamentales y tomar como punto de partida esa noción axiomática, creo que distorsiona el debate sobre cualquier reforma del proceso penal.

Quizás haya llegado el momento de preguntarnos si tiene sentido continuar dirigiendo nuestros esfuerzos a definir estos dos sistemas o a delimitar qué es un sistema acusatorio puro o no. Incluso podemos cuestionar si tales esfuerzos alguna vez tuvieron sentido, pues como señala ILLUMINATI, no tenemos en la historia un proceso de referencia que se pueda identificar en puridad con alguno de esos dos modelos.⁵ Adelanto ya la conclusión a la que se llega en este trabajo: el debate actual no puede definirse ya en términos de “acusatorio” frente a “inquisitivo”, ni tampoco puede anclarse en la defensa del acusatorio, pues ello no contribuye a identificar con precisión cada uno de los problemas que afectan a la justicia penal. Toda reflexión sobre el proceso penal ha de realizarse primordialmente desde el enfoque de los derechos fundamentales y del contrapeso de poderes, sin olvidar el elemento de la eficacia.

2. Algunos apuntes históricos sobre el llamado proceso inquisitivo⁶

A lo largo del devenir histórico no ha existido un único proceso acusatorio, sino múltiples formulaciones de la idea del enjuiciamiento basado en la decisión

⁴ En este sentido se expresa la doctrina del Tribunal Constitucional. Vid., por ejemplo, M.J. DOLZ LAGO, “Principio acusatorio y pena: nueva jurisprudencia. ¿Hacia un reforzamiento del ‘poder de acusar’ y del Ministerio Fiscal?”, *La Ley*, No. 6771 (4.9. 2007), p. 1, para quien “históricamente, lo acusatorio viene ligado al progreso en el proceso penal en orden al establecimiento de un marco adjetivo más garantista y respetuoso de los derechos fundamentales”. Vid. también J.L. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, p. 35.

⁵ Vid. G. ILLUMINATI, *Compendio di procedura penale* (Dir. G. CONSO y V. GREVI), Padova, 2003, p. 637: “È vero che tale concetto è frutto di un’astrazione di tipo aprioristico, e in quanto può trovare attuazione solo in maniera tendenziale.”

⁶ Así, entre otros, A. ESMERIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, París 1882; J.H. LANGBEIN, *Torture and the law of proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago, 1977; J. PÉREZ VILLANUEVA y B. ESCANDELL BONET (Dir.), *Historia de la Inquisición en España y América*, vol. I, Madrid, 1984; F. TOMÁS Y VALIENTE, *El derecho penal de la monarquía absoluta: siglos XVI, XVII y XVIII*, Madrid, 1992; y *La tortura en España*, Barcelona, 1994; T. SORRENTINO, *Storia del processo penale: Dall’ordalia all’inquisizione*, Soveria Mannelli, 1999; G. ALESSI, *Il processo penale: profilo storico*, Roma, 2001; H.A. KELLY, *Inquisitions and other trial procedures in the Medieval West*, Aldershot, 2001; H. RÜPING y G. JEROUSCHEK, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 4ª ed., München, 2002; J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford, 2003; R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, Aldershot, 2005 y la bibliografía allí citada.

de un tercero imparcial sobre la base de lo alegado y probado por dos partes enfrentadas entre sí. Sobre ese elemento identificador, el llamado proceso acusatorio presenta perfiles muy diversos, desde el modo de iniciación, al juicio de acusación, la búsqueda de las pruebas, el sistema y la valoración de las pruebas, la eficacia de los actos de investigación, la extensión del derecho de defensa, etc. Como ejemplo de esa variedad de procesos que pueden enmarcarse dentro del modelo acusatorio, suele hacerse hincapié en la radical diferencia entre, por un lado, el proceso acusatorio en Grecia y Roma, y, por otro, el acusatorio o *adversary system* que se estableció en los países del *common law*, en los que no enraizó el modelo inquisitivo.⁷ Ante la dificultad de determinar los elementos comunes a todos los procesos acusatorios, he optado por definir, siquiera sintéticamente, los rasgos básicos del denominado proceso inquisitivo,⁸ el cual, a pesar de sus múltiples manifestaciones, quizás presenta unos elementos identificadores más claros. Así, por oposición a este proceso, será más fácil identificar los elementos típicos de los procesos acusatorios o “no inquisitivos”.

El *processus per inquisitionem*, como es sabido, surge entre los siglos XII y XIII en la Europa medieval, y tiene sus orígenes en la labor de los juristas de la Universidad de Bolonia, así como en los intelectuales de la escuela de París,⁹ en un momento de recuperación del derecho romano justinianeo y a través de la indudable influencia de la Iglesia.¹⁰ Su desarrollo se debe —como la inmensa mayoría de las grandes reformas jurídicas— a que el modelo de proceso inquisitivo, controlado por funcionarios sometidos a una estricta jerarquía, representaba un mecanismo útil y eficaz para la consolidación del poder de gobiernos centraliza-

⁷ Acerca de los orígenes del proceso *adversarial*, y el papel decisivo que jugaron los abogados ingleses en la evolución del proceso penal inglés, desde un primitivo modelo acusatorio, a un proceso contradictorio con plenas garantías, Vid. J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, *Op. cit.*, pp. 67 y ss.; Vid. también R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, *Op. cit.*, pp. 131 y ss.

⁸ Sobre los rasgos fundamentales del proceso inquisitivo y del proceso acusatorio existe una amplísima bibliografía. Vid., entre otros, T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, 1995, principalmente pp. 31 y ss.; J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal*, Valencia, 1997, pp. 25-31; “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, en *Prueba y proceso penal* (Coord. J.L. GÓMEZ COLOMER), Valencia, 2008, pp.17-66, 21-28; E. PEDRAZ PENALVA, “Sistemas de justicia penal: acusatorio, inquisitivo y mixto”, en *Derecho procesal penal. Principios de derecho procesal penal*, AA.VV. (Coord. E. PEDRAZ PENALVA), Madrid, 2000, pp. 51-75; S. GUERRERO PALOMARES, *El principio acusatorio*, Cizur Menor, 2005, pp. 71 y ss. Una breve síntesis desde un enfoque de derecho comparado puede verse en S. THAMAN, “Doctrinal issues in penal court procedures”, en *Encyclopedia of Law and Society. American and Global Perspectives* (D.S. CLARK ed.), vol. 3, pp. 1096-1102.

⁹ Vid., entre otros, R. VOGLER, *A world view of criminal justice*, *Op. cit.*, pp. 23 y ss.; J.H. LANGBEIN, *Prosecuting crime in the Renaissance. England, Germany, France*, Cambridge, 1974, pp. 129 y ss. En Cataluña el procedimiento inquisitivo existe desde el siglo XIII, Vid. R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I, Madrid, 2002, p. 474.

¹⁰ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, *Op. cit.*, p. 66. Sobre la influencia del derecho canónico en el proceso inglés, Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Derecho angloamericano y derecho canónico*, Madrid, 1991, pp. 173-178.

dos, con el paradigma de las monarquías absolutistas en Francia.¹¹ La protección de los intereses públicos —principalmente aquellos que afectaban al poder— no podían quedar en manos de la iniciativa privada del ofendido. Se apreciaba cómo, en numerosas ocasiones, el ofendido no tenía medios ni interés en la incoación del proceso penal. En muchos ordenamientos jurídicos, la presentación de acusación estaba reservada sólo a los sujetos pertenecientes a determinadas clases o estamentos;¹² en otros, el ejercicio de la acusación exigía la previa constitución de una caución, que rara vez podía cumplirse; y, por último, las graves consecuencias que para el ofendido se derivaban en caso de que su acusación no diera lugar a una sentencia de condena,¹³ hacía que en muchas ocasiones, se prefiriese no incoar el proceso. El poder del monarca requería un sistema de justicia penal más eficaz, eficacia que no se podía hacer descansar sobre la voluntad y posibilidad de cada ciudadano de sostener la acusación. Se introdujo la iniciación del proceso de oficio por autoridades públicas, inicialmente en aquellos asuntos más graves o que afectaban a los intereses de la Corona, los denominados delitos de lesa majestad; y respecto de aquellos en los que existía una *mala fama* pública contra un sujeto.¹⁴

En su momento estas reformas del proceso supusieron encomendar la administración de justicia a profesionales,¹⁵ con una formación mucho más elevada

¹¹ A. ESMERIN, *Op. cit.* ult., p. 89, sostiene que, si bien la Iglesia fue la primera en evolucionar del proceso acusatorio al inquisitivo, la extensión y desarrollo del proceso inquisitivo en Francia en los siglos XIII a XV se produjo fundamentalmente a través de los *officiers royaux*.

¹² *Las Siete Partidas* del Rey Alfonso X el Sabio (o *Libro del Fuero de las Leyes*, elaboradas en el siglo XIII, sobre la base del denominado derecho común, fruto de la influencia del derecho romano-justiniano, el derecho canónico y el derecho lombardo feudal) contienen ilustrativos ejemplos de ello. Por ejemplo en la Ley II de la Partida Séptima: "[...] E aquellos que no pueden acusar son estos; la mujer, e el mozo que es menor de catorce años, el alcalde o merino u otro adelantado que tenga oficio de justicia. Otrosí decimos que no puede acusar a otro aquél que es dado por de mala fama [...], hombre que es muy pobre, que no tiene valía de cincuenta maravedíes no puede acusar, ni el que fuere siervo al señor que lo manumitió, ni el criado o el sirviente." *Vid.* la edición de *Las Siete Partidas* preparada por J. SÁNCHEZ ARCILLA, Madrid, 2004.

¹³ La *accusatio* provenía del derecho romano, e implicaba que la falta de prueba del hecho acusado, determinaba la imposición de esa pena al acusador; *Vid.* H.A. KELLY, "Inquisitorial due process and the status of secret crimes", en *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, *Op. cit.*, pp. 407-427. A título de ejemplo, la Ley I de *Las Siete Partidas* al determinar las dos maneras de acusación establece esa regla del derecho romano, de tal manera que "la primera [manera de *accusatio*] es cuando alguno acusa a otro de yerro que es de tal natura, que si lo no pudiere probar que debe haber el acusador la pena que debe haber el acusado si le fuese probado." Esta regla no se aplicaba a todas las acusaciones. Las Siete Partidas excluyen, entre otros las acusaciones sobre falsedad de la moneda real (Ley XX) o el heredero por la muerte del causante (Ley XXI). En esas condiciones, sabiendo que en caso de no llegar a probar los hechos la pena que correspondiera le sería impuesta al acusador, es comprensible que muchos ofendidos no se aventuraran a correr ese riesgo.

¹⁴ H.A. KELLY, "Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses", en *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, *Op. cit.*, pp. 439-451.

¹⁵ La implantación de la autoridad del derecho imperial, debía articularse, entre otros, a través de un ordenamiento jurídico uniforme basado en la recuperación del derecho romano-justiniano con las influencias del derecho canónico. La aplicación de ese derecho escrito requería necesariamente un sistema de jueces profesionales, con suficientes

que los miembros de las jurisdicciones señoriales o que los miembros de un jurado, tomando muchos de los elementos presentes en el proceso canónico.¹⁶ A su vez, introdujo unas reglas probatorias mucho más evolucionadas que las existentes en los procesos comunales o feudales.¹⁷ Recuérdese que, al menos entre el siglo IX y el XII, el sistema probatorio no se basaba en una investigación de los hechos ni en la aplicación a los mismos de un sistema deductivo racional.¹⁸ Los cojuradores, compurgadores, *oath-helpers* o *Eidshelfer* eran ciudadanos que mediante juramento daban soporte o contribuían a sostener el juramento del acusado acerca de su inocencia, basándose en el conocimiento de él y la fiabilidad que su palabra les merecía, y no en una valoración de los hechos.¹⁹ Tal sistema de enjuiciamiento se aproximaba a una institucionalización del control social de los comportamientos lesivos para esa sociedad, pues eran los propios miembros de la comunidad quienes, mediante su declaración bajo juramento, establecían los elementos para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado. Junto a la intervención de los “compurgadores”, el sistema probatorio se basaba en el duelo²⁰ y en las ordalías: pruebas a las que se sometía al acusado con el fin de facilitar la intervención divina o invocar el juicio de Dios.²¹ Entre las formas de ordalías se encontraba la prueba del agua en la que se sumergía la mano del acusado en agua hirviendo o su cuerpo entero; o la prueba del fuego, en la que el acusado debía andar sobre hierro candente. En todas ellas, se trataba

conocimientos jurídicos. En este sentido, por ejemplo, G. ALESSI, *Op. cit.*, p. 69.

¹⁶ Vid. entre otros T. SORRENTINO, *Storia del processo penale. Dall'Ordalia all Inquisizione*, Soveria Mannelli, 1999, pp.149 y ss y la bibliografía allí citada.

¹⁷ Señala J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History* (2ª ed.), London, 1979, p. 63, cómo esos sistemas de resolución de conflictos “are better referred to as methods of ‘proof’ rather than of trial, because trial suggests the weighing up of evidence and arguments of an intelligent tribunal. Supernatural proofs were absolute and inscrutable.”

¹⁸ El juicio era común para el ámbito civil y penal. Se trataba de un juicio público, normalmente al aire libre. Salvo en los casos de delitos flagrantes, no intervenía la autoridad pública. El sistema de pruebas consistía básicamente en el juramento decisorio, asistido en su caso por los “compurgadores”, “cojuradores”, *oath-helpers* o *Eidshelfer*; o bien en la invocación del juicio de Dios a través de las ordalías o del duelo. Vid. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire*, *Op. cit.*, pp. 44 y ss. Respecto del sistema inglés R. VOGLER pone de manifiesto cómo el *pre-modern trial* era un proceso acusatorio, pero sin garantías para el acusado: “The pre-modern criminal process in England, before the intervention of the lawyers, was a rights-free, authoritarian and nearly as brutal as its continental counterparts. The accused was very much the passive object of the procedure [...]. The judges dominated and controlled the procedure [...] and controlled entirely the flow of evidence. [...] In comparison with contemporary continental models, the English trial procedure was primitive, unsophisticated and cursory.” Cfr. pp. 132-133.

¹⁹ Vid. T. SORRENTINO, *Op. cit.*, pp. 65-69. Vid. también C. DONAHUE, “Proof by witness in the Church courts of medieval England: an imperfect reception of the learned law”, en *On the laws and customs of England. Essays in honor of Samuel E. Thorne*, Chapel Hill, 1981, pp.134 y ss.

²⁰ Acerca del duelo, Vid. V.G. KIERNAN, *El duelo en la historia de Europa*, Madrid, 1993.

²¹ T. SORRENTINO, *Op. cit.*, pp. 73-79; R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, *Op. cit.*, pp. 493-495.

de que los elementos naturales se comportaran de una manera inusual —de tal manera que el acusado no se quemara con el fuego o el agua hirviendo, o de que sus heridas revistieran determinadas características, o que curaran dentro de un periodo de tiempo determinado—, y con ello, expresaran la intervención del poder divino para demostrar la inocencia del acusado. A su vez las ordalias representaban un sistema objetivado para limitar la arbitrariedad de los grandes señores en un contexto en el que se creía firmemente en la intervención divina. Ese carácter espiritual de estos juicios, plenamente acusatorios, queda plasmado por el hecho de que en la práctica de las ordalias se requería la presencia de un ministro religioso.²² A partir de 1215 en el cuarto concilio de Letrán se prohibió la intervención del clero en las ordalias, lo cual determinó el inicio de su declive y coincide en el tiempo con la consolidación del jurado como medio de prueba.²³

En ese contexto, la introducción de unas reglas probatorias, basadas en cierta racionalidad, como el valor de la confesión o el valor de los testimonios sobre los hechos, suponía un avance hacia la racionalidad y en contra de las reglas supranaturales. El proceso inquisitivo trajo consigo la regulación de un cauce para la investigación de los hechos. Esa investigación se documentaba por escrito —facilitando que tengamos conocimiento pleno de los métodos utilizados en estos procesos—, lo cual sólo se había hecho de forma muy limitada en algunos procesos en las jurisdicciones señoriales, en gran medida porque no era una justicia profesional y en muchos casos porque los particulares eran iletrados y carecían de los medios para llevar a cabo una *inquisitio*. La oralidad en esos procesos acusatorios medievales no era una opción o elección consciente frente a la escritura, sino la única opción posible, que venía acompañada de una importante garantía para el acusado: la posibilidad de la publicidad del juicio.

Como señala ESMEIN, las reglas de valoración de la prueba —no se admitía la prueba por indicios, ni *semiplena probatio*, y la carga de la prueba recaía en el acusador— hicieron que en la práctica fuera muy difícil lograr una condena del acusado.²⁴ Ello condujo a que cada vez se recurriera con mayor frecuencia al uso de la tortura con el fin de lograr la *probatio plena*, la confesión del acusado. Aunque la Iglesia inicialmente se oponía al uso de la tortura, a partir del siglo XIII se extendió en los procesos de herejía ante los tribunales eclesiásticos y a la

²² Las pruebas de agua y fuego estaban basadas en los escritos bíblicos y la invocación de la intervención de Dios. Vid. T. SORRENTINO, *Op. cit.*, p. 76. Por ello, no era inusual que algunas de estas pruebas se celebraran en monasterios o lugares religiosos. Vid. también G. ALESSI, *Op. cit.*, pp. 10-13. Sobre las ordalias Vid. en general, R. BARTLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, 1986.

²³ Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Op. cit.*, p. 175.

²⁴ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, *Op. cit.*, p. 99. Señala R. VOGLER, *A World View of Criminal Justice*, Aldershot, 2005, p. 28, que ese sistema de pruebas mucho más rigurosas que las existentes en los procesos de *common law* llevó irónicamente al recurso a la tortura.

jurisdicción secular.²⁵ Se ha subrayado a este respecto la posible influencia del derecho romano.²⁶ La tortura ya era aplicada en el derecho romano, si bien sólo frente a los esclavos, con el fin de hacerles hablar cuando eran acusados de un delito, pero también cuando comparecían como testigos. No era admitida, sin embargo, en los procesos contra hombres libres, salvo en los procesos por delitos de lesa majestad.²⁷

Dada la ductilidad del modelo inquisitivo, bastaba con extender la categoría de delitos de lesa majestad para utilizar el proceso inquisitivo frente a cualquier desviación de carácter político o religioso.²⁸ En la práctica los procesos inquisitivos sirvieron en gran medida para institucionalizar sistemas de persecución por razones políticas o religiosas y para establecer un sistema de terror, con fines ajenos al mantenimiento de la paz social dentro de una comunidad. Si se tiene en cuenta que la mera existencia de *mala fama* (o *fama pública*),²⁹ permitía instituir un proceso y, por ende, hacer uso de la tortura frente al sujeto sospechoso, es fácil deducir el riesgo que un proceso de estas características suponía para los derechos de los ciudadanos y cómo este proceso era especialmente apto para ser utilizado abusivamente por las estructuras de poder.

Como rasgos característicos del proceso penal inquisitivo se han destacado, entre otros:³⁰

1) Se trataba de un proceso incardinado dentro de un sistema jerárquico de poder, que comienza a establecerse cuando existe un poder político centralizado.

2) La utilización de diversas formas de coacción, física o psíquica, sobre el acusado con el fin de obtener la prueba y la extensión del uso de la tortura. El acusado es visto como objeto del proceso, como elemento del cual obtener la prueba y no como una parte que ocupa una posición activa en el proceso.

²⁵ La bula *Ad extirpandam*, dictada por Inocencio IV en 1252, legitimaba el uso de la tortura, confiriendo un inusitado protagonismo a la confesión judicial. A juicio de G. ALESSI, *Op. cit.*, p. 37, ello supuso un paso decisivo en la evolución de la *inquisitio* de la baja Edad Media al proceso de Inquisición oficial, jerarquizado y al servicio de una estructura de poder centralizado. Acerca de su implantación en España *Vid.*, entre otros, F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España: estudios históricos*, Barcelona, 1994.

²⁶ A. ESMÉIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, *Op. cit.*, pp. 98-99: "L'influence du droit romain fut surtout considérable. Dans les pages du Digeste et du Code, nos juristes trouvaient l'usage de la torture expliqué par les grands jurisconsultes, réglé par les constitutions des empereurs."

²⁷ *Ibid.*, pp. 92-93.

²⁸ G. ALESSI, *Il processo penale: profilo storico*, *Op. cit.*, p. 37. Acerca de la adecuación del proceso inquisitivo para fines de persecución religiosa contra los herejes, *Vid.* también H.A. KELLY, citando a Y. DOSSAT en "Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses", *Op. cit.*, p. 440.

²⁹ Por todos *Vid.* R. VOGLER, *Op. cit.*, p. 27.

³⁰ R. VOGLER, *Op. cit.*, pp. 19-21; R. MORÁN MARTÍN, *Historia del derecho privado, penal y procesal*, t. I, *Op. cit.*, pp. 474-476; A.A. DALLA y M. FERRAIOLI, *Manuale di diritto processuale penale*, *Op. cit.*, p. 26; A. DE LA OLIVA SANTOS, en *Derecho procesal penal*, AA.VV., Madrid, 2007, pp. 60-61; J.M. RIFA SOLER y J.F. VALLS GOMBAU, *Derecho procesal penal*, Madrid, 2000, p. 26.

3) La existencia de una segunda instancia. El recurso de apelación se instaura inicialmente no tanto como una garantía o derecho del acusado, sino como vía para que el superior jerárquico pueda ejercer un control sobre el procedimiento y la ley aplicados por el tribunal inferior (si bien ello podía redundar en una posible garantía para el acusado).³¹

4) El fin del proceso era el esclarecimiento de la verdad. Sin entrar a analizar aquí los fines del proceso penal —lo cual necesitaría ser desarrollado en otro trabajo, y no precisamente de poca extensión— basta con indicar que el proceso inquisitivo se iniciaba de oficio, porque se consideraba que se había ofendido a la Corona y, estando en juego un interés público tan relevante, no podía llegarse a una resolución sin haber previamente dilucidado la verdad. Lo mismo se dice de los procesos de herejía: siendo Dios el ofendido, la decisión no podía basarse sino en la verdad y, por ello, en el proceso debían actuarse todos los mecanismos posibles para el esclarecimiento de la misma. En su momento se defendía que el proceso no comenzaba de oficio sino ante la existencia de una suerte de acusación pública, la *mala fama* o clamor del pueblo, de tal manera que el juez no se convertía en acusador.³² A su vez, el proceso en sí, a través de los métodos de coerción física o psíquica, y en particular la confesión, ejercía una función purgadora de la culpa, propiciando el arrepentimiento del acusado.³³

5) La coincidencia en una misma persona de las funciones de instruir, acusar y juzgar. Junto con los crueles métodos para la obtención de las pruebas, este rasgo es, sin duda, el que más críticas merece, pues ataca uno de los pilares básicos de todo sistema de impartición de justicia, como es la imparcialidad del juzgador.

3. Sistema inquisitivo, juez de instrucción e imparcialidad

a) Prueba tasada, derecho de defensa e imparcialidad

La regla de que la imparcialidad judicial requiere que el juez no sea parte se infringe claramente en el proceso penal inquisitivo, a pesar de las palabras de Inocencio III.³⁴ Sin duda, un proceso en el que la misma persona asume la in-

³¹ G. Alessi, *Op. cit.*, pp. 75-77.

³² Así, conforme al papa Inocencio III, el inquisidor era el promotor de la causa, sustentada en la *infamia* o especie de acusación por parte de la opinión pública, por lo que el juez no era formalmente acusador, *Vid.* H.A. KELLY, "Inquisition and the Prosecution of Heresy: Misconceptions and Abuses", en *Inquisitions and Other Trial Procedures in the Medieval West*, *Op. cit.*, p. 446.

³³ *Vid.* por todos, T. SORRENTINO, *Op. cit.*, pp. 176-188.

³⁴ "Ex quibus auctoritatibus manifeste probatur, quod non solum cum subditis, verum etiam cum praelatus excedit, si per clamorem et famam ad aures superioris pervenerit, non quidem a malevolis et maledicis, sed a providis et ho-

investigación del hecho delictivo, recopila las pruebas y las valora para emitir una sentencia, conculca claramente el principio básico de la imparcialidad en su vertiente de derecho al juez no prevenido: quien lleva a cabo la función de instruir la causa, aunque lo realice desde la objetividad y no como parte, adquiere ya un conocimiento de los hechos que le llevan a formarse una idea o juicio previo acerca de los mismos, tal y como se expone en la “Exposición de motivos” de la Ley de Enjuiciamiento Criminal redactada por ALONSO MARTÍNEZ. Ese prejuicio atenta contra la garantía de la imparcialidad³⁵ y se agrava si el mismo que ha instruido, además de juzgar, se convierte en parte acusadora. No existe en ese caso un enfrentamiento entre dos partes con igualdad de armas ante el juez.³⁶ Si la valoración de las pruebas viene ya determinada por las actuaciones realizadas en la fase de instrucción de manera unilateral y sin plenitud de oportunidades de defensa para el acusado, el sistema carece de igualdad de oportunidades de defensa y además de la garantía de la imparcialidad. En un sistema en el cual quien instruye también juzga, el juicio oral —si llega a celebrarse— se convierte en una mera ratificación de lo actuado, incluso en los casos en que se respeta la apariencia de debate contradictorio. Sobre esta cuestión existe amplio consenso en el presente y no merece mayor comentario.

Sí quiero destacar, en cambio, que la acumulación de funciones en el proceso penal tendría un significado aún mayor en el proceso actual en cuanto a la afectación de la imparcialidad. Piénsese que en el proceso inquisitivo no había una división en tres fases como la conocemos ahora: una fase de investigación, otra para decidir si se procede a abrir el juicio, y finalmente el juicio oral, donde se practican las pruebas y se forma la convicción conforme a la libre valoración de las pruebas presentadas. En el proceso inquisitivo, la fase de investigación era propiamente la fase de obtención de pruebas a cargo del juez inquisidor y en presencia de un fedatario, que daba fe de las actuaciones realizadas y de los

nestis, nec semel tantum, sed saepe, quod clamor innuit et diffamatio manifestat, debet coram ecclesiae senioribus veritatem diligentius perscrutari, ut, si rei poposcerit qualitas, canonica districtio culpam feriat delinquentis, *non tanquam idem sit accusator et iudex sed quasi denunciante fama vel deferente clamore officii sui debitum exequatur*” (la cursiva es mía), en el Decreto del Cuarto Concilio Lateranense, Canon 8 (x 5.1.24) que puede consultarse, con traducción al inglés, en <http://faculty.cua.edu./pennington/Law508/FourthLateranCanon8.htm>

³⁵ Acerca de la imparcialidad en relación con la función de instruir una causa penal, *Vid.* las SSTC 145/1988; 11/1989; 186/1990; 151/1991; 113/1992; J. MONTERO AROCA, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia, 1999; A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La abstención y la recusación de jueces y magistrados*, Madrid, 1999, pp. 159-188; R. JIMÉNEZ ASENSIO, *Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial*, Cizur Menor, 2002, pp. 203-227; J. GONZÁLEZ CASSO, *Sobre el derecho al juez imparcial (o quien instruye no juzga)*, Madrid, 2004.

³⁶ Es posible que expresión “igualdad de armas” provenga directamente de la resolución de conflictos a través del enfrentamiento de las dos partes, ofendida y ofensor, a través del duelo. El duelo, además de una fórmula ritual de la provocación y aceptación, requería que se celebrara con armas del mismo tipo o categoría, de ahí la expresión de enfrentamiento con igualdad de armas.

resultados obtenidos. Una vez obtenidas esas pruebas —básicamente la confesión—, cuyos resultados quedaban documentados por escrito, el tribunal enjuiciador no realizaba una libre valoración de esas pruebas, sino que se limitaba a comprobar que se había producido la prueba legalmente requerida para imponer la condena. El juicio no se basaba, por tanto, en la aplicación de máximas de la experiencia, deducciones forenses, presunciones o criterios flexibles de la lógica aplicados a los hechos y pruebas practicadas con el fin de lograr la convicción del juez. El tribunal del proceso inquisitivo cumplía fundamentalmente la función de aplicar —sin contradicción— la regla probatoria al resultado obtenido por las actuaciones practicadas ante el juez inquisidor. Es cierto que el acusado debía ratificar su confesión nuevamente ante el tribunal, pero ello consistía en un mero trámite, si se tiene en cuenta que la no ratificación podía dar lugar a que el acusado fuera nuevamente torturado.

Ese sistema en el que el acusado comparecía sin armas de defensa ante un juez inquisidor con enormes poderes era, sin duda, todo menos justo. Mi intención es poner de manifiesto que el hecho de que el juez inquisidor formara posteriormente parte del tribunal enjuiciador no constituía quizás el rasgo más negativo de ese modelo. Dicho de otro modo, en un sistema de rígidas reglas probatorias, en el cual el resultado del juicio oral no se basaba en la libre valoración de lo actuado ante el tribunal, dudo mucho que el resultado se hubiese visto alterado por el hecho de que el juez inquisidor se abstuviera de formar parte del órgano colegiado encargado de juzgar. Si el tribunal había de fundamentar la sentencia en la ratificación de lo practicado previamente ante el inquisidor —y esas actuaciones estaban documentadas por escrito—, en aplicación de las reglas probatorias poco o nada cambiaría ese resultado por el hecho de que el juez inquisidor no participara en el tribunal enjuiciador. En un sistema de prueba tasada, lo grave no era que uno de los miembros del tribunal hubiera tomado contacto previo con las pruebas, sino que ante el tribunal enjuiciador no se practicaba prueba alguna ni se valoraba la previamente obtenida, pues el fallo en todo caso no se fundaría en la libre valoración de los hechos. Si el tribunal que juzga no valora las pruebas, lo de menos es que el inquisidor forme parte de ese tribunal o no, pues los resultados, aportados al juicio mediante actas escritas, son los que determinarán el contenido del fallo. Hecha esa precisión, sin embargo, no cabe duda de que el hecho de que el sujeto que sostiene la acusación forme parte del juicio rompe formalmente con la idea básica de la ajenidad que está en la base del concepto de imparcialidad.

Las observaciones anteriores no pretenden, sin más, dar una visión diferente del *processus per inquisitionem* que se desarrolló en la Europa continental

medieval, sino poner de manifiesto dos realidades. En primer lugar, que, aunque el juez instructor no llegara a participar en el juicio oral, el resultado del juicio venía en todo caso determinado por el valor que se concediera a las actuaciones de instrucción. En ese sentido, el hecho de que el juicio pueda basarse en lo actuado en la fase de instrucción atenta contra la plenitud del derecho de defensa y mina el valor de un juicio oral contradictorio, pero no necesariamente la imparcialidad del tribunal. La prueba tasada que se había introducido como elemento de unificación y de límites de discrecionalidad del órgano juzgador, a su vez, convertía en esencial la fase de obtención de las pruebas y a su vez, hacía que la fase de valoración de la prueba, careciera de la significación que tiene actualmente.

En segundo lugar, una vez que, por influencia del movimiento de la Ilustración y del racionalismo, se imponen criterios racionales en el proceso y se sustituye la regla de la prueba tasada por un sistema de libre valoración de la prueba, la garantía de la imparcialidad reclama inexorablemente que los jueces responsables de la instrucción no formen parte del órgano que ha de enjuiciar la causa. Haber tenido contacto directo con los elementos de prueba, y haberse implicado activamente en la búsqueda de los elementos de prueba, impide realizar una valoración neutral de las pruebas; en definitiva, impide presenciar el debate contradictorio sin una idea preconcebida a favor o en contra de una de las partes y, por tanto, quiebra el principio de imparcialidad. En un sistema de libre valoración de la prueba, la división entre las funciones de instruir, acusar y juzgar tiene una relevancia muy superior a la que tiene en un sistema de prueba tasada, y se convierte en esencial para la imparcialidad del juzgador. Por ello, la superación del principio de prueba tasada, acentúa la necesidad de separar las funciones de instruir y fallar.

B) La controvertida figura del juez de instrucción

184

El *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que influiría en todo el proceso de codificación de la Europa continental, configuraba un sistema denominado acusatorio mixto:³⁷ una instrucción secreta de rasgos inquisitivos y un juicio oral, externamente acusatorio, pues aparecen dos partes enfrentadas ante un tercero, juez imparcial. El juez de instrucción sería heredero directo del juez inquisidor, con la misma función —la obtención de pruebas para el esclarecimiento de los hechos— pero con métodos diversos, una vez abolida la práctica de la tortura, y se introducían sistemas de investigación forense.

³⁷ Vid. por todos, A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France...*, *Op. cit.*, pp. 539 y ss.

La figura del juez de instrucción ha sido y sigue siendo objeto de intensas y persistentes críticas;³⁸ de hecho, es una institución que ha desaparecido o ha visto reducido su ámbito de competencias en numerosos sistemas europeos de justicia penal. Es más, en no pocas ocasiones, los ordenamientos que aún mantienen la figura del juez de instrucción son tachados automáticamente de sistemas inquisitivos o inquisitoriales. Alguna vez he tenido que escuchar que el sistema de justicia español sigue prácticas inquisitivas, dejando entrever que la impronta de los tribunales eclesiásticos de la Santa Inquisición sigue estando presente en un país considerado desde el exterior como profundamente católico. Con independencia del grado de ignorancia de quienes hacen esas consideraciones, lo cierto es que el sistema español —junto con algunos otros del sistema continental-europeo— es enmarcado dentro de los “sistemas inquisitoriales”, debido a que la instrucción la lleva a cabo un órgano judicial, el juez de instrucción. Abordaré más adelante la cuestión del significado y control de la investigación criminal. Ahora sólo deseo insistir en que la presencia de un órgano judicial en la fase de investigación del hecho delictivo no tiñe de rasgos inquisitivos nuestro proceso penal. A pesar de mantener la misma denominación, el actual juez de instrucción poco o nada se parece a aquel juez del proceso inquisitivo. Aun siendo obvios para quienes conocen mínimamente nuestro proceso penal, conviene recordar aquí algunos aspectos:

1) El juez de instrucción español, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, dirige —al menos formalmente— la investigación del hecho delictivo.³⁹ Pero, en la medida en que el juez de instrucción no forma parte del órgano enjuiciador en ninguno de los procesos penales vigentes,⁴⁰ no se acumulan en la misma persona las funciones de instruir y juzgar y, por tanto, no se ve afectada la imparcialidad del órgano juzgador. El juez de instrucción que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal no actúa como parte en el proceso, pues no va a ser quien ejerce la acción penal. Cumple así nuestro sistema escrupulosamente con la necesaria división entre sujeto que investiga, sujeto que acusa y sujeto que enjuicia.

³⁸ Así, por ejemplo, M. MARCHENA GÓMEZ, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, Madrid 1992; V. GIMENO SENDRA, “La reforma de la *LECrím* y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *El Ministerio Fiscal-director de la instrucción*, Madrid, 2006, pp.23-47, pp. 35-37; del mismo autor también “La reforma de la *LECrím* y la posición del Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en *Revista del Poder Judicial*, “Propuestas para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal”, No. especial 2006, pp. 79-99, pp. 88-89; V. MORENO CATENA, “La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la *LECrím*”, en *La posición del fiscal en la investigación penal: la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, AA.VV., Cizur Menor, 2005; O. FUENTES SORIANO, *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Valencia, 2005. En contra de la figura del fiscal investigador, entre otros, Vid. A. DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988.

³⁹ Decimos que el juez de instrucción dirige “formalmente” la instrucción, pues en la mayoría de los procesos penales, éste no se implica activamente en la investigación.

⁴⁰ Desde la reforma operada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, a raíz de la *STC* 145/1989, de 12 julio 1989.

2) Por otro lado, las actuaciones de instrucción no tienen, en principio, valor probatorio: el juicio ha de formarse sobre la base de las pruebas practicadas con inmediación y publicidad en el juicio oral, y sólo excepcionalmente podrán valorarse las diligencias practicadas en la fase previa al juicio, cuando resulten de imposible reproducción y son sometidas a debate contradictorio en el juicio.⁴¹ La función del juez de instrucción, en este sentido, no equivale tampoco a la que desarrollaba el juez inquisidor.

3) Por último, hay también quienes han calificado de rémora inquisitiva el hecho de que el proceso penal pueda comenzar de oficio. Es cierto que el proceso inquisitivo supuso un avance en la represión de la criminalidad al no dejar en manos de un acusador particular la apertura del proceso penal, y que, por tanto, la iniciación de oficio puede calificarse como un rasgo que definió al proceso inquisitivo. No obstante, éste no fue un rasgo exclusivo de los procesos inquisitivos, pues encontramos procesos ajustados al llamado modelo acusatorio en los que el juicio podía iniciarse tanto a instancia de un órgano público como de un acusador particular. Así sucedía en Inglaterra en los procesos en que se ventilaba un asunto que afectaba a los intereses de la Corona. Ésta podía iniciar de oficio el proceso, que no por ello dejaba de estructurarse de manera acusatoria.

De ahí que sea decididamente erróneo calificar el proceso como inquisitivo porque es iniciado de oficio. Es cierto que el proceso inquisitivo extendió la apertura de oficio del proceso, esto es, la posibilidad de que la investigación del hecho delictivo pueda comenzar de oficio sin previa acusación por parte del ofendido. Desde el momento en que la Corona o el emperador, en su afán de extender y afianzar su poder centralista, entendieron que la persecución de los delitos incumbía a sus propios intereses y ciertos ilícitos dejaron de ser meros conflictos entre particulares, comenzó el poder público a asumir de oficio la investigación de los hechos delictivos. El proceso inquisitivo convirtió la investigación penal —que debía basarse en la búsqueda de la verdad— en una cuestión pública.⁴² Sobre ese precedente, desde la Edad Moderna el Estado asume —en carácter de monopolio o no— el mantenimiento de la seguridad y la represión de la criminalidad. De tal manera que, ante un hecho delictivo, o más precisamente ante la *notitia criminis*, se abre de oficio la investigación penal. Esto sucede en todo sistema de justicia penal evolucionado: todo Estado moderno pone en marcha de oficio la maquinaria estatal de investigación del hecho delictivo.

Lo negativo en el diseño de un proceso penal no radica en que sea comenzado

⁴¹ Vid. J. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, Madrid, 1992; J.A. TOMÉ GARCÍA, "Fase decisoria II. La prueba", en AA.VV., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2007, pp.478-486.

⁴² J.H. LANGBEIN, *The origins of adversary criminal trial*, *Op. cit.*, p. 342.

por una autoridad pública de oficio, sin acusación de un particular. Lo decisivo para la protección de los ciudadanos, y por tanto para minimizar usos abusivos o arbitrarios del proceso, es que la investigación penal no se inicie sin que existan suficientes indicios de criminalidad, con el fin de evitar inquisiciones dirigidas a fines diferentes al esclarecimiento de un hecho delictivo. Históricamente, en el proceso inquisitivo la iniciación, basada en esa acusación difusa identificada con la *fama pública* o *infamatio*, no atendía a unos determinados indicios de criminalidad. Podía comenzarse el proceso, y en muchos casos someter al acusado a la tortura, sin una base objetiva. La mera iniciación del proceso, decidida por un órgano estatal o eclesiástico —sin los rasgos actuales de independencia— ya constituía un enorme instrumento de poder y de control sobre la libertad de los ciudadanos. Los ejemplos se suceden a lo largo de la historia en los regímenes autoritarios o dictatoriales.⁴³

Puesto que el Estado, a través de su poderosa maquinaria, puede interferir gravemente en la esfera de libertad de los ciudadanos, es preciso que el inicio de toda investigación penal se ajuste a los fines constitucionales y que exista un órgano que controle la legitimidad de esos fines. En el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros países, la investigación de los hechos con apariencia delictiva se confía a un juez, quien dirige y controla esa fase previa al juicio. Lo que se inicia de oficio es la investigación del hecho delictivo, pero la apertura del juicio oral requiere previa acusación formulada por parte acusadora, y control de la suficiencia de las pruebas para sostener esa acusación. El juez de instrucción se caracteriza —lo cual es una garantía— porque en ningún caso va a juzgar sobre el fondo del asunto que ha investigado. Por tanto, poco o nada tienen en común el juez del proceso inquisitivo y el juez de instrucción del actual sistema de justicia español.

Y la presencia de un órgano independiente e imparcial en la fase de investigación también puede interpretarse como una garantía adicional para el ciudadano frente al poder del Estado en el uso de técnicas de control e investigación de los ciudadanos.⁴⁴

4) En el presente, el juez de instrucción del sistema judicial español no comparte ninguna de las características que hemos mencionado como identificadoras del proceso inquisitivo: no utiliza formas de coacción sobre el acusado, ni sitúa al encausado en una posición de objeto del proceso, ni mucho menos hace uso de la tortura para obtener los elementos de prueba.

⁴³ Sobre los rasgos inquisitivos del proceso penal estalinista, *Vid.* R. VOGLER, *Op. cit.*, pp. 64 y ss.

⁴⁴ Al margen de otras posibles razones para abolir la figura del juez de instrucción, L.M. DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar*, Valencia, 2000, p. 184, coincide en que la independencia del juez es un aspecto positivo en cuanto al control de la iniciación del proceso penal.

Puede perfectamente defenderse la desaparición del juez de instrucción como director de la instrucción penal, al igual que existen argumentos para encomendar esa función al Ministerio Fiscal, ya sea por razones de eficacia, por mayor control del respeto de las garantías, por motivos de celeridad, etc. Lo que es menos aceptable, y resulta casi frívolo a estas alturas de la historia, es argumentar que la figura del juez de instrucción debe ser abolida porque es propia de sistemas inquisitivos. Sí puede argumentarse que la extensión de la prisión provisional por espacio de hasta cuatro años recuerda a prácticas propias de procesos inquisitivos —en lo que respecta a presión sobre el acusado—. E incluso puede aducirse que el hecho de que el mismo juez de instrucción que asume la investigación sea quien decide acerca de la prisión provisional —eso sí, previa petición del Ministerio Fiscal— también recuerda al proceso inquisitivo. Pero el hecho de que sea un juez, y no otro funcionario público, quien controla la investigación penal, cumplidas las garantías ya mencionadas, no convierte en inquisidor a ese funcionario imparcial e independiente.

4. La fase de investigación previa al juicio

A) *La presencia de elementos inquisitivos en todo proceso denominado acusatorio*

En todo proceso penal —salvo en los flagrantes— existe una fase previa a la fase de enjuiciamiento, que tiene por fin esclarecer los hechos delictivos cometidos. En el primigenio proceso acusatorio esa fase de búsqueda de pruebas y de preparación de la acusación no existía, pues las pruebas consistían básicamente en el juramento decisorio y en las ordalías.⁴⁵ Cuando se introdujo la prueba por testigos, esa búsqueda de las pruebas se dejaba en manos exclusivamente de las partes. Se hablaba de proceso de partes, pues ni el juez ni, en muchas ocasiones, ningún otro órgano público intervenían en la búsqueda de las pruebas y en la fundamentación de la acusación.⁴⁶

188

Ha de recordarse que ese modelo acusatorio primigenio —que no ha de confundirse con el *adversary system* del *common law*— se da en un contexto en el que la ciencia, y en concreto la ciencia forense, se encuentra en un grado de evolución que dista mucho del actual. La prueba o consistía en la invocación de la intervención divina o se centraba en limitados elementos probatorios: la prueba documental —entonces tampoco la más usual en la mayoría de los hechos

⁴⁵ Vid. J.A. BAKER, *Op. cit.*, p. 63.

⁴⁶ A. ESMEIN, *Histoire...*, *Op. cit.*, pp. 44 y ss.

delictivos—, la testifical y la confesión. La importancia de la prueba pericial, naturalmente, era insignificante en comparación con la actualidad. De tal manera que, antes de comparecer al juicio oral, la función de investigación consistía en que cada una de las partes buscaba aquellos elementos de prueba, fundamentalmente testigos, que sostuvieran la acusación o la defensa, respectivamente. En un proceso incoado por el ofendido frente al acusado, esta investigación en manos de parte no sólo permitía preservar la imparcialidad del juzgador, sino que además era respetuosa con el principio de igualdad. Por otro lado, en la fase previa rara vez se preconstituía prueba, por lo que tenía un fin meramente preparatorio de cara al desarrollo del juicio oral.

Ese esquema de igualdad entre las partes en cada una de las fases del proceso, y también en la fase previa al juicio, se verá profundamente alterado, sin embargo, cuando la persecución del delito deje de ser una función que recae exclusiva o primordialmente en manos de los particulares y el Estado pase a asumir la represión penal.⁴⁷ A partir del momento en que en el ámbito continental europeo la acusación es encomendada a un órgano público, y el Estado pone a su disposición sofisticados medios de investigación del hecho delictivo, el previo equilibrio entre parte acusada y acusadora desaparece. Ese cambio se produce en la historia con la adopción del sistema inquisitivo, que institucionaliza esa fase de investigación y la incorpora al proceso penal. La búsqueda de la verdad como elemento esencial a la impartición de justicia hará que la investigación—inquisición— se encomiende a órganos profesionales.

En ese contexto, se ha afirmado que debe abandonarse tal esquema —propio del proceso inquisitivo— y buscar el equilibrio entre las partes también en la fase de investigación previa del delito. La vuelta a un “proceso de partes” propio de los sistemas acusatorios representaría el retorno a un proceso con plena igualdad de armas procesales. Esta argumentación, sin embargo, a nuestro juicio pasa por alto dos realidades: primero, que en todos los llamados procesos acusatorios existe una fase de investigación; y segundo, que el hecho de encomendar la fase de investigación a un órgano no judicial no necesariamente hace el proceso “más acusatorio” ni más igualitario.

En relación con el primero de esos aspectos, quienes defienden a ultranza los llamados sistemas acusatorios “puros” a veces pierden de vista que todo sistema penal contemporáneo ha desarrollado un rasgo esencial del proceso inquisitivo: la investigación del delito como responsabilidad pública, que actualmente corresponde al Estado en tanto que garante de la seguridad de los ciudadanos. Es más, una vez superada la concepción de los derechos fundamentales como derecho

⁴⁷ *Vid.* supra punto II, “Rasgos fundamentales del proceso inquisitivo” y la bibliografía allí citada.

a que el Estado no interfiera en la esfera individual, el propio TEDH ha declarado expresamente que los principios del estado de derecho imponen al Estado la obligación de adoptar medidas apropiadas para proteger a los ciudadanos frente a la inseguridad.⁴⁸ Superados los métodos cruentos e inadmisibles del proceso inquisitivo medieval, pervive en la época moderna, sin embargo, la idea de que un órgano público ha de recabar las pruebas —así como procesarlas, estudiarlas, analizarlas y contrastarlas—, con el fin de realizar una reconstrucción, o aproximación, de los hechos y decidir si existen suficientes elementos para someter a juicio a un determinado ciudadano. La investigación por parte de órganos del Estado es un rasgo netamente inquisitivo que se encuentra presente tanto en los procesos que se enmarcan dentro del *adversary system* —aunque con diferente alcance en cuanto a la búsqueda de la verdad— como en los demás sistemas denominados acusatorios mixtos.

Por lo que se refiere a nuestro sistema de justicia penal, se ha asumido con plena naturalidad su calificación como acusatorio mixto, porque la primera fase de investigación presenta elementos inquisitivos, mientras que el juicio oral se adecua al modelo acusatorio. Pero esa calificación suscita algunos interrogantes: en los sistemas que se denominan acusatorios puros, ¿no hay una fase previa de investigación del hecho delictivo? Y, por otra parte, el devenir de la respuesta ante la criminalidad, ¿no sigue un *iter* semejante, conforme al cual, ante una *notitia criminis*, se investiga, se valora la suficiencia de la prueba para sostener la acusación, se formula acusación y se celebra el juicio? Si cualquier juicio requiere previamente una investigación —más o menos extensa— del hecho delictivo, en todos los procesos penales pervive una de las notas más características del sistema inquisitivo. Esta afirmación no se ve desvirtuada por el hecho de que la investigación previa se centre fundamentalmente en la búsqueda de elementos incriminadores.

En relación con el segundo de los aspectos antes mencionados, es preciso hacer notar que, frente a la afirmación del párrafo precedente, se argumenta que en los procesos llamados acusatorios la fase de investigación previa se encuentra fuera del proceso penal: no se encomienda a un juez y en ella no se preconstituye prueba. A mi juicio, sin embargo, un sistema no es menos inquisitivo o más acusatorio porque la investigación del hecho delictivo por parte del Estado se regule fuera o dentro del proceso: en ambos casos existe un ciudadano —sospechoso— cuyas conductas son investigadas y que se ve sometido a la potente maquinaria del Estado. ¿Qué diferencia existe por el hecho de que la investigación se realice por la policía con carácter previo a la iniciación formal del proceso

⁴⁸ Sentencia TEDH, *Osman v. United Kingdom*, de 28 de octubre de 1998.

penal, o bien por la misma policía bajo la dirección de un juez de instrucción una vez iniciado el proceso penal? ¿No se persigue en ambos casos la misma finalidad de esclarecimiento del hecho delictivo? El hecho de que la investigación del delito sea efectuada por la policía, por la policía bajo la dirección del Ministerio Fiscal o por la policía bajo la dirección del juez de instrucción,⁴⁹ no altera el carácter de esa investigación encaminada a la averiguación de los hechos, y por ello no sería correcto calificar a la última de inquisitiva y a las demás con otros adjetivos, pues en esencia cumplen la misma función.

Con lo anterior quiero subrayar que la presencia o ausencia del juez de instrucción —como ya se ha indicado— no hace a la fase de investigación más o menos inquisitiva. Es más, en el desarrollo de la investigación criminal, desde la perspectiva de la capacidad de intromisión estatal en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos, siempre será una garantía adicional que esa actividad esté sometida al control de un órgano judicial independiente. Lo que algunos tildan ahora de inquisitivo —en el sentido de retrógrado o carente de garantías— por el hecho de que un juez dirige la instrucción no es sino un *plus* de protección para los derechos de los ciudadanos: la presencia de un juez actuará como control para que el poder ejecutivo, a través de los órganos de seguridad y haciendo uso de los mecanismos de investigación criminal, no infrinja la legalidad. En otras palabras, la presencia de un juez es siempre una garantía frente al riesgo de abusos en la investigación de los ciudadanos en tanto que sospechosos de haber cometido un hecho delictivo. Y, por otro lado, la intervención de una autoridad objetiva —ya sea el juez o el ministerio público— responsable de averiguar los hechos, tanto los favorables como los desfavorables a la acusación, contribuye a dotar de igualdad a la fase previa al juicio. Los sistemas adversariales en los que la fase de investigación se desarrolla entre partes poseen una desventaja: la parte con mayores medios para averiguar la verdad de los hechos se limita a investigar los hechos que apoyen la acusación y no aquellos que sirvan para exculpar al acusado. La consecuencia es que esos sistemas tienen una clara inclinación a favorecer la falta de igualdad en la fase previa al juicio.⁵⁰

Puede argumentarse, en fin, que en los *adversary system* la fase previa no es inquisitiva porque se trata de un proceso de partes: cada parte asume la búsqueda de las pruebas que sostengan las respectivas posiciones, por un lado la acusación

⁴⁹ Acerca de la estructura de la fase de investigación de los hechos delictivos en los sistemas de justicia penal en los países miembros de la Unión Europea, Vid. J.M. JEHLÉ y M. WADE, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Heidelberg, 2006. En particular sobre las relaciones entre el Ministerio Fiscal y la policía judicial, Vid. en ese mismo volumen M. WADE, "The Power to Decide – Prosecutorial Control, Diversión and Punishment in European Criminal Justice Systems today", pp. 27-126, pp. 41-52.

⁵⁰ Es lo que J.H. LANGBEIN denomina el "truth deficit" del sistema adversarial, en *The origins of adversarial criminal trial*, *Op. cit.*, pp. 331-332.

y por otro lado el acusado o sospechoso. Al no existir una autoridad *supra partes* como un juez de instrucción, la investigación es asunto de partes y, por tanto, se desarrolla en condiciones de igualdad. Es cierto que históricamente ese modelo impidió que el juez de instrucción asumiera métodos de presión sobre el acusado para obtener la prueba: no había un juez con poder casi omnímodo que ejerciera los mecanismos de presión sobre el acusado. En tal sentido, el *adversary system* era sin duda más inmune frente a ciertos abusos de poder en la fase previa al juicio. Ahora bien, desde el momento en que la investigación de los hechos y la recopilación de las pruebas se encomienda a órganos públicos profesionales —como son las unidades especiales de policía, sea cual sea la denominación que reciben en cada ordenamiento jurídico— el esquema del originario proceso de partes cambia. Es cierto que la fase previa al juicio sigue ajustándose al proceso de partes, pero ya no puede sostenerse que el enfrentamiento entre ambas partes se efectúa en condiciones de igualdad: el apoyo que recibe la acusación del aparato policial no es equiparable al que pueda recibir el acusado. Esto da lugar a que en la práctica se generen enormes desigualdades, que no siempre logran verse equilibradas por la asistencia letrada que dirige la defensa del acusado. Ante esa situación, cabe preguntarse si es mejor encomendar la investigación a un sujeto que actúe a favor de la acusación y del acusado —ya sea el ministerio público o un juez de instrucción— o si resulta oportuno seguir confiando en el equilibrio entre acusación y defensa en la fase de investigación. ¿Sería preferible que el Ministerio Fiscal se limitara a buscar elementos incriminatorios y la defensa buscara las pruebas exculpatorias? Desde nuestra óptica, la respuesta de un acusado sin recursos económicos es fácilmente imaginable.

b) Superar el debate acusatorio versus inquisitivo: claves para un análisis de la instrucción penal

192

De lo anterior puede concluirse que en todo sistema de justicia penal calificado de acusatorio existe una fase de investigación oficial del hecho delictivo y por tanto —a salvo de los debidos matices— está presente un elemento inquisitivo. La pregunta que se sigue naturalmente de ello es si continúa siendo adecuado denominar acusatorios puros a aquellos sistemas en los que la investigación la realiza la policía, y acusatorios mixtos a aquellos en los que esa investigación la realiza la policía, aunque bajo la coordinación del juez.

A mi entender, para calificar un sistema de justicia penal lo verdaderamente relevante no es quién realiza la investigación: ésta es en todo ordenamiento jurídico función de la policía, la cual tiene los recursos humanos y materiales para ello, conoce el entorno de la criminalidad, posee las bases de información

y domina los métodos de investigación criminal. Lo decisivo es que la actuación policial esté sometida a control externo. Si ante la *notitia criminis* dirige la investigación la policía hasta que posea pruebas suficientes que sostengan la acusación; o si la policía desde un inicio es controlada por un órgano público encargado de hacer cumplir la política criminal; o si la policía es controlada por un órgano independiente, todas ellas son soluciones que encontramos en diversos ordenamientos jurídicos y, en principio, aceptables cada una dentro de su contexto. Nuestro ordenamiento jurídico, por influencia del Código Napoleónico, asumió la opción de que un órgano judicial interviniera desde el principio en el esclarecimiento de los hechos delictivos, y con el tiempo ha ido adaptando esa investigación a la concepción actual de los derechos fundamentales y las garantías procesales.

Pienso que el debate actual debe centrarse no tanto en la figura del juez de instrucción, o en la conveniencia de su sustitución, cuanto principalmente en buscar soluciones a las siguientes cuestiones.

1) *El control sobre los presupuestos que justifican iniciar la investigación.* Con independencia de que la investigación la inicie un órgano u otro, lo importante para la protección de los ciudadanos es que el aparato estatal sea utilizado para el esclarecimiento de hechos delictivos y no para otros fines no legítimos. Debe articularse adecuadamente un equilibrio de poderes, de tal manera que el Estado vele por la seguridad de los ciudadanos y dé una respuesta eficaz ante la criminalidad, al mismo tiempo que se garantice la libertad del ciudadano frente al uso abusivo del proceso penal por parte del poder. Para ello ha de existir un cauce para controlar que la investigación sólo se dirige frente a un ciudadano, una vez que concurren determinados indicios delictivos. Lo contrario incrementaría los riesgos de inquisiciones generales,⁵¹ las cuales, como ha demostrado la historia, son notablemente lesivas para las libertades individuales.

Igualmente, el control debe dirigirse a evitar áreas o supuestos de impunidad: es decir, que, concurriendo indicios suficientes, no se inicie la investigación de los hechos delictivos. A este propósito, cada sistema puede optar por un mayor o menor margen de discrecionalidad, pero, en todo caso, debe articularse el mecanismo adecuado que controle si tal discrecionalidad se utiliza o no dentro de los márgenes admitidos. El sistema español es en este punto, a mi juicio, un exponente magnífico de juego de equilibrios, de *checks and balances* en el ámbito procesal: en la iniciación de la investigación penal intervienen —o pueden intervenir— el juez de instrucción, el Ministerio Fiscal, el ofendido y cualquier

⁵¹ Acerca de los presupuestos para la iniciación de un proceso penal y la prohibición de inquisiciones generales, *Vid.* la STC 41/1998, de 24 de febrero (asunto Juan Guerra).

ciudadano que actúe la acción popular. Ello permite un contrapeso de poderes y un control mutuo de las actuaciones de cada uno por parte de los demás, que produce como resultado un eficaz control de la incoación del proceso penal. Quizás pueda criticarse esta estructura desde la óptica de la eficacia, pero dudo mucho que quepa plantear objeciones desde la perspectiva de las garantías y del control mutuo de cada uno de los sujetos que intervienen en el proceso penal.⁵²

2) *Quién debe vigilar que las medidas de investigación son lícitas y proporcionales en cada caso.* Existe un amplio consenso acerca de que las medidas de investigación que inciden en la esfera de los derechos fundamentales de los ciudadanos deben estar sometidas a control judicial. Pero, no ha de perderse de vista que la mayoría de las medidas de investigación policial afectan de una manera u otra a los derechos fundamentales de un individuo, por lo que, en principio, parece que la posición más garantista debería abogar a favor de la presencia de un juez en toda la fase de investigación. Esto, a su vez, plantea el interrogante de cuál es la mejor solución: ¿la que prevé el control por parte de un juez de garantías ajeno a la investigación, o la que encomienda la investigación a un juez de instrucción? No es el caso entrar aquí en el intenso debate acerca de quién debe dirigir la investigación,⁵³ o analizar a fondo la cuestión de si el mismo juez que asume la función de esclarecimiento del hecho delictivo es el más adecuado para validar las medidas que restringen los derechos fundamentales de los sujetos investigados. Basta apuntar que se trata de materias que no pueden soslayarse en una futura reforma del sistema de justicia penal en España. En todo caso, creo importante señalar que no considero un argumento válido aludir sin más a las soluciones adoptadas por otros ordenamientos jurídicos que han optado por abolir la figura del juez de instrucción. Entre otras razones porque en algunos ordenamientos —como el inglés desde finales de los años 1980— se han sucedido los debates acerca de la conveniencia de implantar la figura del *investigating* o *examining judge* en su sistema de justicia penal, con el fin de incrementar el control de la investigación.⁵⁴

194

3) *Cómo garantizar la máxima eficacia de la investigación.* El desarrollo eficaz de la fase de investigación del delito depende de la existencia de profesionales con suficientes medios materiales y capacidad para buscar elementos probatorios, que eviten la desaparición de pruebas o que éstas pierdan su eficacia probatoria. La policía judicial necesita contar con un alto grado de cualificación

⁵² Los problemas de control en nuestro sistema no se encuentran en la fase judicial, sino quizás en la fase previa a la judicialización de la investigación, que, a mi juicio, debería ser regulada con detalle.

⁵³ *Vid.* al respecto la bibliografía citada en la nota No. 42.

⁵⁴ R. VOGLER, *Op. cit.*, p. 154.

profesional y un marco normativo completo que defina cuáles son las actuaciones concretas que les corresponde realizar en el ámbito de una investigación penal. Por otro lado, su formación debe abarcar no sólo los conocimientos de criminología y de ciencia forense. Es preciso también, para el correcto funcionamiento del sistema, que sean conocedores de los límites de actuación y la relevancia de operar dentro del marco de los derechos fundamentales, de manera que no se invaliden elementos de prueba.

4) *El valor probatorio que se otorga a esas actuaciones realizadas en la fase de instrucción sin contradicción.* A mi juicio éste es uno de los puntos cruciales en el diseño de cualquier proceso penal para que logre ser respetuoso con el derecho de defensa y la igualdad de armas. Si las pruebas obtenidas en la fase de instrucción tuvieran pleno valor probatorio, el juicio consistiría meramente en una ratificación de las mismas, con una radical quiebra del principio de igualdad y del derecho de defensa. Así sucedía en el proceso inquisitivo. Por ello, un juicio oral que sea plenamente contradictorio en cuanto a su configuración externa, si queda reducido a la discusión sobre las pruebas obtenidas en la fase de instrucción de manera no contradictoria, no sólo rompe con el principio de igualdad, sino que además se rompe el principio de inmediación.

A este respecto, la finalidad de preservar la igualdad y el significado del debate contradictorio como momento de la práctica de la prueba puede alcanzarse adoptando una de las siguientes soluciones: bien transformar la fase de instrucción en contradictoria, o bien restar valor probatorio a lo actuado en la fase de investigación previa al juicio. Esta segunda opción es la que se sigue en sistemas como el español, el italiano o el inglés. Establecer un sistema contradictorio en fase de instrucción no siempre resulta factible: primero, porque no siempre existen dos partes, y segundo, porque el fin del esclarecimiento del hecho delictivo impide que la parte investigada tenga conocimiento de todas y cada una de las actuaciones. Además, puede citarse aquí el argumento de ALONSO MARTÍNEZ, quien reconocía que la igualdad plena en la fase inicial del proceso es difícil de establecer, porque en la investigación del hecho delictivo se parte de una situación desigual, pues una parte —el presunto autor— conoce cómo se sucedieron los hechos y la otra no.⁵⁵ Ello no impide que aquellas actuaciones que se practiquen de manera contradictoria con todas las garantías, como el interrogatorio de testigos, puedan adquirir valor probatorio a efectos de la condena, si no pueden reproducirse en el juicio oral. Por otro lado, todo sistema

⁵⁵ Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882: "Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable."

que aspire al máximo de garantías debe facilitar que el imputado participe y sea informado cuanto antes de todas aquellas actuaciones que no pongan en peligro el fin de la investigación. Y en todo caso, habrá de darse al acusado la oportunidad de aportar hechos y elementos de prueba en su descargo, ya sea a través de sus abogados —en el sistema de *common law*— o a través del órgano público encargado de la investigación.

6. Conclusiones

Los conceptos jurídicos son útiles, sobre todo, si existe un consenso en cuanto a su significado. De lo contrario, pueden inducir a confusión entre los diversos interlocutores. El término “acusatorio” es entendido a veces en un sentido muy concreto, como prohibición de acumulación de las funciones de instruir, acusar y juzgar en un mismo órgano, y otras veces en un sentido amplísimo, para hacer referencia al proceso penal con todas las garantías. En los párrafos precedentes hemos intentado explicar las razones por las cuales la frecuente identificación de lo “acusatorio” con el ideal procesal, y lo “inquisitivo” con todo lo negativo en el proceso, no sólo es reduccionista, sino también incorrecta. Además de ello, hemos visto cómo en todo sistema de justicia penal —occidental— conviven elementos que caracterizaron o surgieron con el proceso inquisitivo y elementos que se han dado en llamar acusatorios. Por ello, considero que centrar el debate en la caracterización de esos dos modelos ha perdido gran parte de su utilidad, al menos como eje sobre el cual —se afirma— habrían de articularse las reformas de la justicia penal en el ámbito de las democracias occidentales.

En un momento en el que los convenios internacionales, los textos constitucionales y la doctrina de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, han logrado una amplia comprensión del significado de las garantías procesales, y específicamente de las garantías que han de respetarse en el proceso penal, tiene ya probablemente poco interés recurrir al término “acusatorio” como icono de todos los avances. Coincido en esto con MONTERO, quien califica el término “acusatorio” como “eslogan político”,⁵⁶ y con GÓMEZ COLOMER, cuando pone de relieve cómo una común concepción de las garantías hace que los diferentes modelos procesales no difieran sustancialmente.⁵⁷ Quizás haya llegado el momento de desmitificar el concepto de “acusatorio” como paradigma de la *fairness* y de la igualdad.

⁵⁶ J. MONTERO AROCA, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal...”, *Op. cit.*, pp. 64-66.

⁵⁷ J.L. GÓMEZ COLOMER, *Op. cit.*, p. 72.

La historia proporciona numerosos ejemplos que atestiguan que no todos los procesos acusatorios merecen ser idealizados. En ocasiones esos procesos convivieron con sistemas irracionales de prueba, e incluso con el uso de la tortura;⁵⁸ en otras ocasiones dieron lugar al “linchamiento” público de un ciudadano a manos de sus vecinos, convertidos en miembros de un jurado; el juicio basado en la confrontación oral entre las partes no pocas veces se convierte en una mera puesta en escena en la que los abogados recurren a técnicas propias de la representación teatral o de manipulación psicológica más que a sólidos argumentos jurídicos; por no recordar los fallos abiertamente discriminatorios contra ciudadanos afroamericanos que surgieron de procesos formados por jurados y que se desarrollaron formalmente con respeto a todos los principios que caracterizan el proceso acusatorio en los Estados Unidos. Es preciso reconocer que un proceso “de partes”, si bien es más inmune frente a posibles abusos por parte del poder estatal, también entraña grandes riesgos en cuanto a la igualdad entre las partes, pues sólo aquella que cuente con un experimentado abogado y los recursos para contrapesar la investigación de la acusación pública podrá equilibrar los términos del debate. El famoso juicio de O.J. Simpson, claro exponente de los desequilibrios de un proceso estrictamente de partes, ha evidenciado los defectos del sistema adversarial norteamericano.⁵⁹

En la búsqueda de soluciones hacia un proceso penal justo y eficaz, partiendo del consenso sobre la garantía de la imparcialidad, creo que ha llegado la hora de superar la dicotomía “acusatorio” *versus* “inquisitivo”. A mi juicio, el estudio será mucho más fructífero si se analizan los diversos mecanismos a través de los cuales se articulan las garantías del proceso penal en los diferentes procesos “acusatorios”; en concreto, a través del análisis de: 1) cómo se actúa la división entre las funciones de investigar, acusar y juzgar; 2) cómo se equilibran los poderes de cada una de las partes que intervienen en el proceso penal;⁶⁰ 3) a quién se atribuye la responsabilidad de decidir la iniciación de la investigación y, en su caso, apertura del juicio oral; o 4) cómo se canalizan y controlan las soluciones negociadas o de conformidad en el proceso penal; y 5) cómo se cumplen las garantías de defensa del acusado, dentro de un marco de protección a la víctima.

El análisis del proceso penal debe acudir al derecho comparado, cada vez más relevante en un espacio jurídico europeo en el que se aprecian las ventajas de un

⁵⁸ Entre los años 1540 y 1640 en Inglaterra también se recurrió a la tortura en el proceso penal, si bien de ordinario limitada a casos de delitos de traición; *Vid.* J.H. LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime*, *Op. cit.*, pp. 81-128.

⁵⁹ *Vid.* R. VOGLER, *Op. cit.*, pp. 154-155.

⁶⁰ Acerca de ese contrapeso constitucional de poderes referido a la figura del acusador, *Vid.* el excelente trabajo de L.M. DIEZ-PICAZO, *El poder de acusar*, Barcelona, 2000.

proceso de armonización de sistemas y garantías procesales. Pero, sin duda, lo verdaderamente relevante para avanzar en el diseño de un proceso penal es partir de una profunda comprensión de cómo ha de configurarse el equilibrio entre dos elementos: de un lado, la protección del ciudadano frente al Estado y el respeto a los derechos fundamentales; y de otro, la eficacia en la represión de la criminalidad y la adecuada protección de la víctima. Frente a quienes demonizan el proceso denominado acusatorio mixto por no ser suficientemente “acusatorio”, son ilustrativas las palabras de un autor como LANGBEIN,⁶¹ con un gran conocimiento actual e histórico tanto del proceso penal del *common law* como del proceso continental europeo. Indica este autor que un proceso técnicamente muy superior al acusatorio medieval, como era el inquisitivo, se hizo, sin embargo, digno del desprecio que recibió por parte de los juristas ingleses, debido a la utilización de la tortura en el mismo. Pero si, con el tiempo, fundamentalmente a lo largo del siglo XIX, ese proceso surgido del derecho romano-canónico fue superando los defectos que lo hacían indigno de ser emulado, el proceso adversarial mantiene uno de las principales deficiencias que lo caracterizan desde el siglo XVIII: la falta de un sistema objetivo de búsqueda de la verdad en la fase previa al juicio, “the failure to develop institutions and procedures of criminal investigation and trial that would be responsible for and capable of seeking the truth”. ■

⁶¹ Vid. J.H. LANGBEIN, *The Origins of Adversarial Criminal Trial*, *Op. cit.*, pp. 342-343.