

SOBRE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y LA DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN OFICIAL DEL DELITO*

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia

Sumario: 1. Introducción. 2. La idea de imparcialidad en el liberalismo político. 3. El concepto de imparcialidad en la Constitución Española. A) El punto de partida. B) El advenimiento de la imparcialidad del juez. C) La definición constitucional de la imparcialidad del Juez. D) La casuística de la imparcialidad. a) La regla de oro de la imparcialidad. b) Excurso: las zonas de confusión. E) Imparcialidad del juez y proceso penal. 4. ¿Juez de Instrucción o Juez de Garantías? A) La inconsistencia del diseño del Juez de Instrucción. B) Mirar a otro lado. C) El problema de la investigación del Ministerio Público. 5. Epílogo: ideales e ilusiones. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

El problema sobre el que versa este debate es, exactamente, el de determinar quién ha de dirigir la investigación oficial en el proceso penal: si el Juez a quien compete adoptar las medidas pertinentes para asegurar la correcta celebración del juicio, un Juez distinto o el Ministerio Público.

A partir de ese planteamiento, abordar el tema desde la perspectiva de la imparcialidad del Juez es hacerlo de un modo *radical*, no en el sentido de adoptar ninguna clase de ideología extrema, sino en el de afrontarlo desde sus más profundas raíces. De ese modo, si se concluye que la imparcialidad judicial impide

ya, por sí misma, atribuir a un Juez la dirección de la investigación oficial, habría de llegarse a la conclusión de que hay que atribuírsela al Ministerio Público, aunque para ello hubiera de sortearse un cúmulo de dificultades teóricas y prácticas.

Solamente si así no fuere, quedaría abierto el problema de si cabe reunir en un mismo instituto (el Juez de Instrucción, tal como, a fecha de hoy, se halla configurado) las condiciones de Juez de Garantías y director de la investigación oficial. De la respuesta que se diese a este segundo problema habría de llegarse a la conclusión de si cabe dejar el proceso penal tal como está o, por el contrario, es absolutamente necesaria la reforma.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «La libertad como proyecto de convivencia: fundamentación y crisis» del Ministerio de Educación y Ciencia (N° ref. SEJ 2005-0380).

Me propongo defender esa última tesis, la de que la reforma es absolutamente necesaria, en el Estado constitucional en que teóricamente al menos, queremos vivir, no porque crea que esa posición esté libre de objeciones o que no haya razones para defender la contraria; sino sólo porque, al menos provisionalmente, creo que es la mejor fundada. Trataré de expresar, pues, por qué lo creo así, aunque exponiendo solamente al efecto los argumentos más básicos que sustentan la posición que adopto.

He de advertir, no obstante, que en este tema, aparentemente técnico, se trata —como más adelante se mostrará— del fundamento último de nuestra forma de organización política, de modo que, aparte de los intereses concretos ligados a una u otra solución, se hallan comprometidas, en cualquiera de ellas, concepciones globales acerca de cómo ha de organizarse políticamente la sociedad. Cuando eso sucede no hay ningún argumento que tenga un poder de convicción absoluto. Es más: me atrevería a decir que, a menudo, en esos temas nada convence menos que un buen argumento.

Dicho esto, el punto de partida de la posición que quiero defender lo constituye la concepción de la imparcialidad del *liberalismo político*, tal y como la ha expuesto J. Rawls y la constelación de pensadores que han reflexionado acerca de sus ideas: Scanlon, Dworkin, Nagel, Hart, Nussbaum, Habermas, etc., etc. Expreso, con ello, mi convicción (discutible) de que el núcleo de esa propuesta política se halla bien fundado. No voy a definirlo, pues basta para mi propósito remitir al sentido usual de la expresión “imparcialidad” y a la bibliografía que cito, dado que la característica más relevante de la concepción de la imparcialidad del *liberalismo político* es, desde mi punto de vista, la de que hunde sus raíces —o, al menos, pretende hacerlo— en las ideas del sentido común al respecto. No trataré, pues, de defender aquí la concepción liberal de la imparcialidad; sino que dejo a quienes la han expresado esa carga.

Comenzaré la exposición de mi argumento intentando precisar, más allá de lo que acaba de apuntarse, cuál es concretamente la idea

de imparcialidad que asumo, qué importancia tiene y qué dificultades comporta su realización.

En segundo lugar, a partir de esa base, argumentaré alrededor de la idea de imparcialidad del juez en la Constitución Española y en el Convenio de Roma, tratando de establecer tanto las notas conceptuales con las que se la ha caracterizado cuanto los límites de la realización de ese concepto.

Después, intentaré razonar acerca de si es conveniente, útil o necesario, al menos teóricamente hablando, dar los dos pasos que algunos proponen: desvincular la dirección de la investigación oficial y convertir al Juez de Instrucción en Juez de Garantías y atribuirla al Ministerio Público. Finalmente, expondré las conclusiones que provisionalmente obtenga a modo de Epílogo.

Una última advertencia previa: ni me propongo, ni me sería posible, tratar ninguno de los apartados a que acabo de referirme de modo exhaustivo. Lo haré, por tanto, sólo como un primer avance de una discusión que, sin duda, habrá de continuar y que estará viva, quizás, muchos años.

2. LA IDEA DE IMPARCIALIDAD EN EL LIBERALISMO POLÍTICO

Antes de comenzar la exposición del modo de concebir la imparcialidad que propondre querría hacer tres precisiones.

La *primera* es que, en muchísima mayor medida que lo hace Rawls al desarrollar su concepción del liberalismo político, voy a “dejar descansar” la filosofía en mi exposición, de modo que procuraré atenerme, al expresar mis ideas, al *uso común del lenguaje y al sentido común*, por más que procedan de las tradiciones de pensamiento concreto que he señalado como punto de partida, pues no me dirijo a una comunidad de filósofos sino a una de juristas.

La *segunda* precisión que he de hacer es que la idea de imparcialidad que voy a defender

tiene la pretensión —característica del liberalismo político— de que puede ser aceptada desde cualquier perspectiva *razonable*, es decir, por cualquier posición que argumente en términos de *razón pública*, o sea, en términos pertenecientes al ámbito de lo político que quepa esperar que puedan ser aceptados por todos los individuos que participan de una cultura que confiere una dimensión propia e independiente a dicho ámbito.

Con eso, prescindo deliberadamente de la referencia al nacimiento en una sociedad determinada, que Rawls intenta justificar por exigencias conceptuales y que, aún en esos términos, me resulta particularmente odiosa; pero subrayo el hecho de que no pretendo que mi modo de concebir la imparcialidad, por elemental que llegue a parecer a algunos, pueda ser aceptado por todos: así, v.g. quienes no reconozcan un ámbito de lo político separado de las propias convicciones de *tipo religioso* (es decir, no sólo estrictamente religiosas, sino todas la que comporten convicciones íntimas globales determinantes de la idea de justicia y exigibles coactivamente a los demás) no podrán aceptar la concepción de imparcialidad que propongo, porque no admiten la idea de una justicia pública basada en razones. Con ello, los límites de la aceptabilidad no se refieren especialmente al ámbito de los emigrantes (cosa que, por otra parte, resulta inadmisibles —especialmente desde EEUU— presuponer).

La *tercera* precisión —que se halla implícita en cuanto llevo dicho— es la de que no voy a ofrecer sino un *esbozo peculiar* del núcleo de ideas acerca de la imparcialidad procedentes de la constelación de pensadores a los que me he referido en las consideraciones introductorias. Peculiar, porque mi objetivo es sólo establecer las ideas más básicas, de las que depende la configuración conceptual de la idea de imparcialidad de los Jueces y Tribunales en el Estado Constitucional.

Esto sentado, la idea de “sentido común” de la imparcialidad que, como he destacado antes, es el punto de partida de la del liberalismo político, se sustenta en algunas premisas

aplicables a todos los participantes en la discusión política, otras que afectan sólo a quienes ocupan posiciones en instituciones dotadas de autoridad y, finalmente, otras que se refieren específicamente a los Jueces y Tribunales.

Entre las exigencias de imparcialidad que el sentido común proyecta universalmente se halla la delimitación de un *ámbito de respeto* a todos los demás. El sentido común no exige a los particulares prescindir de toda acepción de personas; pero sí de aquellas que comporten un menosprecio del otro como persona.

A la burocracia y a los jueces les es exigible, desde luego, según el sentido común, mucho más. Pero, la formulación de esas exigencias desde la perspectiva del liberalismo político, al menos en los autores a los que me he referido, tiene algunas incorrecciones, tanto por exceso como por defecto.

En parte esas incorrecciones proceden, probablemente, de las raíces mismas del Estado constitucional, que comporta una importante dosis de desconfianza hacia el Parlamento. En los Estados constitucionales, el Parlamento ya no es visto como la residencia natural de la razón pública; sino que precisan de una Constitución sustraída, en principio, a los debates ordinarios, y un “defensor” de la Constitución, esto es, un Tribunal Constitucional.

Por eso, quizás pueda decirse, en la línea de Rawls, que la razón pública cambia de sede suprema y se desplaza del Parlamento al Tribunal; pero, incluso eso, sólo como metáfora. Pues, en cualquier caso ha de hacerse una distinción clara entre la *imagen* del Tribunal como juez de la razón, tan usual en los filósofos, y el Tribunal como *institución* de un concreto sistema constitucional.

La imagen del Tribunal Supremo norteamericano como encarnación de la *razón pública* en EEUU, a la que Rawls alude es, sin duda sugerente; pero, la idea de institución que ha de regirse *sólo* por la razón pública es predicable no sólo del Tribunal Supremo, sino de todos los Jueces y Tribunales y, en general, de todo lo que, en lenguaje weberiano se denomina burocracia.

Baste reparar en cuanto, al respecto dispone el artículo 103.1 CE (que obliga a todos los “burócratas” a servir con objetividad los intereses generales), para comprender que eso es así, no sólo porque la Constitución lo diga, sino porque, según creo, no sería razonable discutirlo.

Esa idea de Rawls tiene, además del apuntado, otros inconvenientes; pero, el que me importa destacar aquí es que, a la hora de caracterizar la idea de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, no describe, ni siquiera por aproximación, los elementos que la caracterizan ni en los Estados constitucionales europeos, ni en el modelo constitucional norteamericano.

Para que la propuesta rawlsiana comience a ser mínimamente utilizable, habría que formularla en otros términos, es decir, no por referencia a todo el ámbito de la *razón pública*, sino aludiendo sólo al Derecho. El Tribunal, como institución real, no es el lugar de la razón pública, sino el lugar donde se dice el Derecho. Cuál es la extensión resultante, que esa expresión “Derecho” delimita, precisaría una discusión muy amplia, que no puedo emprender aquí; aunque sí quiero dejar constancia de que no comparto la comprensión que se desprende de las apreciaciones negativas sobre algunos aspectos del llamado “activismo” del Tribunal Supremo norteamericano, singularmente los relativos al reconocimiento de un área de privacidad básica y al desarrollo de las prohibiciones de discriminación. Ese modo de entender el Derecho, en mi opinión, le otorga un ámbito indebidamente reducido. Por mi parte, pienso que las estructuras básicas de la libertad y de la igualdad pertenecen al núcleo de lo que ha de entenderse por Derecho. Dicho de otro modo: no son sólo estructuras valorativas, sino conceptuales o definitorias de lo jurídico. Quiero insistir en esa fusión de concepto y valor, que ya he puesto de relieve en otros contextos.

Pero, no basta con lo dicho anteriormente para caracterizar la idea de imparcialidad del Juez que brota del sentido común, de la que poder derivar una propuesta más perfilada a partir del círculo de pensadores que han desa-

rollado las ideas de Rawls, es decir, del círculo de autores que he caracterizado como exponentes actuales del liberalismo político.

Al contrario, si la exposición queda ahí falta, a mi modo de ver, algo esencial: que la imparcialidad del Juez, en el sentido de que *no puede ser juez y parte*, le exige, no sólo que prescinda de sus intereses personales y que se abstenga de todo lo que no sea aplicar el Derecho, sino, además, que *no se juzgue a sí mismo*. Expresando esa idea de modo más sofisticado, podría formularse así: un juez en cuanto tal no puede enjuiciar su propia actuación, esto es, no puede ser, a la vez, *sujeto y objeto* del juicio.

De esa interdicción deriva tanto el mandato de atenerse a lo alegado y probado por las partes cuanto la prohibición de proceder de oficio. No voy a comentar aquí ni uno ni otra; pero, desde luego, han de tenerse presentes a la hora de perfilar en qué consiste la imparcialidad del juez.

Procede, a partir de lo expuesto, analizar el desarrollo que esas ideas han tenido en nuestro ordenamiento jurídico para determinar cuáles son los requerimientos conceptuales de la imparcialidad y ver si se cumplen en el caso del Juez de Instrucción.

3. EL CONCEPTO DE IMPARCIALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A) EL PUNTO DE PARTIDA

Antes de comenzar a exponer cuál es la idea del juez en la Constitución española de 1978 he de hacer algunas observaciones acerca del clima ideológico que la Constitución nació y vivió varios años. Naturalmente, voy a ser muy esquemático, y puede que un estudio concienzudo de la época rectifique en algunos detalles la versión de *participante* que voy a ofrecer; pero, hay unos hechos ciertos, que nada puede cambiar; y de ellos habrán de extraerse, en cualquier caso, conclusiones semejantes a las que ofrezco aquí.

El hecho de que la Constitución de 1978 proclame expresamente la exigencia de imparcialidad de la Administración y *nada* diga de la de los jueces parece hoy, a primera vista, sorprendente. Podría pensarse que, tal vez, se daba por sentada la imparcialidad como nota conceptual *intrínseca* del Juez; pero hechos simultáneos y posteriores muestran que eso no era así. Nadie o prácticamente nadie se hacía entonces eco de los reparos que se hacían a la configuración de los poderes del juez en la LeCrim desde su misma Exposición de Motivos (texto cuya historia no es de este lugar). Al contrario, apenas acabada la autocracia franquista, veíamos en la LeCrim una especie de texto sagrado, procedente de una época liberal, en virtud del cual, contra las pretensiones de la desaparecida dictadura, algunos derechos de los imputados habrían podido defenderse.

En cuanto a los jueces, la preocupación dominante era la de salvaguardar su *poder*, garantizando su *independencia*, entendida en un sentido tan amplio que yo mismo llegué a poner en duda la constitucionalidad del art. 5 de la LOPJ, malentendiendo la sumisión *exclusiva* al imperio de la Ley que, por entonces, me llevaba a considerar otros límites jurídicos, v.g. el establecimiento de un sistema de *stare decisis* —que hoy considero ineludible—, como ilegítimas restricciones de la “libertad interpretativa” del Juez. Ese era el espíritu de la época y remito a los textos a quienes quieran verificarlo. Frente a los abusos de la dictadura, en cuyo deber se cargaban la mayor parte de las aberraciones padecidas, la receta de aquellos tiempos era muy simple: gobierno democrático, leyes bien hechas y jueces independientes. Esa era, por otra parte la utopía común de la Europa Continental, que resultó, a la postre, una quimera.

Nada habría de decir para justificar esa afirmación respecto al *gobierno democrático* —si por él se entiende como se entendía entonces a menudo, el gobierno de la mayoría—. La definición constitucional del Estado como “Estado social y democrático de Derecho” favorece ese entendimiento, en la medida en que parece disociar la democracia del Estado de Derecho,

dando a la primera, en apariencia al menos, un sentido meramente procedimental.

Así entendido (y, desde luego, pienso que ese entendimiento *no* es correcto), el gobierno democrático —el gobierno de la mayoría— no garantiza absolutamente nada frente a los posibles abusos de esa mayoría. Eso ya lo sabía perfectamente Aristóteles y deberíamos haberlo aprendido nosotros, pues es una historia que se halla —como acabo de poner de manifiesto— en los orígenes mismos del Estado constitucional; pero no lo hicimos.

En cuanto a la segunda prescripción —la de las leyes bien hechas— debería habernos hecho reflexionar la circunstancia —nada casual— de que las leyes fuesen cada vez técnicamente peores, las interpretaciones más dispares y, en consecuencia, la seguridad jurídica no creciese, sino que, progresivamente, fuese menguando.

Esa situación, tan dañosa para el Estado de Derecho, tiene una multitud de *causas*, que en muchos otros lugares he denunciado y seguiré denunciando cuantas veces pueda. Sólo quiero, al respecto, recordar una vez más aquí que *el abuso* del Derecho Penal (al que tan abocada está nuestra época) es una de ellas, pues da lugar a una legislación desmesurada y nefasta. Y que se abusa del Derecho Penal *cada vez* que se emplea para conseguir fines que pueden conseguirse por medios menos gravosos, cosa que sucede mucho más a menudo de lo que debiera.

Pero, por encima del análisis causal, me importa poner de relieve que, en mi opinión, estábamos *conceptualmente equivocados* al esperar del *texto* de la ley, dejado a la libre interpretación de los “teóricos” y de los “prácticos del derecho”, es decir, de Jueces y Fiscales, abogados y profesores, un *significado uniforme*. Pues el significado de una regla no puede conocerse sin conocer la práctica que la aplica. Por lo tanto —como ha dejado claro el TEDH en una jurisprudencia ya copiosa— las exigencias de seguridad jurídica imponen límites a la libertad interpretativa en materia penal, por razones obvias de previsibilidad.

Por último, la independencia de los jueces es, desde luego, *absolutamente* necesaria aunque

resulte imposible garantizarla *absolutamente*. Es, al menos en todos los procesos en los que se ventilan potestades públicas —entre ellos, como es obvio, el penal— un *requisito* de la imparcialidad; pero, no basta, ni para garantizar la imparcialidad ni, menos aún, para garantizar la sumisión al Derecho, sobre todo si se une a la posibilidad de interpretar libremente sus normas. Como con toda razón señala Wittgenstein, si el sentido de una regla se deja a la libre interpretación de los que han de aplicarla, entonces todo puede hacerse concordar o discordar con ella y, por lo tanto, la regla como tal desaparece.

En tal caso, la *potestad* jurídica de juzgar, no sometida a norma alguna, puede convertirse en un *poder desnudo* ese “poder de los jueces, tan terrible” que, en el esquema de Montesquieu, había que limitar.

Mas, aún dejando aparte la patología, el poder sobredimensionado de los jueces proyecta sombras de sospecha sobre el proceso penal; pues, en definitiva, en él, en el proceso penal, se enfrentan el poder punitivo del Estado (que se ejerce a través de los jueces) con los derechos fundamentales del ciudadano, de tal modo que cualquier poder concedido a los jueces que exceda las facultades de un árbitro constituye, *objetivamente*, una merma de *derechos* para el imputado (aunque le abra otras posibilidades de las que más vale no hablar pues ni son derechos, ni son de derecho).

Desde Beccaria, sabíamos cual era la misión del Juez en el proceso penal; o, por decirlo mejor, por qué el ejercicio de la potestad punitiva reviste la forma de un proceso, a saber: para garantizar la *imparcialidad* de ese ejercicio. Recuérdense sus palabras:

“El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar, cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en *dos partes*: una representada por el soberano que afirma la violación del Derecho y otra por el acusado que la niega. Es, pues, necesario, que un *tercero* juzgue de la verdad del hecho”

Esa condición de *tercero*, de ajeno al litigio, que ya en la concepción de la imparcialidad del sentido común se atribuye al juez, es la causa que determina que la violación de la regla de imparcialidad por su parte parezca, “a los ojos de la justicia y de la razón, incluso criminal”, como dijera Bentham: pues cuando el juez se desvía de la regla de la imparcialidad, se convierte en parte y utiliza sus poderes de juez al servicio de su ilegítima posición de parte, desequilibra la balanza de la justicia.

Todo eso se sabía —lo sabíamos— en aquella época; pero, por las razones que acaban de exponerse —que nada justifican, aunque expliquen por qué ocurrió— o lo relegamos a un segundo plano o quedó completamente olvidado.

B) EL ADVENIMIENTO DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Hasta tal punto la imparcialidad del juez fué reducida al olvido y a la insignificancia que la LO 10/1980, de 11 de Noviembre, atribuía a un mismo órgano judicial tanto la “instrucción” (esto es, la dirección de la investigación oficial y la garantía de los derechos durante su transcurso) como el enjuiciamiento y fallo.

Lo que sucedió ulteriormente no fue, sin embargo, que la imparcialidad objetiva del Juez saliera del olvido y ocupara la escena, recuperándose, así, retazos de una buena y vieja tradición. Aunque, en efecto, algo de eso hubo, en términos generales puede afirmarse que, si esa tradición existía, era en el ámbito de los procesos privados: en los procesos públicos, en realidad, apenas había adquirido carta de naturaleza.

De modo que, si entró en España fue, de la mano del TEDH y gracias a cuanto dispone el artículo 10.2 de la CE, que obliga a interpretar los derechos fundamentales según el Convenio de Roma.

En efecto, en el caso Piersack —STEDH de 1 de octubre de 1982— (participación indirecta de un miembro del Tribunal en la instrucción, en concepto de sustituto de Pro-

curador del Rey), ya quedó claro que instruir un caso y fallarlo son dos actividades incompatibles.

Pero, es en el caso De Cubber (STEDH de 26 de octubre de 1984, *Tol 168780*) donde esa doctrina se reitera, específicamente para el Juez Instructor.

Conceptualmente, vale la pena destacar que, en ese asunto el gobierno belga adujo que, en su país, un juez investigador es completamente independiente en el cumplimiento de sus deberes; que, a diferencia de los ayudantes del Procurador del Rey, no tiene el estatuto de parte en el procedimiento penal; que el objeto de su actividad no es “establecer la culpabilidad” de ningún imputado, sino “reunir de modo imparcial pruebas, tanto a favor como en contra del acusado”, manteniendo entretanto “una justa ponderación entre acusación y defensa”, pues nunca deja de ser un juez; y, finalmente, que no toma ninguna decisión respecto a la remisión del acusado a juicio, sino que se limita a presentar a la cámara del consejo, de la que no forma parte, informes objetivos acerca del estado de las investigaciones preliminares sin expresar ninguna opinión propia (número 28).

Pese a lo cual, el Tribunal decidió que un juez que ha actuado en el caso como investigador suscita dudas justificadas sobre su imparcialidad (números 29 y 30).

La recepción, en sede constitucional, de la doctrina del TEDH no se hizo esperar demasiado.

Así, ya en la STC 113/1987 (*Tol 79853*), de tres de julio, se deniega el amparo frente a la sentencia condenatoria de un Juez de Instrucción como “consecuencia de la inexistencia de una real acumulación de las funciones de instructor y Juez sentenciador, puesto que no fue juzgada ni condenada por el Juez que tuvo a su cargo las actuaciones de la causa” (Fj. 4). Pero, fue ulteriormente, en la STC 145/1988, (*Tol 109346*) donde tuvo lugar de modo más contundente la asunción de la doctrina del TEDH. Merece la pena recordar el FJ 5º de esta última resolución:

“Resueltas así las objeciones previas a la admisión de las cuestiones aquí examinadas es preciso entrar en el fondo de estas últimas. Las cuestiones se refieren, en primer término, a la posible inconstitucionalidad del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, y más concretamente, a su segundo párrafo que, como se ha visto, establece que «en ningún caso» será aplicable al Juez competente para el conocimiento y fallo de las causas que han de enjuiciarse por dicha ley el motivo de recusación (y, consiguientemente, de abstención) previsto en el art. 54.12 de la L.E.Cr. consistente en haber sido el citado Juez «instructor de la causa». Esta causa de abstención y recusación se encuadra en el sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., en la que para los casos de delito se prevían dos fases distintas: La sumarial, en la que un Juez lleva a cabo la instrucción, y la vista oral, en la que un Tribunal conoce y falla la causa. **Naturalmente, no es éste el único sistema procesal que sería posible en nuestro marco constitucional, pero siendo el establecido en la actualidad, resulta claro que deben respetarse en él y en los demás vigentes, de acuerdo con sus peculiaridades, las garantías constitucionales que impone la Norma Suprema. Entre ellas gura la prevista en el art. 24.2 que reconoce a todos el derecho a «un juicio público ... con todas las garantías», garantías en las que debe incluirse, aunque no se cite en forma expresa, el derecho a un Juez imparcial, que constituye sin duda una garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, como lo es el nuestro de acuerdo con el art. 1.1 de la Constitución. A asegurar esa imparcialidad tienden precisamente las causas de recusación y de abstención que guran en las leyes. La recogida en el citado art. 54.12 de la L.E.Cr. busca preservar la llamada imparcialidad «objetiva», es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso. No se trata, ciertamente, de poner en duda la rectitud personal de los Jueces que lleven a cabo la instrucción ni de desconocer que ésta supone una investigación objetiva de la verdad, en la que el Instructor ha de indagar, consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo (art. 2 de la L.E.Cr.). Pero ocurre que **la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que in uyan a la hora de sentenciar. Incluso aunque ello no suceda es difícil evitar la impresión de****

que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso «De Cubber», de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso «Piersack», de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que puedan temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la conanza que los Tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados. Esta prevención que el Juez que ha instruido y que debe fallar puede provocar en los justiciables viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, y la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de «un proceso público» que también exige el citado art. 24.2 y del procedimiento predominantemente oral, sobre todo en materia criminal, a que se refiere el art. 120.2, ambos de la Constitución. En un sistema procesal en que la fase decisiva es el juicio oral, al que la instrucción sirve de preparación, debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el Juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones y prejuicios existan. Es de señalar también que a las mismas conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. El citado artículo del Convenio, de conformidad con el cual deben interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída «por un Tribunal independiente e imparcial». Pues bien, en su citada Sentencia «De Cubber», el TEDH entendió que la actuación como Juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido Juez Instructor de la causa suponía, por las razones ya expuestas, una infracción del derecho al Juez imparcial consagrado en el citado artículo del Convenio. **De todo lo que antecede resulta que el párrafo segundo del apartado segundo de la Ley Orgánica 10/1980, que prohíbe en todo caso la recusación (y consiguientemente la abstención) del Juez sentenciador que ha sido instructor de la causa es inconstitucional por vulnerar el derecho al Juez imparcial que reconoce el art. 24.2 de la Constitución. No es necesario, en cambio, declarar la inconstitucionalidad del párrafo primero del mismo art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, que se limita a atribuir**

la competencia para el conocimiento y fallo (no, por tanto, para la instrucción) de las causas sometidas a dicha ley a los Jueces de Instrucción del partido en que el delito se haya cometido, sobre todo si se tiene en cuenta que existen partidos judiciales en que hay más de un Juez de Instrucción, por lo que la abstención o recusación cuando proceda del Juez que haya instruido no impide la actuación de otro Juez del mismo partido como juzgador”.

C) LA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

Descartada, así, la compatibilidad de ser juez de la instrucción y juez del fallo, se abre el problema de determinar qué actos previos determinan la *contaminación* del juez instructor.

A tal fin, la STC 98/1990, de 24 de mayo (*Tol 80391*), distinguió entre las diligencias *auténticamente instructoras* —entre las que incluye los *actos de investigación*— y las de *preparación del juicio*. Las primeras determinarían la contaminación, pero no las segundas. Esta delimitación conceptual es, sin embargo, insuficiente; pero ya destaca una idea que es preciso retener: *investigar y juzgar son incompatibles*. Esa es una precisión conceptual justa porque el que ha realizado, dirigido u ordenado la investigación no puede enjuiciar el valor de sus propios actos. Eso forma parte de la idea de lo que es juzgar y de la del juez imparcial, tal y como es acogida y expresada por la jurisdicción constitucional española.

Creo que en la STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5 (*Tol 81209*), (al que se referirán todas las citas ulteriores), se expone, de modo paradigmático, la concepción de la imparcialidad del Juez que asume la jurisdicción constitucional española:

“La separación y alejamiento de las partes en litigio y sus intereses permite al Juez «situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones en relación con la culpabilidad o inocencia» (SSTC 54/1985 fundamento jurídico 6º, y 225/1988, fundamento jurídico 1º). Esta obligación de ser ajeno al litigio, de no jugarse nada en él, de no ser «Juez y parte» ni «Juez de la propia causa», puede resu-

mirse en dos reglas: según la primera, el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; por la segunda, el Juez no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra (Sentencias del TEDH de 22 de junio de 1989, caso Langborger, de 25 de noviembre de 1993, caso Holm, y de 20 de mayo de 1998, caso Gautrin y otros).

El método de apreciación de estas exigencias empleado por el TEDH, cuya jurisprudencia constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), se caracteriza por distinguir dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del TEDH dictadas en los casos Piersack (ap. 30) y De Cubber (ap. 24), antes citados, a cuya doctrina se remiten las posteriores]. La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, ap. 48); por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan”.

El punto de partida de la doble dimensión de la imparcialidad es, pues, la doctrina del TEDH; pero, se matiza ulteriormente en los siguientes términos:

“Nuestra jurisprudencia”, dice el Tribunal Constitucional, “siguiendo un camino del utilizado por el TEDH, ha agrupado bajo el común denominador de afectar a la “imparcialidad subjetiva” a aquellas sospechas que expresan indebidas relaciones del Juez con las partes, mientras que las que evidencian la relación del Juez con el objeto del proceso, hemos dicho afectan a la “imparcialidad objetiva” (SSTC 145/1998, 11/1989, 176/1992, 372/1993 y 33/1994)”.

A lo que, más adelante, añade la sentencia:

“De otra parte, cabe entender que las referencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la «perspectiva subjetiva» desde la que cabe apreciar la imparcialidad judicial, que llevan a indagar «la convicción personal del Juez», tanto para descartar la presencia de prejuicios o tomas de partido previas como para excluir aquellos supuestos en que sea legítimo temer que el criterio de juicio no va a ser la aplicación del ordenamiento jurídico, sino otro, derivado de cualquier tipo de relación jurídica o de hecho, que el Juez mantenga o haya mantenido en relación con la pretensión de condena que ha de decidir, tienen más que ver con la del Juez, aquella que, por razones personales, le haga aparecer vinculado a las partes, a sus intereses o al mismo objeto de enjuiciamiento”.

De modo que no se trata tanto de seguir un criterio de clasificación *diverso* del que sigue el TEDH como de *interpretarlo* adecuadamente. Porque si la perspectiva subjetiva condujese, efectivamente, a la indagación del ánimo del Juez (esto es, de algo que discurre en el interior de su mente) nunca, salvo que éste lo expresase abiertamente y pudiéramos estar seguros de que dice la verdad, podríamos decir que es subjetivamente parcial o imparcial. En consecuencia, las “sospechas” de que ese ánimo existe, por muy justificadas que estuviesen, no podrían probar su contenido. Al contentarse, para apreciar la parcialidad, con la “sospecha justificada”, el TEDH sitúa, pues, el fundamento de la parcialidad en *datos exteriores*. Por eso, para evitar las confusiones que la terminología empleada por el TEDH provoca, propuse prescindir de la división entre *imparcialidad objetiva y subjetiva* y sustituirla por la de *procesal y personal*. Hoy lo diría de modo aún más tajante, pues me parece que no hay dos dimensiones de la imparcialidad; sino que la imparcialidad es única; y que puede ponerse, legítimamente en duda, tanto por razones nacidas de la *función procesal* que haya desempeñado el Juez, como por sus relaciones o actuaciones *personales*.

En cualquier caso, la idea de que el juez ha de ser ajeno a la contienda late bajo la de imparcialidad; y la *sospecha justificada* de que se halla involucrado en ella basta para removerle del proceso.

Determinar qué clase de sospechas se hallan justificadas es, por ello, delimitar el ámbito de la imparcialidad.

El Tribunal Constitucional precisa que la *justificación* de las sospechas aunque “pueden surgir de cualquier clase de relaciones jurídicas o de hecho” ha de estar apoyada en “*datos objetivos* que permitan afirmar fundadamente que el Juez no es *ajeno* a la causa”.

Pero, la concreción de ese criterio remite a una casuística que es difícil (si no imposible) condensar en una definición precisa; pero que, en mi opinión, muestra con suficiente claridad de qué modo debe aplicarse a otros supuestos no contemplados. O, dicho de otro modo: los casos ya decididos ponen de manifiesto las reglas que se han seguido para apreciar o denegar la vulneración de la imparcialidad. Por lo tanto, para decidir en otros aún no planteados basta con aplicar razonablemente esas reglas.

Veamos, pues, algunos de esos casos.

D) LA CASUÍSTICA DE LA IMPARCIALIDAD

a) La regla de oro de la imparcialidad

Para inducir las reglas de aplicación del concepto de imparcialidad no es necesario, ni con mucho, hacer mención de todos los casos decididos hasta ahora; pero, vale la pena dejar constancia de algunos de ellos.

La propia Sentencia 162/1999, en su fundamento jurídico 5, al que se acaba de hacer referencia, contiene, junto a las fórmulas generales que se han transcrito, una importante enumeración de casos. Reza así:

“Las exigencias de imparcialidad se proyectan sobre la actividad procesal y extraprocesal del Juez del caso, definiendo reglas y exclusiones que tratan de disipar cualquier duda legítima que pueda existir sobre la idoneidad del Juez. Por lo que se refiere a la actividad procesal, y más concretamente, a la desarrollada en el proceso penal, este Tribunal ha establecido ya como reglas constitucionalmente exigidas las que afirman la incompatibilidad entre las **funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación** (SSTC 54/1985, 225/1988, 180/1991, o **entre las facultades de instrucción y**

las de enjuiciamiento (SSTC 113/1987, 145/1988, 164/1988 11/1989, 106/1989, 98/1990, 186/1990, 138/1991, 151/1991, 238/1991, 113/1992, 170/1993, 320/1993, 372/1993, 384/1993 y 132/1997). Además de las anteriores, el TEDH ha individualizado otra actividad procesal que quiebra la imparcialidad al excluir del proceso debido aquellos supuestos en que la actividad jurisdiccional previa ha supuesto la *exteriorización anticipada del juicio de culpabilidad* (caso Hauschildt, ap. 52: medida cautelar acordada en fase previa al juicio oral cuyo fundamento es prácticamente idéntico al juicio de culpabilidad, y caso Castillo Algar, ap. 48: enjuiciamiento por una Sala integrada por dos Magistrados que, previamente, habían confirmado el procesamiento del acusado apreciando «indicios suficientes para considerar que pudiera existir un delito militar...»). En el mismo sentido, aunque la duda de inconstitucionalidad se rechazó, nos pronunciamos en la STC 60/1995 —Juez de menores que, en fase de investigación, dispone medidas limitativas de derechos fundamentales, y luego enjuicia al sometido a investigación—, y, en la STC 14/1999, fundamentos jurídicos 4º y 8º. Por las mismas razones, carece de la debida imparcialidad para revisar el fallo en segunda instancia el Juez que lo ha dictado en la primera; así lo ha declarado ya este Tribunal en el ámbito penal —STC 238/1991—, y en el social —SSTC 137/1994 y 299/1994— (y el TEDH, en su Sentencia de 23 de mayo de 1991, caso Oberschlick, aps. 48 a 52). Finalmente, pueden también surgir dudas sobre la imparcialidad del Tribunal cuando, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos debatidos (SSTC 138/1994, 206/1994 [RTC 1994\206], y 47/1998) y Sentencias del TEDH, de 7 de agosto de 1996, caso Ferrantelli y Santangelo, y de 26 de agosto de 1997, caso De Haan), aunque la razonabilidad de las mismas exija el ”

Como se ve, el análisis de la *casuística* acaba con un reenvío a la *casuística*, esto es, al examen concreto de los casos. Un análisis exhaustivo de esa casuística excede los límites del presente estudio.

No obstante, me gustaría destacar el supuesto examinado en la STC 310/2000 de 18 de diciembre (*Tol 81733*), en la que el TC otorga el amparo y entiende vulnerada la imparcialidad por el hecho de que el juez que decretó la apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado formó, después, parte del tribunal que dictó la sentencia de fondo.

Tras rechazar la causa de inadmisión consistente en no haber planteado la recusación

de dicho juez, en términos que ponen de manifiesto la supremacía del valor constitucional de la imparcialidad sobre criterios rígidamente formalistas en la aplicación de preceptos legales (F.J.3º) el TC razona su decisión en los siguientes términos:

“Procede, en consecuencia, examinar la vulneración alegada a la luz de la jurisprudencia constitucional. A tal efecto ha de advertirse que los recurrentes no alegan que el Magistrado haya desempeñado específicas funciones instructoras, sino que su intervención en fase previa al proceso en sentido estricto, es decir, antes de formar parte del órgano que juzgó los hechos, consistió en dictar el Auto de apertura del juicio oral. A pesar de ello, sostienen que, si la pérdida de la imparcialidad se produce cuando quien ha de juzgar ha estado en contacto previo con las fuentes de las que procede el material necesario para que se celebre el juicio, dado que ello puede hacer nacer en el Juez prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del acusado, ello también se produciría cuando quien ha de juzgar ha dictado previamente el Auto de apertura del juicio oral. Afirman los recurrentes que el Auto de apertura del juicio oral no es una resolución carente de contenido en el ámbito del procedimiento abreviado, pues antes de dictarla se ha de efectuar un razonamiento estimando si el hecho es o no constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad o procede en caso contrario el sobreseimiento. Además, también en él se dictan medidas cautelares. Por ello, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento ordinario, es el propio Juez de Instrucción el competente para dictarlo.

En resumen, los recurrentes sostienen que el fundamento material de la lesión del derecho a un Juez imparcial reside en el contacto previo con el material que fundamenta la apertura del juicio oral en la medida en que este contacto puede hacer nacer en el juzgador prejuicios o prevenciones sobre la culpabilidad del acusado, y que dictar el Auto de apertura del juicio oral implica dicho contacto dado que para dictarlo ha de valorarse si el hecho es constitutivo de delito y si existen indicios racionales de criminalidad respecto del acusado.

Pues bien, a la luz de la regulación procesal del Auto de apertura del juicio oral y de la doctrina constitucional sobre el derecho a un Juez imparcial, ha de otorgarse la razón a los recurrentes y estimar el amparo ya que se ha producido la vulneración del derecho, según se razona seguidamente.

Ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que la competencia para dictar el Auto de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado corresponde al Juez de Instrucción (art. 790.6 LECrim) al igual

que en el procedimiento ante el Jurado (art. 32 Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado). En segundo lugar, debe señalarse que en supuesto prácticamente idéntico al ahora enjuiciado declaramos que es evidente “que los Autos de apertura de juicio oral, por su doble carácter de actos que concluyen las diligencias preparatorias y que adoptan una serie de medidas cautelares, tienen como base una imputación penal, que les hace partícipes de la naturaleza de las llamadas ‘Sentencias instructoras de reenvío’, en las que se determina la imputación, existentes en la práctica judicial francesa e italiana, y en este sentido es patente que no se trata de actos de mera ordenación formal del proceso, sino que por el contrario contienen una calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que posteriormente el Juez está llamado a sentenciar” (STC 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; en sentido similar, STC 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Al respecto, en la primera de estas Sentencias —partiendo de que en el Auto se estimaba que los hechos revestían caracteres de delito y que las actuaciones ofrecían méritos suficientes para exigir responsabilidad criminal, y que en él asimismo se aseguraban las responsabilidades pecuniarias y se decretaba la libertad provisional con obligación apud acta— se dice que todo ello “supone que el Juez necesariamente apreció indicios racionales de criminalidad por lo que hay que concluir, en aplicación de la doctrina establecida, entre otras, en las SSTC 145/1988 y 136/1992, que se ha roto la apariencia de neutralidad que debe caracterizar a un Juez sentenciador”.

Esta doctrina se enmarca en una línea jurisprudencial de la que es claro exponente la STC 145/1988, de 12 de julio, que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes. En ella se señala, de un lado, que la pérdida de la imparcialidad al realizar actividades instructoras se ocasiona “en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables [y] puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible. Por ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su decisión sobre el caso De Cubber, de 26 de octubre de 1984, y ya antes en la recaída sobre el caso Piersack, de 1 de octubre de 1982, ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias, de forma que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad, pues va en ello la confianza que

los tribunales de una sociedad democrática han de inspirar a los justiciables, comenzando, en lo penal, por los mismos acusados" (FJ 5). De otro, se especifica en dicha Sentencia (FJ 7) que son auténticos actos instructorios, a los efectos de la pérdida de la imparcialidad, los señalados en el art. 299 LECrim, esto es, los que implican haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio e implican investigación directa de los hechos, oír la declaración del detenido ya que puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad, decidir sobre su situación personal, lo que exige una valoración indiciaria de su culpabilidad, decidir sobre la denuncia y la querrela, la celebración anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral, y todas las que, además, puede realizar de oficio (en sentido similar, entre otras, las SSTC 11/1989, de 24 de enero, FJ 2; 151/1991, de 8 de julio, FJ 4; 142/1997, de 15 de septiembre, FJ 3).

Por lo tanto, se trata no sólo de que el Juez haya de mantenerse alejado de la investigación de la causa, del material sumarial, de funciones de acusación, de actividades que provoquen una primera impresión sobre la responsabilidad del acusado, sino de mantenerse ajeno, específicamente también, a la labor de incriminación o inculpación del acusado, ya sea ésta indiciaria y provisional como la que se requiere en los Autos de inculpación y procesamiento, ya se efectúe dicha incriminación de forma preventiva, como resulta necesario para dictar las medidas cautelares. En este contexto, en definitiva, el derecho a un Juez imparcial comprende no sólo la exclusión de las prevenciones y prejuicios efectivamente producidos como resultado de dichas actuaciones, sino también la exigencia de prevenir la impresión, apariencia o imagen externa de que el Juez no acomete la función de juzgar con plena imparcialidad.

Esta doctrina ha llevado a sostener a este Tribunal la inconstitucionalidad del art. 8.1, párrafo II, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto que en dicho precepto se atribuía la competencia para dictar el Auto de procesamiento a la Audiencia Provincial, quien también era competente para conocer del juicio oral (STC 55/1990 de 28 de marzo, FJ 7). La inconstitucionalidad del precepto se sustenta en la vulneración del derecho al Juez imparcial, ya que para dictar el Auto de procesamiento resulta necesario realizar una valoración indiciaria de la culpabilidad del acusado. Y con base en fundamentos similares se ha afirmado la pérdida de la imparcialidad del Juzgador si previamente ha dictado medidas cautelares (SSTC 145/1988, de 12 de julio, FJ 7; 11/1989, de 24 de enero, FJ 4; 170/1993, de 27 de mayo, FJ 5; 320/1993, de 8 de noviembre, FJ 3). Así, con notable contundencia, sostiene la STC 320/1993 (FJ 3)

que "es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial", y que "constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim)". Añade dicha Sentencia que "la asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar". (F.J.4º).

En resumen: lo que contamina es o *investigar* o *prejuzgar*. Cuando ni se investiga ni se prejuzga, cuando el juez que prepara el juicio actúa *como juez*, esto es, como juez de garantías y se limita a verificar que las medidas cautelares o la apertura del juicio oral solicitadas por las acusaciones se hallan fundadas adecuadamente (esto es, en una *probable causa*) **no** queda contaminado. Así lo ha resuelto reiteradamente el TEDH y, en parecidos términos, la jurisprudencia norteamericana. **Basta esa constatación para apreciar lo perturbador que resulta que el Juez que prepara el juicio, dirija, a su vez, la investigación oficial.**

b) Excurso: las zonas de confusión

También es relevante desarrollar las referencias a la casuística en los supuestos en que un Tribunal, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos, pues el análisis de cada caso concreto es inevitable, como pone claramente de relieve la STC 240/2005, de 10 de octubre (*Tol 736215*), pese a las alegaciones de los recurrentes, "ni se trata de que el Magistrado ahora recusado haya intervenido en una instancia anterior de dicho procedimiento, ni de que su decisión previa tuviera el mismo objeto que la ahora recurrida" (F.j. 2). En consecuencia, se deniega el amparo.

Sin discutir el fallo de esa sentencia, ni su *ratio*, me gustaría señalar que no puedo comparar, sin embargo, un *obiter* que, pese a ser sólo eso, por su desmesurada extensión parece haber pesado en el ánimo del Tribunal. Dice así:

“Debe subrayarse que no se trataba de que dicho Magistrado tuviera que reconsiderar una condena penal dictada por él —con independencia ahora del juicio de imparcialidad que pudiera merecer esta situación hipotética—, sino de si la condena que había sido sometida a su consideración, y a la de los otros Magistrados integrantes de la Sala de casación, desde las concretas perspectivas que permite la Ley y propusieron las partes, era ahora revisable por una razón distinta y a la luz de los estrictos motivos que para la revisión de una Sentencia firme establece la Ley de enjuiciamiento criminal. Es de señalar que si era indudable su imparcialidad como Juez de casación también lo es ahora como Juez de revisión de la misma Sentencia pero por motivos distintos a los casacionales. b) La conclusión anterior encuentra aún refuerzo en la doctrina de este Tribunal que niega incluso tacha de parcialidad objetiva del Juez que se enfrenta de nuevo al asunto que ha sido objeto de una nulidad de actuaciones y al que se exige una reconsideración de sus convicciones a la luz de lo nuevamente actuado (, F. 3): «La convicción expuesta en la Sentencia que culmina un procedimiento viciado se formó defectuosamente y es, por ello, merecedora de reproche, de tal modo que el ordenamiento bien puede exigir al Juez que cometió la infracción procesal que repare, primero, los vicios determinantes de la nulidad y que pondere, después, la trascendencia de lo nuevamente actuado sobre la Sentencia en su día dictada, modificando incluso, si preciso fuera, la apreciación expuesta entonces sobre la responsabilidad del acusado. **Tal es el remedio, tradicional y general, que nuestro Derecho establece en estos casos (STC 245/1991, F. 6) y no cabe desconocer el interés institucional presente en esta técnica de la retroacción ante el propio órgano judicial que cometió la infracción, a quien, de este modo, se le impone una pública rectificación de lo actuado.** Es claro, en todo caso, que ningún juzgador puede invocar una convicción defectuosamente fundada para eludir o soslayar su reparación ... Lo anterior sólo podría ser puesto en cuestión, desde la perspectiva de la imparcialidad judicial, si la reparación de los vicios de procedimiento por el propio Juez que ya sentenció pudiera engendrar en el justiciable —y en la comunidad, en general— un recelo de parcialidad o, por mejor decir, un temor racional a que lo nuevamente actuado no fuera en absoluto tenido en cuenta a la hora de dictar la nueva resolución de fondo, pues, si así fuera, es claro que padecería la confianza en los Tribunales, a cuyo servicio está la garantía que aquí consideramos (Tribunal

Europeo de Derechos Humanos, caso ,). El legislador —que es a quien, en primer lugar, compete tal apreciación— no lo ha estimado así y, a la luz de lo expuesto, no cabe considerar contrario a la Constitución este criterio. En supuestos de retroacción por nulidad no se le exige al juzgador —vale reiterar— que altere, sin más, sus convicciones ya expuestas, sino que las reconsidere a la luz de lo nuevamente actuado y reside precisamente aquí, en el contraste entre la nueva resolución a dictar y las actuaciones reemprendidas, una medida objetiva para apreciar, y para controlar en su caso, si el órgano judicial llevó efectivamente a cabo, como el ordenamiento le impone, aquella reconsideración. La objetividad de este criterio garantiza así el deber judicial de fallar según lo actuado y preserva, con ello, la confianza en la justicia» (F. 3)”.

Realizar semejantes afirmaciones, tras haber dicho pocas líneas antes, que la imparcialidad es la primera de las garantías del proceso (SSTC 60/1995 (*Tol* 82800), de 16 de marzo, f.j. 3; 162/1999, de 27 de septiembre, f.j. 5), hasta el punto de que **sin juez imparcial (esto es, ajeno al litigio) no hay, propiamente, proceso jurisdiccional**, constituye una incongruencia *muy grave*, pues es obvio que el juez, cuya resolución se anula, ha dado su opinión sobre los hechos, cometiendo una infracción procesal, no puede, a los ojos de nadie que tenga un mínimo sentido de la imparcialidad, resultar el más idóneo para resolver de nuevo el caso.

El Tribunal Constitucional no parece tener claro hasta qué punto la expresión de opiniones en el proceso puede determinar una sospecha justificada de parcialidad. Así, en el ATC 61/2003 (*Tol* 238577) una mayoría de siete magistrados entendió que unas declaraciones a la prensa, realizadas por el entonces presidente del Tribunal, que manifestaba el deseo de que, en el caso por el que se le preguntaba, se llegase a una solución favorable a la impugnada Ley de partidos, no afectaban a su imparcialidad como juez. Frente a esa mayoría los otros cinco magistrados expresaron su opinión contraria, que ha resultado ser coincidente con la decisión adoptada más tarde por el TEDH en el caso *Meznaric v. Croatia* sentencia de 15 de julio de 2005 (*Tol* 735839), que entendió justificadas las sospechas de parcialidad en un supuesto semejante.

Ulteriormente han tenido lugar decisiones que arrojan sobre el problema una sombra aún más profunda.

En efecto, el ATC 18/2006, de 24 de enero (*Tol 1029641*) desestimó, en un recurso de amparo, la recusación de un magistrado por haber publicado un informe jurídico realizado como profesor. Posteriormente, en cambio, y en relación a un proceso de inconstitucionalidad relativo a la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña se admitió dicha recusación (ATC de 13 de febrero de 2007, *Tol 1032897*) sin que, como destacan exhaustivamente los votos particulares, hubiera ningún cambio esencial:

Un dictamen académico, *anterior* al inicio del proceso legislativo cuyo enjuiciamiento estaba teniendo lugar y *desconectado* de dicho proceso, dio lugar a una sorprendente estimación de la recusación, frente a la que sólo quiero mostrar mi respetuoso disenso; pero no puedo dejar de añadir que ese comportamiento, difícilmente explicable, ha levantado la sospecha en una parte muy significativa del más severo juez de los jueces, el pueblo. Sería deseable que el Tribunal actuase de modo tal que pusiese de manifiesto la ausencia de cualquier clase de toma de partido y lograrse que esa sospecha se desvaneciese como el humo, pues de lo contrario la institución más básica del Estado constitucional podría quedar irremediablemente dañada.

Sirva ese ejemplo señero para poner de manifiesto hasta dónde llega, aún actualmente, la cultura de la imparcialidad de España: tiene tantas carencias derivadas, en parte, de la ausencia de una tradición adecuada, que es preciso proponerse firmemente remediarlas.

E) IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y PROCESO PENAL

Si las consideraciones anteriores han dejado en claro que, hasta en la jurisdicción constitucional se acusan importantes deficiencias en cuanto al alcance de la imparcialidad, cabe predicar lo mismo del resto de las jurisdicciones y, especialmente, de la jurisdicción penal.

Ciertamente, muchos de los defectos procedentes de la tradición inquisitiva se han corregido; pero, ni con mucho, se ha realizado plenamente el *principio* acusatorio definido por el Tribunal Constitucional en una serie de Sentencias (59/2000, de 2 de marzo —*Tol 224431*—, 75 y 76/2000, de 27 de marzo —*Tol 244455* y *81291*—, 92/2000, de 10 de abril —*Tol 24514*—, 122/2000, de 16 de mayo —*Tol 26496*—, 139/2000, de 29 de mayo —*Tol 26503*— y 174/2003, de 29 de septiembre —*Tol 3313362*—).

En esta última resolución (f.j. 8) se afirma lo siguiente:

La no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegidos en el art. 24 CE ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear. Así este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda una estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de indefensión (entre los pronunciamientos más recientes, , F. 5; , F. 3; y STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 2), con el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta del deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo (entre otras, STC 75/2003, de 23 de abril, F. 5 y STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 3), así como con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, F. 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte (es decir, una posición parcial).

En el caso enjuiciado (y en los demás que acaban de relacionarse) la cuestión era la de si los Jueces podían, dentro del marco legal, aplicar una pena superior a la solicitada por las partes. La conclusión de la mayoría fue, a falta de una tradición propia o ajena que lo proscibiese incondicionadamente, que sólo podía hacerse razonándolo adecuadamente en la sentencia; sin embargo, el poder de convicción del razonamiento contenido en los Votos particulares es tan fuerte que, en mi opinión, merecería recogerse en la LeCrim o llegar un

día a convertirse en doctrina. El formulado a la sentencia de referencia reza así:

“Según se recoge expresamente en el FJ 7 de la Sentencia respecto de la cual se formula este Voto particular, aun cuando el principio acusatorio no figure expresamente mencionado en el art. 24 CE, se admite pacíficamente que guarda una estrecha relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión y que incide directamente en la exigencia de que, entre la acusación y el fallo, exista una clara congruencia, así como en la configuración del sistema de garantías de la imparcialidad de los Jueces y Tribunales que ejerzan jurisdicción en el orden penal.

Ello, a mi parecer, debe conducir, como obligada conclusión de un razonamiento lógico, y por evidentes razones de orden conceptual y funcional, a la exigencia de que el posible contenido o extensión de la pena imponible quede delimitado en los términos en que se produzcan las solicitudes contrapuestas de la acusación y de la defensa, de modo que el órgano judicial se encuentre constreñido en sus facultades de decisión por los límites establecidos en las referidas solicitudes (lo cual supone que la deducida por la acusación configuraría el maximum al que podría extenderse la condena). **Atribuir al Juez o al Tribunal la posibilidad de imponer penas no demandadas, aun cuando sea dentro del marco que con gure la norma penal que sanciona la comisión del hecho por el cual se condena, resulta, en mi opinión, muy difícilmente armonizable con la imparcialidad** que ha de caracterizar la posición y la actuación de los órganos judiciales, puesto que les atribuiría un protagonismo en la incriminación de los reos más propio de los sistemas basados en el principio inquisitorial que de los configurados de acuerdo con el principio acusatorio”.

Insisto: creo que esa opinión es lógicamente irrefutable y es un problema de prudencia el de cómo y cuándo convertirla en norma.

A la actitud que muestran los jueces, al no sentirse vinculados por el máximo de pena solicitado por las partes, se unen otras *actitudes inquisitivas* que se desarrollan durante la celebración del juicio, en la que los Magistrados no se limitan a aclarar las dudas de inteligibilidad que pudieran suscitar las preguntas de las partes; sino que asumen, a menudo el papel de acusadores en diversas formas; y actitudes de esa índole se manifiestan, desde luego, a lo largo de la instrucción, no ya sólo por parte

del Juez que instruye, sino, a menudo, también por las Salas encargadas de velar por la objetividad e imparcialidad de la instrucción. Basta, para advenir que eso es así, consultar la STC 39/2004, de 22 de marzo (*Tol 359784*), en la que el comportamiento acusatorio de una Sala que revoca el Auto de archivo, en términos que expresan un prejuicio acerca de la culpabilidad, da lugar a la exclusión ulterior de uno de sus Magistrados del enjuiciamiento de fondo (por más que al no ser el Ponente, ese “prejuicio” sólo le era imputable, a su vez, de modo objetivo y quizás no subjetivamente).

La falta de delimitación, de trazar una frontera clara a partir de la cual acaba el papel del Juez o Tribunal y comienza el de las acusaciones, se pone de manifiesto a lo largo de toda la LECrim y forma, en consecuencia, parte de los hábitos aplicativos de los Jueces y Magistrados. La regulación del sobreseimiento es suficientemente expresiva: el Tribunal puede “mandar proceder de oficio contra el querellante” (art. 641), esto es, actuar contra él, persiguiendo un presunto delito de acusación falsa, sin que nadie se lo pida; o, por el contrario, si el Fiscal solicita el sobreseimiento y aprecia, no obstante, indicios de delito puede salir a buscar acusador, y es difícil que no lo encuentre, dadas las múltiples posibilidades que, al efecto, ofrece la propia LECrim; pero, si ninguno aparece, aún le cabe dirigirse al superior jerárquico del Fiscal, para ver si éste se presta a sostener la acción penal.

De este modo, se trata a los Jueces y Tribunales, no como ajenos al conflicto entre la Comunidad y el presunto delincuente, sino como el brazo armado de la Comunidad frente a la delincuencia. Lo que importa no es ni la igualdad de las partes, ni el principio acusatorio ni, por supuesto, la imparcialidad de los Jueces y Tribunales: sino que el valor supremo es la *plenitud del ejercicio de la potestad punitiva*. Esa no puede ser, en modo alguno, la perspectiva constitucional, por lo que me parece difícilmente discutible la necesidad de una profunda reforma de la LECrim. Y, en esa reforma, la decisión acerca del Juez de Instrucción es una pieza clave.

4. ¿JUEZ DE INSTRUCCIÓN O JUEZ DE GARANTÍAS?

A) LA INCONSISTENCIA DEL DISEÑO DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

El punto de partida del debate no puede ser otro que la configuración actual de la Instrucción y del Juez Instructor. Para ponerla en claro basta hacer referencia a algunos preceptos. En primer lugar, ha de mencionarse el artículo 286 de la LECrim. Según él, las diligencias que practique cualquier Autoridad o agente de policía son sólo a “prevención” debiendo entregarlas en el acto al Juez (si éste se presenta a formar el sumario) poniendo a su disposición, en su caso, los detenidos. Congruentemente, en el auto 773.2 que regula las diligencias que puede practicar el Fiscal, dispone “in fine” que cesará éste en sus diligencias tan pronto tenga conocimiento de que existe un procedimiento judicial sobre las mismas.

El artículo 777 expresa, más allá del marco del procedimiento abreviado en el que se contiene, el cometido que se encomienda al Juez de Instrucción: “ordenará a la Policía Judicial o *practicará* por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado”. De modo que la responsabilidad de la investigación se atribuye al Juez. Con ello, el Juez de Instrucción resulta ser una figura doble, “escudo” y “espada” como el Gran Jurado norteamericano: de un lado, ha de dirigir y llevar a cabo la persecución del delito; pero, a la vez, ha de garantizar el estatuto jurídico de todos los afectados por la investigación y adoptar las medidas necesarias para que pueda celebrarse el juicio y para que el juicio pueda ser un juicio “fair”. Las dificultades que plantea ese dualismo —a las que luego habré de referirme— desde la imparcialidad del Juez que el principio acusatorio exige saltan a primera vista: la misma persona que dirige la investigación es la encargada de *enjuiciar* su conformidad a derecho.

Pero, lo que quiero destacar es que, en tanto se conciba la instrucción como hasta

ahora, no hay más remedio que atribuírsela a un Juez.

En efecto, tal y como se halla configurada la instrucción es un procedimiento en el que, conforme a la antigua *inquisitio*, enjuiciamiento e indagación del delito no es que corran paralelos, sino que constituyen una actividad unitaria que, lógicamente, en tanto requiere, siquiera sea de modo provisional, juzgar, sólo puede atribuirse a un Juez.

Concebir así la instrucción, e insertarla en el ámbito de un proceso que ha de responder a las exigencias del principio acusatorio, de las que se ha dado cuenta en el anterior epígrafe, constituye un *escándalo conceptual*; pues, si la *investigación* resulta incompatible con el *enjuiciamiento* (vid., por todas, STC 142/1997, f.j. 3 *in fine* —Tol 2523187—) fundirla en un *proceso* con la preparación del juicio resulta, sencillamente, aberrante: es mantener vivo, en el seno de un sistema de enjuiciar que se dice regido por el principio acusatorio, otro construido sobre bases absolutamente incompatibles. **Porque la preparación del juicio supone ya la realización de actos de enjuiciamiento de muy diversa índole (desde la adopción de medidas cautelares hasta la pretensión de la razonabilidad de la pretensión acusatoria) que no pueden llevarse a cabo por quien investiga. O, dicho de otro modo, el que dirige, ordena y realiza la investigación no puede, a la vez, enjuiciarla imparcialmente, ni a efectos de decidir el fondo del asunto, ni a los más limitados de juzgar si se ha realizado correctamente, si se han dado a la defensa las mismas oportunidades que a la acusación, si la pretensión acusatoria se basa en una probable causa, si las medidas cautelares solicitadas por las acusaciones tienen un fundamento adecuado, etc., etc.**

La imparcialidad del Juez queda igualmente dañada en todos esos casos, y los valores que esa imparcialidad defiende también, máxime cuando, por la senda vergonzante de la llamada “prueba preconstituída”, los actos realizados ante un Juez objetivamente parcial pueden llegar a contaminar el juicio oral y público, hasta convertirlo en una formalidad vacía. Ese es el

punto de partida desde el que pretendo defender mi posición en el debate.

Prescindiré de justificarlo más allá de su mero enunciado, porque en el fondo está justificado ya por cuanto se ha dicho acerca de la imparcialidad del juez y porque nadie (o prácticamente nadie) discute que el “sumario” (o las fases equivalentes de otros procesos) responden a las ideas de la vieja *inquisitio* y que, por lo tanto, resultan, incompatibles con el proceso acusatorio; pero son muchos los que, por razones diversas y, a veces, contradictorias, optan por dejar las cosas como están. No pretendo describir sino algunas de esas razones, intentando eliminar, de entrada, las que, a simple vista, me parecen insostenibles y ponderar las que estime más consistentes.

Empezaré, pues, descartando tomar en consideración las tomas de postura que, abierta o solapadamente, se fundan en una opción parcial o global favorable al proceso inquisitivo, bien porque lo consideran más “objetivo” que el acusatorio, o más “igualitario”, o más “adecuado” para luchar contra la delincuencia, o más acorde con la idea de un “poder” judicial o una potestad punitiva ejercitada por jueces. Daré, pues, por sentada la *superioridad del sistema acusatorio*, pues creo que no puede ponerse en duda seriamente que esa es la posición de la que parte nuestro ordenamiento constitucional. Discutir ese ordenamiento rebasa, en mi opinión, los límites de este debate. De modo que pretendo ceñir la discusión a aquellas razones que aceptan la idea de que la “*inquisitio*”, aún limitada a una primera fase del proceso, no es, de suyo, una buena solución, aunque, dadas las circunstancias, hubiese que tenerla por la menos mala.

Dicho esto, el tipo de justificaciones que he de considerar es el que ofrecen quienes, valorando como razonablemente aceptable la situación actual, pese a su incompatibilidad teórica con el sistema acusatorio, la defienden con argumentos de diversa índole, básicamente ponderando desde diversas perspectivas las ventajas y desventajas de un cambio.

B) MIRAR A OTRO LADO

El punto de partida de esas posiciones precisa, pues, de un primer paso, que consiste en abandonar el territorio de las construcciones conceptuales y bajar a la cruda realidad.

Lo primero que se aprecia al entrar en contacto con la realidad es que, pese a la evidente incompatibilidad de una instrucción inquisitiva (en la que la dirección de la investigación y la adopción de las medidas necesarias para que pueda tener lugar un juicio “justo” se atribuyen a un Juez) con las exigencias del principio acusatorio (las exigencias de contradicción y defensa, igualdad de armas, congruencia e imparcialidad objetiva del Juez) no ha habido una censura al respecto, ni por parte del TEDH ni por la del TC.

Ciertamente, tanto uno como otro han llevado *la contradicción al sumario*, como presagiaba la E. de M. de la LECrim; pero, no han llegado a proyectar la idea de la imparcialidad como interdicción de ser Juez y parte, sujeto y objeto del proceso, sobre el propio sumario, como prohibición, v.g., de que el Juez que ha reunido, o bajo cuya dirección se han aportado, los materiales que justifican la prisión, la imputación o cualquier otra medida restrictiva de derechos, pueda acordarla.

Porque no basta que lo pida una parte: **el contacto del juez de instrucción con el objeto del proceso, si es suficiente para sospechar razonablemente que pueda haberse formado un prejuicio acerca de la culpabilidad o la inocencia, a fortiori habrá de ser más que suficiente para sospechar que haya formado un prejuicio aún más fuerte respecto a la concurrencia de indicios racionales de criminalidad (*probable causa*) o cualquier otro presupuesto legitimador de la medida o medidas cautelares que pretenda adoptar.**

Esta conclusión sólo puede evitarse *mirando a otro lado*.

Y eso es lo que han hecho, de uno u otro modo, el TEDH y el TC. No les faltaban razones para actuar así. El TEDH, porque sólo interviene cuando se han agotado las vías internas y entonces el debate versa, casi exclu-

sivamente, sobre la decisión de fondo; y, de otra, válida en cualquier caso, solamente hasta ahora, porque mal podía tomar decisiones que comportasen la ilegitimidad global del sistema de enjuiciar de buena parte de los Estados miembros. Esa no es ya la situación, al menos por lo que a la Europa Occidental se refiere; y ese cambio, si llega a dejar reducido el sistema español a una singularidad, puede colocar al TEDH en una posición muy distinta.

El TC, por su parte, al delimitar su jurisdicción como *subsidiaria*, partió de la tesis genérica de que las vulneraciones cometidas durante la instrucción, al poder ser remediadas durante la evolución ulterior del proceso por la jurisdicción ordinaria, no pueden ser aducidas hasta entonces en amparo constitucional por *prematuras*.

Pero, esa regla tiene excepciones, pues si se aplicase rígidamente habría derechos carentes de tutela constitucional. Tal es el caso de las resoluciones que decretan prisión o medidas restrictivas equivalentes. A lo que hay que añadir que ese elenco sigue ampliándose y acabará, inexorablemente, provocando la censura de la instrucción inquisitiva (y del juez instructor) en algún punto tan sensible que obligue a cambiarla. Cuando, en uno o varios casos, se haga patente que muchas de las violaciones de derechos cometidas durante la instrucción *no* pueden remediarse después (y entre ellas está, desde luego, la parcialidad del Juez que ha instruido, que puede haber inclinado, de modo prácticamente inexorable, la balanza del juicio en un sentido determinado) el TC no tendrá más remedio que amparar a quienes las hayan sufrido, sin poder escudarse en una subsidiariedad inexistente.

Dicho esto, que el TEDH y TC *puedan*, por las razones que se acaban de expresar, mirar a otro lado, no significa que en el marco de una reflexión sin condicionamientos, dirigida a la comunidad jurídica en general y al legislador en particular, *deba* adoptarse su postura. Tanto la jurisdicción del TEDH como la del TC tienen una serie de límites intrínsecos que se expliciten o no, condicionan la posibilidad de pronunciarse sobre algunas materias; pero, esos límites no operan, desde luego, en este debate.

Aquí puede aducirse, v.g. que el coste de solventar los problemas de imparcialidad que el Juez de instrucción plantea y el déficit de derechos que la instrucción produce sería mayor que el que representa mantenerlos tal como están, o con algunas modificaciones.

No sabría como responder a esa objeción desde la perspectiva coste-beneficio en que está planteada, pues tengo la impresión de que, al tratarse de costes y beneficios desiguales e imponderables, el cálculo no es posible. De modo que, por mi parte, plantearía la alternativa así: o decidimos realizar los principios (tratando, desde luego, de minimizar los costes) o decidimos no hacerlo. Mi opción está, desde luego, del lado de quienes intentan plasmar los principios en la realidad.

Una variante del argumento anterior sería la de que cabe efectuar algunas reformas en la LECrim que reajusten las competencias atribuidas al Juez Instructor, para reducir o eliminar los problemas de imparcialidad que, a menudo, son más técnicos que prácticos.

¡Bienvenidas sean tales reformas! Pero, preferiría que se cogiese el toro por los cuernos, suprimiendo la figura del Juez investigador y convirtiendo al Juez Instructor, lisa y llanamente, en un Juez de Garantías, entendiendo por garantías no sólo las específicas del proceso, sino todas las que repercuten sobre él (especialmente la igualdad) y no sólo las establecidas en la Constitución, sino también las contenidas en las leyes.

Pues, si con las reformas se pueden suprimir las disfunciones que se han denunciado ¿por qué limitarse a paliarlas?

C) EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Doy por sentado que, conceptualmente hablando, la dirección y realización de la investigación oficial de los delitos y faltas no puede atribuirse a un Juez. Eso no significa que esa premisa sea indiscutible; sino que no deseo discutirla más allá de cuanto hasta ahora he dicho.

Por lo tanto, o se deja en manos de las Autoridades policiales o se encomienda al Ministerio Público.

Tampoco me molestaré demasiado en razonar por qué, en esa disyuntiva, prefiero atribuir la dirección de la investigación oficial al Ministerio Público, pues con sólo invocar las disfunciones que provocaría (y que, de hecho provoca) la pluralidad de cuerpos policiales, bastaría para justificar esa opción. A cuyo favor cabe añadir que la dirección de la investigación penal que, obviamente, ha de estar sometida al Derecho y ser válida en Derecho, no puede quedar dirigida sino por un Cuerpo jurídico; y nada mejor que ese cuerpo jurídico sea, precisamente, el encargado de ejercer la acusación pública, pues de ese modo, sufrirá, ante el Juez de garantías o ante el Juez del juicio, los reveses derivados de su ligereza o de su falta de objetividad.

Algo hay que decir, no obstante, sobre los muchos y a veces fundados resquemores que suscita esa atribución.

El primero de esos resquemores es de naturaleza muy práctica: procede, básicamente de los abogados, que ven que, con esa atribución, crece el poder de su adversario natural, el Fiscal, con lo que el proceso penal, que ya está desequilibrado, puede desequilibrarse más aún.

Eso podría suceder, desde luego, porque todo lo que se haga puede hacerse mal, pero ni *debe* ni *tiene* por qué ser así. Atribuir la investigación al Ministerio Público no implica otorgarle más potestades procesales de las que ahora ostenta: al contrario, comportaría privarle de la posición de privilegio que de hecho ocupa ante los Tribunales (en los que se le considera como una especie de instituto auxiliar del Juez) y reducirlo a ser una parte más, por mucho que represente lo que la Constitución llama interés público o social. Eso no mermaría, en absoluto, la condición del Fiscal: al contrario, le otorgaría una posición definida, de la que ahora carece y, al hacerlo, le colocaría sencillamente en su sitio.

Por otra parte, la dirección de la investigación no tendría por qué proporcionarle el dominio de los hechos: tendría la obligación

de ser objetivo y esa objetividad no estaría garantizada por él; sino por un tercero ajeno al proceso, por el Juez de Garantías.

Otras objeciones proceden de la realidad actual del Ministerio Público: una realidad que habría que cambiar *radicalmente*, para adaptarla a las nuevas exigencias. Ese es un cambio nada fácil; pero, como intentaré mostrar más adelante, es el menos difícil de cuantos hay que afrontar.

Para terminar —porque de lo contrario la enumeración podría hacerse inacabable— la objeción más grave nace de la difícil conciliación de la *objetividad* exigible al *Ministerio Público* y su vinculación específica a la *legalidad*, con la *dependencia* del Ejecutivo y la propia dependencia jerárquica, inseparable de la constitucionalmente obligada *unidad de actuación*.

Pero, la dependencia del ejecutivo, difícil de soslayar en el esquema de división constitucional de poderes, puede revestir formas que no comprometan, al menos en la generalidad de los casos, ni la imparcialidad ni la aplicación de la Ley; y, en la zona residual de conflicto, no faltan fórmulas que permitan eludirlo con éxito. Otro tanto, cabe decir de la dependencia jerárquica interna.

Por eso, el problema no es insoluble, y el Derecho comparado muestra diversos modos de resolverlo que, a su vez, son susceptibles de enmienda y mejora. Pero, si realmente se aborda un día la tantas veces anunciada reforma de la LECrim, en el sentido que aquí se propugna, de atribuir la dirección de la investigación oficial al Ministerio Público, constituirá, sin duda, el *centro* del debate sobre la concreta propuesta que se formule. Por eso, ya que sólo pretendo aquí abrir la discusión en términos abstractos, creo que debo detenerme en este punto, máxime cuando deseo acabar estas reflexiones planteando una problemática de mucho mayor calado y más difícil solución.

Basta dejar dicho aquí, que las calamidades y desventuras que se asocian a la reforma propugnada, ni son inevitables, ni tras un debate desarrollado con seriedad y profundidad tienen visos de poder ocurrir realmente.

5. EPÍLOGO: IDEALES E ILUSIONES

Tomo prestado a Thomas McCarthy el título de su excelente libro, que se ocupa básicamente del papel de la razón política en la postmodernidad. Un diseño racional de la comunidad política o, dicho de otro modo, la configuración de la comunidad política de acuerdo con los ideales básicos de justicia, sólo es posible si las decisiones que determinan esa configuración son imparciales y, para que lo sean, han de serlo, a su vez, los individuos que deciden. Ése es, dice Nagel, el *problema central* de la teoría política.

Para abordar ese problema —sigue diciendo— no pueden ignorarse las tercas realidades de la naturaleza humana. El fracaso de todos los sistemas reales a la hora de cumplir con un ideal que todos podríamos reconocer como correcto no basta para concluir que son insatisfactorias, sino que apunta a una dificultad que va más allá de las relaciones del individuo con la sociedad y se incrusta en el fondo de las relaciones del individuo consigo mismo.

En cada uno de nosotros, el *punto de vista impersonal* produce “una potente exigencia de igualdad e imparcialidad”, frente a la cual se alzan poderosos *motivos e intereses individuales*, que obstaculizan o anulan esas exigencias.

Por eso, una parte esencial de la Teoría de la Justicia de Rawls consiste en postular un “*velo de ignorancia*” que oculte a los electores las consecuencias individuales de sus decisiones; y requerir una condición de los ciudadanos que han de vivir bajo el sistema resultante: no han de ser *envidiosos*. No necesito insistir en el hecho de que ambas exigencias son *contrafácticas*; sólo querría destacar *hasta qué punto* los son.

En ese sentido, diré que son condiciones que, ni se dan en la realidad, ni parece posible que puedan darse; y que no cabe imaginar con exactitud qué decisiones básicas se adoptarían desde esa *posición original*, en la que no podemos situarnos ni siquiera por vía de hipótesis, porque no podemos razonar y decidir como si no supiésemos lo que sabemos ni fuésemos lo que somos.

Esto sentado, haré algunas observaciones respecto de cada una de las exigencias rawlsianas.

Poco he de destacar respecto a la primera: el velo de la ignorancia, con el que suele caracterizarse la imagen de la justicia, no sólo no existe; sino que, si uno escucha la discusión política, parece que estorba. Ante cada medida de gobierno, las voces que prevalecen son las de los damnificados y favorecidos por ella, mientras el interés general o se manipula desde una u otra perspectiva, o pasa a segundo plano o, incluso, a veces, permanece oculto tras un indeseable “velo de silencio”.

No dudaría en afirmar que los partidos políticos, al actuar necesariamente como maquinarias electorales, que pretenden *ganar*, contribuyen a crear esa situación en la que el sistema se cierra gran parte de las posibilidades de funcionar imparcialmente; y que la mayoría de los medios de comunicación refuerzan la idea de imparcialidad al interpretarlo **todo** en términos partidistas (actitud profundamente **incorrecta**) pero tampoco la mentalidad de los ciudadanos es proclive a expresarse en términos de imparcialidad: en los debates públicos en los que participan, tienden a interesarse sólo por las cosas que les afectan directamente y a vivir como injusta su situación comparándola, exclusivamente, con los que están mejor y no mirando apenas ni hacia abajo ni hacia atrás. La “envidia, monstruo de la naturaleza”, como la llamó el gran clásico, ha echado tales raíces que no sólo parece imposible desarraigarla; sino que resulta difícil desplazarla del centro de la escena.

Que, en ese marco, haya Jueces *imparciales* y Fiscales *objetivos* es casi imposible, pues ni siquiera es lo que se espera de ellos. En el espacio público casi nadie atiende a la necesidad —que a unos y otros les es consustancial— de atenerse a la ley, casi nadie escucha los argumentos que ofrecen para fundar sus decisiones, casi nadie respeta la tranquilidad de ánimo que precisan para emitir un juicio sereno y casi nadie se abstiene de empujarles —por caminos diversos, que no deseo analizar ahora— hacia una decisión concreta acorde con sus intereses.

Precisarían ser muy distintos del hombre medio, quedar exentos de buena parte de las debilidades que acompañan generalmente a la naturaleza humana, actuar de modo absolutamente desinteresado y hallarse dotados de una excepcional claridad de juicio para poder ser imparciales en esas condiciones; y parece claro que no son así, sino que son hombres como los demás, de los que, por regla general, no cabe esperar que reúnan esas virtudes y cualidades excepcionales; sino más bien temer que se dejen arrastrar por la corriente, cosa catastrófica para la justicia.

Que, sin embargo, no todo proceso acabe en una catástrofe y que, más a menudo de lo que parecería probable, se llegue a resoluciones jurídicamente defendibles, abre una puerta a la esperanza: obliga a moderar las ilusiones; pero permite mantener vivos los ideales.

Parece indicar que, como dice Stuart Hampshire, “existe un principio moral primordial que cualquier ciudadano tiene buenas razones para aceptar y respetar en la práctica: es el principio de la imparcialidad institucionalizada en los procedimientos para resolver conflictos. Estos procedimientos imparciales, políticos y legales, constituyen el cemento que mantiene unido al Estado y proporcionan un terreno común de

lealtad compartida por los ciudadanos que reconocen este vínculo institucional: normalmente es emocionalmente más débil que el vínculo de toda una visión moral compartida, o que los vínculos de parentesco, pero sigue siendo un vínculo que se deja sentir.”

Ese es el vínculo que ha de reforzarse, intentando crear una *cultura de la imparcialidad*, algo que, por difícil que parezca, no es totalmente imposible.

Si no se tiende a crear esa cultura, cualquier reforma del proceso penal, incluso la mejor pensada y ejecutada, será un fracaso más que añadir a las que la han precedido; pero, esa advertencia no dispensa en absoluto de la obligación de llevarla a cabo, si, como sucede con la supresión de la instrucción y del Juez instructor, representa poner el proceso penal a la altura de las exigencias constitucionales y hacer desaparecer —de la realidad y de la conciencia social— una imagen perturbadora de los Jueces y Tribunales.

Con ello no se alcanzará, desde luego, la **imparcialidad absoluta** ni, menos aún, la **justicia perfecta**; pero, la perfección es un sueño autoritario: la sociedad humana sólo avanza, cuando consigue hacerlo, a través de mejoras pequeñas y relativas que, por desgracia, consumen enormes esfuerzos.

NOTA BIBLIOGRÁFICA*

Ad I

Una relación bibliográfica, aún reducida a las obras más importantes en las que tiene lugar la exposición y discusión de lo que llamo “liberalismo político” sería interminable. Me limitaré, pues, a indicar las que considero absolutamente imprescindibles, a saber:

De J. Rawls:

- *A Theory of Justice*. Oxford University Press. 11ª impresión, 1991;

- *El liberalismo político*. Ed. Crítica, Barcelona, 1996;

De J. Rawls y J. Habermas:

- *Debate sobre el liberalismo político*. Paidós. Barcelona, 2000.

De Ricoeur, P., *Lo justo*, Caparrós ed., Madrid, 2003, especialmente Capítulos IV y V.

De Brian Barry:

- *Teorías de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1995;

- *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997.

* Pese a su título, esta Nota no incluye solamente indicaciones bibliográficas, sino también algunos comentarios a lo que se dice en el texto.

Ad II

Sobre el entendimiento que cabe dar a la expresión “Derecho” y sus límites cuando se define la jurisdicción como el ámbito donde se dice el Derecho vid. Habermas, J., *Facticidad y validez*, editorial Trotta, Madrid, 1998; espec. el Capítulo VI, donde se analizan los límites de la jurisdicción constitucional. Sobre la discusión alemana y norteamericana al respecto (a las que se refiere Habermas) vid. Abentroth y otros. *Der Kampf um das Grundgesetz.*, Syndicat Autoren-und Verlagsgesellschaft, Frankfurt, 1977; Ely, J.H., *Democracy and distrust*, Harvard University Press, Cambridge y Londres 1980 (hay traducción española editada por el Centro de Estudios Constitucionales); Tribe, L.H., *Constitutional choices*, Harvard University Press, Cambridge y Londres, 1985. Un buen relato de esa discusión puede encontrarse también en Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Sobre la fusión de concepto y valor vid. mis artículos *Dos problemas del positivismo jurídico* en *La libertad como pretexto*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 y *El ius puniendi y sus límites*, (*Tol 817272*), ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Ad III.1

Para percatarse de hasta que punto la descripción que se hace de las ideas de la época en torno a la justicia y a los jueces es exacta basta destacar el hecho de que se aplica bastante bien a lo que por entonces escribían autores tan ideológicamente dispares como Almagro Nosete (*Poder judicial y tribunal de garantías en la nueva Constitución* en *Lecturas sobre la Constitución española de 1978*, UNED vol. I, Madrid, 1978) y Peces Barba (*La Constitución española de 1978*, Fernando Torres ed., Valencia, 1981). No es casual, por otra parte, que se publicase poco después (en 1985) la traducción castellana de la obra de D. Simon *La independencia del juez* (ed. Ariel, Barcelona).

En cuanto a los límites de la libertad de interpretación, el TEDH no exige, para estimar que se ha cumplido con las exigencias del principio de legalidad, que el legislador logre una formulación general que no deje lugar a dudas —cosa que estima imposible—, sino que el ámbito de la duda sea reducido y que los tribunales cooperen a disipar las dudas resultantes. En todo caso exige que, al pronunciar una condena penal, la aplicación de la ley realizada se ajuste, no sólo a su texto, sino también a las prácticas aplicativas existentes en el momento de los hechos (vid. por todas la STEDH de 10 de octubre de 2006, caso Pessino contra Francia, *Tol 996612* y las abundantes decisiones del TEDH a las que se hace referencia en ella).

Las ideas de Wittgenstein a las que se alude en el texto se exponen básicamente en *Investigaciones Filosóficas*, ed. Crítica, Barcelona, 1988, números 198 a 202. Como las he comentado en varias ocasiones y, por otra parte, me parecen poco discutibles, no creo necesario hacerlo aquí.

Ad.III.3

Una detallada y excelente exposición de las dos dimensiones de la imparcialidad puede encontrarse en la STEDH de 15 de diciembre de 2005, caso Kyprianou v. Cyprus (*Tol 776162*). Se analiza en ella una condena por *contempt of court*, pronunciada por el Tribunal que fue objeto del supuesto desacato. El TEDH aprecia, como no podía ser de otro modo, la vulneración de la imparcialidad objetiva; pero también la de la subjetiva, en función de la descalificación del recurrente que se desprende del tono en que está redactada la sentencia condenatoria (vid. especialmente números 127 a 133). Formulé la propuesta de dividir la imparcialidad personal y procesal en *La reforma del proceso penal*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

Ad.III.4

Sobre la ausencia de contaminación del juez que actúa sólo como tal —y no como inquisidor— vid. la STEDH de 22 de abril de 1994 caso, Saraiva de Carvalho v. Portugal (*Tol 223279*) y las demás que en ella se citan, que se hayan relacionadas en una nota específica de la base de datos.

Para la jurisprudencia norteamericana, vid. Kamisar-LaFave-Israel-King, *Modern Criminal Procedure*, West Group, St. Paul, Mim., 1999, págs. 1392-1393.

Ad.III.5

La proliferación de acusaciones, frente a la limitación de las defensas es una muestra de la *sociedad punitiva*, en la que nos hallamos tan cómodamente instalados. Los múltiples abusos del proceso penal y del Derecho penal material no asustan a la mayoría de los ciudadanos porque piensan que no les conciernen, porque los delincuentes, especialmente algunos tipos de delincuentes, son seres humanos de naturaleza perversa, que nada tienen en común con ellos.

Sería bueno que la educación familiarizase a los ciudadanos con la idea, ampliamente justificada en la literatura criminológica, de que personas normales, cultas e incluso “bondadosas” pueden, en ciertas situaciones, participar en crímenes horribles; y eso ni excluye a los juristas en general ni a los jueces en particular. (Al respecto, resultaría muy interesante la divulgación de obras como la de Ingo Müller —*Furchtbare Juristen*, Kindler Verlag, Munich, 1987— o la de Muñoz Conde —*Edmund Mezger y el Derecho penal de su época*. 4ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003—). E incluso puede acreditarse —y no sólo para el caso de la Alemania nazi— que una parte significativa de la población de algunos países ha colaborado o consentido en la realización de actos inhumanos.

Tal vez con un mejor conocimiento de las debilidades de la naturaleza humana, que a todos nos incluye, disminuiría el afán de castigar cuanto más duramente mejor, que por desgracia se ha instalado en nuestras sociedades actuales. Probablemente es ese afán, que nace al margen de la razón y del derecho, el que convierte a ciertos jueces de instrucción en héroes culturales, precisamente por su falta de imparcialidad: la mayoría piensa que son árbitros que están de su parte.

Ad. IV.1

Dejo para otro lugar el análisis detallado del “debilitamiento” del juicio oral que resulta de la instrucción inquisitiva encomendada a un Juez. Apuntaré aquí, no obstante, que, como afirmó el TC (en su sentencia 60/1995, de 16 de marzo, Fj. 3, citada en el texto), sin juez imparcial *no hay proceso jurisdiccional*: se genera, sin embargo, una *apariencia ilegítima* de que lo hay y, en consecuencia, muchas diligencias de investigación practicadas pasan, a través de diversos subterfugios, a tenerse por *pruebas practicadas en el juicio*. Sólo por una condescendencia, indefendible ya a estas alturas, el TEDH y el TC dan por válida esa práctica, que resultaría absolutamente rechazable, y sería rechazada si no investigase un Juez.

Ad. V

La referencia de la obra de Thomas McCarthy es *Ideales e ilusiones*. Tecnos, Madrid, 1992.

Las citas de Nagel aluden a su obra *Igualdad y parcialidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

La cita de Stuart Hampshire procede de su obra *La justicia es conflicto*, Siglo XXI ed., Madrid, 2002, pág. 73.

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 24 de mayo de 2007.