TESIS DOCTORAL

“La reforma del proceso penal:
hacia un verdadero modelo de Fiscal investigador”

Guillermo García-Panasco Morales

INDICE

ABREVIATURAS..... 6

INTRODUCCIÓN 8

CAPITULO I.- LA FASE DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: LA INSTRUCCIÓN PENAL. BREVE RESEÑA HISTORICA Y DE DERECHO COMPARADO 10

1.- LA INSTRUCCIÓN PENAL: BREVE RESEÑA HISTÓRICA..... 10

1.1.- La instrucción penal en el periodo preinquisitorial. 10

1.2.- La influencia de la Inquisición en la instrucción penal. 14

1.3- La Ilustración y la influencia de la Revolución Francesa. 17

1.4.- La instrucción penal en el constitucionalismo moderno. 22

2.- MODELOS DE INSTRUCCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO 28

2.1.- El modelo francés..... 29

2.2.- El modelo alemán. 39

2.3.- El modelo italiano. 52

2.4.- El modelo portugués. 67

CAPITULO II.- LA INSTRUCCIÓN PENAL..... 80

1.- CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA INSTRUCCIÓN PENAL. 82

2.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FASE DE INSTRUCCIÓN..... 89

2.1.- Naturaleza jurisdiccional y procesal. 90

2.2.- Naturaleza administrativa y preprocesal. 94

2.3.- Naturaleza mixta: administrativa y jurisdiccional. 94

2.4.- La naturaleza de los actos como elemento relevante: actos instructorios o de investigación vs. actos de prueba. 96

2.5.- Los actos de prueba en la fase de instrucción: prueba anticipada y prueba preconstituida. 104

3.- CARACTERÍSTICAS DE LA INSTRUCCIÓN PENAL..... 113

3.1.- El principio de oficialidad. 114

3.2.- La obligatoriedad. 117

3.3.- El principio de legalidad. 118

3.4.- Legalidad vs. oportunidad. 118
3.5.- La sumariedad..... 121
3.6.- El carácter público..... 123
3.7.- Otras características. El carácter secreto de la instrucción. 123
4.- EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL..... 132
4.1.- El concepto de acción penal. 132
4.2.- El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal conforme al principio de legalidad. 141
4.3.- El ejercicio de la acción penal por parte del ofendido o perjudicado por el hecho delictivo: la acusación particular..... 156
4.4.- El reconocimiento de la acción popular en el ámbito del proceso penal. 165
CAPITULO III.- EL ACTUAL MODELO DE INSTRUCCIÓN PENAL: ALGUNAS DEFICIENCIAS Y PROYECTOS ALTERNATIVOS DE REFORMA..... 174
1.- SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DEL PROCESO PENAL. 174
2.- LA CRISIS DE LA FIGURA DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN: LA DISCUTIBLE POSICIÓN DE GARANTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES..... 179
2.1.- La controvertida constitucionalidad del Juez de Instrucción. 179
2.2.- El Juez legal y el Juez imparcial. 183
2.3.- La pretendida imparcialidad del Juez de Instrucción. 194
2.4.- La necesidad inaplazable de un auténtico juicio de acusación..... 211
3.- LAS DEFICIENCIAS DEL SISTEMA VIGENTE FRENTE A LA DELINCUENCIA DEL SIGLO XXI. 231
4.- LAS DILACIONES EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN. 243
4.1.- Los recursos contra las resoluciones del Juez de Instrucción. 245
4.2.- Las dilaciones "estructurales" de la fase de instrucción..... 254
5.- LOS PROYECTOS DE REFORMA DE LA INSTRUCCIÓN PENAL: ANÁLISIS COMPARADO DEL ANTEPROYECTO DEL AÑO 2011 Y DEL BORRADOR DE CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL AÑO 2013..... 264
5.1.- La definición de los roles entre el Juez y el Fiscal. 267
5.2.- El régimen de recursos contra los decretos del Ministerio Fiscal. 277
5.3.- La intervención de las acusaciones en la investigación del Fiscal. 280
5.4.- El juicio de acusación..... 286

CAPITULO IV.- UNA PROPUESTA PARA UN NUEVO SISTEMA DE INSTRUCCIÓN PENAL: HACIA UN VERDADERO MODELO DE FISCAL INVESTIGADOR. 294

1.- EL FISCAL INVESTIGADOR: RAZONES PARA UN NUEVO SISTEMA. 295

1.1.- Razones de carácter procesal. 295

1.2.- Razones de organización y eficacia. 299

1.3.- Razones de armonización con el derecho comparado. 307

1.4.- Razones constitucionales e institucionales. 310

2.- DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN AL JUEZ DE GARANTÍAS. 318

2.1.- La verdadera imparcialidad del Juez de la instrucción. 318

2.2.- La relevancia de un auténtico juicio de acusación. 330

3.- LA INTERVENCIÓN DE LAS PARTES EN LA INVESTIGACIÓN DEL FISCAL. 340

3.1.- La intervención de la persona investigada. 340

3.2.- La intervención de las acusaciones. 347

4.- PROPUESTA DE ESQUEMA GENERAL DE UN MODELO DE FISCAL INVESTIGADOR. 356

4.1.- Inicio, contenido y finalidad de la investigación. 357

4.2.- Diligencias que puede practicar el Fiscal investigador y su valor probatorio. 359

4.3.- Los actos necesariamente jurisdiccionales. 360

4.4.- La intervención de las partes. 362

4.5.- El complemento de la investigación. 363

4.6.- La conclusión de la investigación. 363

4.7.- El juicio de acusación. 365

CONCLUSIONES 368

BIBLIOGRAFIA 376

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial.
AP 2011: Anteproyecto de reforma de la LECrim, aprobado el 22 de julio de 2011.
CC: Código Civil.
CE: Constitución Española.
CEDH:Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
CP: Código Penal.
CPP 2013: Borrador de Código Procesal Penal, presentado públicamente el 25 de febrero de 2013.
CPP Fr: Code de Procèdure Pènal francés.
CPP It: Codice di Procedura Penale italiano.
CPP Po: Código de Processo Penal portugués.
DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos.
EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.
FGE: Fiscalía // Fiscal General del Estado
LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTJ: Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.
MF: Ministerio Fiscal.
PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
StPO: Código Procesal Penal alemán.
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TC: Tribunal Constitucional.
TEDH: Tribunal Europeo de Derecho Humanos.
TS: Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal es un instrumento esencial en toda organización social, ya que a través del mismo se pone de manifiesto la respuesta que ofrece una comunidad ante el reto permanente de superar la tensión existente entre la libertad y la seguridad.

En efecto, el delito es la expresión del más grave ataque contra aquellos bienes que una comunidad considera como dignos de protección en cada momento histórico. Pues bien, frente al fenómeno delictivo la sociedad debe combinar, mediante las dosis adecuadas, la legítima respuesta que garantiza la seguridad de su convivencia -en general, y de la víctima en particular-, con la debida protección de los derechos de la persona que se ve sometida al proceso, y especialmente, el derecho a su libertad. El nivel de interrelación de ambos derechos (libertad y seguridad) es uno de los factores determinantes de una civilización, entendida ésta como el conjunto de principios y normas que rigen la organización de una sociedad.

Por ello, no es de extrañar que el debate sobre el modelo del proceso penal se convierta en una controversia recurrente. Este aparente estado de crisis permanente del proceso penal puede ser interpretado, de hecho, como la expresión de la evolución social en cada momento histórico. Es decir, la discusión sobre el modelo de proceso penal no es más que una manifestación de los debates que se producen en el seno de la sociedad sobre su sistema de convivencia que, como tal, se encuentra en un continuo estado de transformación.

Hoy parece existir una opinión general coincidente sobre la necesidad de revisar el modelo de proceso penal en España que, aunque supuso un considerable avance para su época, no está en condiciones de ofrecer una respuesta suficientemente eficaz ante los desafíos a los que se enfrenta una sociedad que nada tiene que ver con la de finales del siglo XIX. El propósito de este trabajo es, precisamente,

contribuir modestamente a ese debate que, desde hace ya algún tiempo, existe en nuestro país.

A tal fin, en el Capítulo I se realizará un breve análisis de los antecedentes históricos que, inevitablemente, han estado siempre condicionados por la ideología dominante en cada comunidad. Para seguir con la descripción del panorama legislativo en los países de nuestro entorno, y particularmente, los que comparten una tradición jurídica que puede considerarse como más cercana a la española.

El Capítulo II se inicia con el estudio de la fase de instrucción (su concepto y finalidad, su naturaleza jurídica y sus características), para centrarnos en uno de los elementos esenciales del proceso, como es el concepto de acción penal y las modalidades de su ejercicio, que determinan una parte significativa de la propia configuración del modelo.

En el Capítulo III se aborda un análisis crítico del sistema vigente en nuestro país, ahondando en aquellos aspectos que, tanto desde el punto de vista de las garantías como de la eficacia del diseño, parecen requerir un mayor grado de revisión. Y también se analizan las propuestas de reforma que se han planteado en los últimos años, en un ejemplo de convergencia política prelegislativa que parece apostar claramente por un cambio del sistema.

Finalmente, en el Capítulo IV se formulará una propuesta de nuevo modelo de investigación penal que pretende adaptar nuestro sistema a las exigencias del siglo XXI, mediante una combinación armónica de los principios de libertad y seguridad, de garantías y de eficacia, que supere las principales deficiencias del diseño vigente.

La pretensión última es que las conclusiones afloren de manera natural, a modo de resumen de los diversos apartados en los que se estructura este trabajo, mostrando con ello una panorámica general sobre lo que podría constituir una modificación sustancial del sistema de Justicia penal de nuestro país.

CAPITULO I.- LA FASE DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL: LA INSTRUCCIÓN PENAL. BREVE RESEÑA HISTORICA Y DE DERECHO COMPARADO

1.- La instrucción penal: breve reseña histórica.

Si el estudio de cualquier figura o institución jurídica viene precedido normalmente de un análisis de sus antecedentes históricos, esta labor se convierte en imprescindible cuando se aborda la instrucción penal.

Todas las civilizaciones han procurado encontrar una respuesta ante la realización de conductas contrarias a los principios y valores propios de cada comunidad. Y pocas materias como ésta han sido el fruto de una evolución marcada por el peso histórico de una concepción social fuertemente dominada en su momento por el Monarca o por la Iglesia, y posteriormente a través de acontecimientos de trascendencia universal, como la Revolución Francesa o la Segunda Guerra Mundial. Una evolución que, de forma más o menos paralela en el tiempo, ha terminado por influir en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

En esta evolución se pueden distinguir tres modelos de organización del sistema de Justicia penal que, tradicionalmente, se han concretado en los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto, cuyos contornos varían según la época y el ámbito territorial sobre el que se han aplicado, pero que mantienen algunas características comunes que se analizarán seguidamente.

1.1.- La instrucción penal en el periodo preinquisitorial.

En la Grecia clásica existió, para determinados delitos, un sistema que combinaba la venganza privada y la acusación pública. Como señala MARCHENA GÓMEZ[1],

[1] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Ed. Marcial Pons. Madrid. 1992. Pág. 22.

"no obstante la preponderancia del sistema de acusación popular, la legislación ateniense presenta determinados indicios que permiten colegir la presencia de una intervención oficial tendente a impedir la impunidad de los delitos contra las personas en las ocasiones en que la víctima no tenía parientes o éstos se mostraban negligentes en la persecución del crimen. En tales supuestos, el *Arconte* encargado de conocer de estos delitos tenía el derecho de entregar de oficio al acusado ante sus jueces".

En la época de la antigua Roma, destaca MARTÍN Y MARTÍN[2] que, junto a un inicial "sistema acusatorio, con la *cognitio* tras la *acusatio*, a cargo de un ciudadano romano", ya en la época del Imperio apareció la acusación "a cargo de funcionarios del Estado (…), y la posibilidad de la iniciación de oficio (partiendo de la *Lex Julia*)". Con ello surge el "primer embrión del sistema inquisitivo, asumiendo el juzgador iniciativas investigadoras y, por tanto, mezclándose además en él, junto a esas funciones de hacer la pesquisa o investigar, el cometido de acusar y juzgar (completado además todo ello con la aplicación del tormento no ya a los esclavos, sino a los acusados con Tiberio, y hasta a los testigos con Septimio Severo)"[3].

Tras las invasiones bárbaras, el sistema germánico[4] presentaba, en palabras de MARTIN Y MARTIN[5], un "inicial escaso desarrollo más allá de formalismos (cargados además de las más diversos ritos, como las ordalías y juicios de Dios) y de la prevalencia de los tribunales populares (…) (siendo) de destacar sobre todo el mantenimiento de la instancia única, tan peculiar luego en el sistema acusatorio moderno". En este punto menciona PEDRAZ PENALVA[6], con referencia a la obra del filósofo JULIÁN MARÍAS[7], que las ordalías suponían "una forma de pensamiento (…) caracterizado por ser afilosófico, acientífico, en cuanto que en él

---

[2] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". 2ª Ed. Marcial Pons. Madrid. 2004. Pág. 44.
[3] Un examen de la organización de las instituciones de la República puede verse en Miquel, Joan: "*Historia del Derecho Romano*". Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Madrid. 1995; y en Iglesias, Juan: "*Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*". Ed. Ariel. Barcelona. 2004.
[4] Cuyo principal exponente en España fue el "Fuero Juzgo", traducción romance del *Liber Iudiciorum*, es decir, del código legal visigodo promulgado primero por Recesvinto en el año 654 y posteriormente por Ervigio en el año 681. La versión romance se ha atribuido tradicionalmente a Fernando III, en el siglo XIII, dándose como fecha de realización el año 1241.
[5] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 44.
[6] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Ed. Colex. Madrid. 2000. Págs. 54 y 55.
[7] Marías, Julián. "*Introducción a la filosofía*". Madrid. 1979. Cap. 8. "El ser y las cosas". Págs. 239 y ss.

está ausente un proceso de deducción y/o de inducción. No se pretende (…) descubrir la relación de causalidad (…) lo que se evidencia en el uso de <modos> de prueba irracionales, es decir, no conducentes a esclarecer y determinar la existencia del afirmado hecho antijurídico y su imputabilidad, como agente, al sujeto que es sometido a un modo probatorio específico (del agua, del fuego, etc.) (…). Se trata de la creencia de que Dios no permitirá la injusticia de que el que tiene razón sea vencido o el inocente sea declarado culpable". En este esquema mental el grupo social juega un papel relevante, ya que "la forma de <pensamiento> que consiste en la apelación a la ordalía, y ésta, en sus menores detalles, está regulada socialmente, con arreglo a una pauta sin la cual carecería de eficacia y por tanto de certidumbre".

Es precisamente la relevancia del grupo social lo que constituye una de las características esenciales del sistema acusatorio, es decir, "la idea de renuncia a la autodefensa con el subsiguiente abandono de la satisfacción particular de los conflictos en pro de una solución públicamente adoptada que se estima pertinente, fruto de un procedimiento racional-formal, y que permite la seguridad jurídica y así la paz social"[8].

PEDRAZ PENALVA[9] sistematiza los principios básicos del sistema acusatorio, siguiendo lo dispuesto en Las Partidas[10] (en especial la Partida VII, Títulos I y II), de la siguiente manera:

"a) Comienza, primero, a instancia de la víctima y por extensión a solicitud de cualquier ciudadano que actúa en nombre de la colectividad (…) y, finalmente, del Ministerio Fiscal. Se distinguen por tanto acusador, acusado y juez.
b) La acusación debe formularse por escrito, pormenorizando identidad del acusador y acusado, Juez ante el que se formula, descripción del hecho concretando sus circunstancias de lugar y tiempo. Al acusador se le tomará

[8] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 52.
[9] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 56 a 58.
[10] Como es conocido, se trata de un texto normativo promulgado por el Rey Alfonso X para conseguir la uniformidad jurídica en la Corona de Castilla. Data del siglo XIII, y se considera que fue elaborado entre los años 1256 y 1265. Esta norma introduce, no obstante, algunos rasgos del incipiente sistema inquisitivo.

juramento de decir verdad, siendo emplazado seguidamente el acusado. No se permite al acusador el abandono de la persecución sin autorización del Juez, pudiendo sufrir la misma pena que hubiere recaído en el acusado (pena del talión).
c) Pero hay infracciones que no requieren denuncia ni acusación para ser perseguidas (…) pudiendo y debiendo en estos casos el Juez proceder de oficio.
d) El acusado será ingresado en prisión en función del tipo delictivo concreto (…)
e) Si el acusado, tras prestar juramento, niega la acusación, comienza el periodo probatorio. Un periodo probatorio regido por los principios de escritura y prueba tasada, admitiendo la tortura si el Juez tuviera alguna duda.
f) Rigen la contradicción, inmediación, la única instancia y la oralidad y publicidad, éstas últimas progresivamente sustituidas por la escritura y secreto propiciando así otra de las notas del proceso inquisitivo: la doble instancia.
g) La intervención de elementos populares como los jurados (…) habitual en el acusatorio, aunque no determinante, dependiendo de épocas y lugares (…).
h) Pretende obtenerse una sentencia <justa>, expresiva de la verdad material, mediante el conjunto de medios procesales, irracionales y sobrenaturales, de <decisión>".

Se observa, por tanto, en todo el proceso que se acaba de describir, una evolución en la que, inicialmente, el sistema de justicia se concibe como una forma de satisfacción privada frente a una ofensa (Grecia y Roma), para transformarse poco a poco (incluso en estas civilizaciones) en un modelo de contienda entre ciudadanos ante un tercero. Modelo en el que, a su vez, y al margen de sus connotaciones cuasi-mágicas, se van introduciendo mecanismos de participación social que surgen como consecuencia de la consideración del delito como un fenómeno que afecta a la colectividad.

Este sistema fue luego evolucionando a medida que iba creciendo el poder del Monarca, al asumir "en exclusiva la Justicia como instrumento para sentar su poder crecientemente absolutista"[11]. De esta forma, "los intereses del Estado se colocan por encima de los del individuo, pretendiendo impedir la impunidad de los crímenes,

[11] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Constitución, Jurisdicción y proceso*". Editorial Akal. Madrid. 1990. Págs. 146 y ss.

en cuanto lesivo de esos intereses estatales que son los generales"[12]. Empieza a surgir entonces el denominado sistema inquisitivo.

1.2.- La influencia de la Inquisición en la instrucción penal.

La evolución del sistema acusatorio al denominado modelo inquisitivo tiene lugar, sin duda alguna, por la "decisiva influencia de la Iglesia en la evolución de la Justicia secular"[13]. Instrumentos como el *Corpus Iuris Canonici* integrado por el Decreto de Graciano (a. 1140), las Decretales de Alejandro III (h. 1180), Inocencio III (a. 1216)[14], Honorio III y Gregorio IX (a.1234) o el Concilio de Letrán (1215), constituyeron el cuerpo normativo en el que se diseñó el proceso romano-canónico, modelo que fue seguido por el proceso secular de los países europeos continentales.

En efecto, la consolidación de este nuevo sistema inquisitivo, con raíz romana, se desarrolla a impulso de los Tribunales de la Inquisición de la Iglesia Católica en su Derecho canónico[15], y pronto encuentra acomodo en los procesos seculares "que se aprovechan incluso de la legitimación del tormento como medio para obtener la prueba plena y las ventajas que el mismo traía para sus fines de dominación"[16]. Y así se van introduciendo algunos aspectos en las Siete Partidas de Alfonso X[17], o

---

[12] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 58.
[13] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 51.
[14] Para Marchena Gómez, "con la llegada al pontificado de Inocencio III se inicia una nueva etapa en materia procesal que llevará a la superación de los dos procedimientos clásicos que, hasta entonces, servían de marco a la labor de la justicia eclesiástica: el procedimiento acusatorio y el procedimiento contra el difamado. (…) aquél pontífice va a introducir el procedimiento inquisitorial que, en buena medida, ya se había ido dibujando con anterioridad en la praxis de los Tribunales. (…) La labor procesal de Inocencio III fue sancionada en el cuarto Concilio de Letrán, que pasó después a las Decretales". En MARCHENA GÓMEZ, MANUEL. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 27.
[15] Como destacan LÓPEZ ORTEGA Y RODRÍGUEZ FERNANDEZ, "la Iglesia había creado el procedimiento inquisitivo con la finalidad de hacer efectiva la jurisdicción del pontífice sobre los asuntos eclesiásticos. (…) Para que esto fuera posible, el proceso debía iniciarse de oficio, como respuesta espontánea de la autoridad eclesiástica al simple rumor o a la murmuración pública (*diffamatio*)". En López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8086. 7 de mayo de 2013.
[16] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 45.
[17] Como se recuerda en Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Villar, Silvia. "*Derecho Jurisdiccional*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013. Pág. 58: "en el Antiguo Régimen la relación del Rey con la Justicia era clara. Y así, en las Partidas se decía expresamente que <Rey es gobernar y hacer justicia y derecho> (II, I, 6ª)".

más tarde, en la *Constitutio Criminalis Carolina* promulgada por Carlos I de España y V de Alemania en 1532.

Como destaca MARTIN Y MARTIN[18], en este modelo "no sólo se aceptó como suficiente para el inicio la delación o mera denuncia secreta, sino que incluso se posibilita una iniciación de oficio por el propio Juez, que practica u ordena las pesquisas, igualmente secretas, sin dar intervención al *inquisitus* hasta tener terminadas las averiguaciones". Tras las posibles excepciones y defensas, tenía lugar la formulación de la acusación y seguidamente la sentencia, "en una total mezcla de las funciones instructorias, de acusación y fallo".

Precisamente, para PEDRAZ PENALVA[19] es básico en el nuevo modelo el "decisivo papel del Juez, necesariamente técnico, ya no sujeto neutral (…), al asumir una multiplicidad de tareas entre las que resalta su investigación (pesquisa) decisiva para el pronunciamiento de la sentencia". Para este autor[20], los principios esenciales del sistema inquisitivo se pueden sintetizar de la siguiente manera:

"a) Juez profesional (…) con rechazo de cualquier participación lega en la tarea de juzgar, acorde con la tendencial estatalización de la justicia.
b) La investigación por el Juez constituye elemento determinante del enjuiciamiento, a veces de la acusación y, en todo caso, de la sentencia (…).
c) La escritura es imprescindible a fin de permitir la constancia de las actuaciones procesales, (…) y su conocimiento por otro órgano distinto (…) para posibilitar la segunda instancia. La prevalencia de la escritura, con el uso primordial del latín incomprensible para la mayoría ciudadana, y la tecnificación del procedimiento, auspician el secreto de las actuaciones procesales hasta la sentencia, aunque con miras a la prevención general, amén de la especial, se recurre a la ejecución pública de las penas. (…)
d) La inmediación es recomendada por el legislador (…); en todo caso (…) predicable sólo del Juez instructor que también decidiera.

[18] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 45.
[19] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 58 y 59
[20] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 65, 68 a 71.

e) La prisión del inculpado se sacrifica a la libertad.

f) En puridad conceptual, las fuentes de prueba son introducidas a través de los medios probatorios antes del plenario, recogiéndose por escrito, sin contradicción y en general en secreto.

El sistema de prueba legal imponía al Juez rígidas reglas para admitir y ponderar la prueba, atendiendo a criterios normativos: número (…), calidad de los testigos (…), etc. (clasificando) las pruebas en nulas (…), plenas (…) y semiplenas (…), de tal modo que (el juez) en lugar de apreciar las pruebas se ceñía a su cómputo".

A pesar de la aparente irracionalidad del modelo, en el ámbito de nuestro país, y valorándolo desde su perspectiva histórica, la recepción en la Baja Edad Media del proceso penal inquisitivo supuso "un importante avance en la cultura jurídica española", como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[21]. Para estos autores, la idea esencial a destacar es la "superación de la concepción privatista de la pena", lo que "sirvió para establecer, por primera vez en España, la titularidad pública de la potestad punitiva (superando) la mera realización de una venganza privada".

Sin embargo, este esquema general originario del Derecho Canónico, fue utilizado por los Reyes para imponer su supremacía frente a los poderes señoriales, dotando ulteriormente al aparato político del Estado de una capacidad de injerencia extraordinaria frente al ciudadano.

De hecho, como recuerdan LÓPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ[22], "con el molde del sistema inquisitivo, el proceso penal español consistió (…) en una lucha completamente desigual. De un lado se encontraba el concreto individuo al que un rumor o una denuncia anónima habían situado en el punto de mira de los funcionarios judiciales. Del otro se hallaba una autoridad estatal que debía encontrar la «verdad material» del suceso utilizando los más amplios poderes de injerencia en la persona y en el patrimonio de los ciudadanos. La estructura del

[21] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[22] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit

proceso inquisitivo no era, pues, la de una actividad procesal contradictoria, desarrollada ante un tercero imparcial. Se trataba, más bien, de un sistema de realización unilateral de una voluntad gubernativa investida de amplísimos poderes judiciales".

Este modelo inquisitivo fue desarrollándose en España[23] de forma paralela a los países de nuestro entorno, de tal forma que la tradición jurídica continental tomó un rumbo radicalmente distinto al seguido en los países de la órbita anglosajona, donde el proceso penal se identificó, prácticamente en exclusiva, con el "sistema de garantías judiciales que debía servir de límite al interés del Estado en la investigación y la sanción de los delitos"[24].

1.3- La Ilustración y la influencia de la Revolución Francesa.

El espíritu del pensamiento ilustrado, con la primacía de la "razón", se propuso eliminar toda referencia a elementos religiosos, dogmáticos o sobrenaturales en el sistema de Justicia. El máximo exponente de este cambio sustancial del modelo fueron las leyes revolucionarias francesas de 18 de enero y 16-29 de septiembre de 1791, que introdujeron, entre otras novedades, el "juicio público, oral, por jurados[25], con libre valoración de la prueba[26]".

Sin embargo, los episodios sangrientos que siguieron al proceso revolucionario, y la consiguiente pasividad de los ciudadanos a la hora de formular denuncias o acusaciones, determinaron el abandono del modelo acusatorio puro, hasta alcanzar

[23] Fueron exponentes la Nueva Recopilación de Felipe II en 1567, y la Novísima Recopilación de 1808; según Martín y Martín José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 52. Como se recuerda en Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Villar, Silvia. "*Derecho Jurisdiccional*". Op. cit. Pág. 58: "todavía en la Novísima Recopilación, ya en el inicio del siglo XIX, podía leerse: <Jurisdicción suprema civil y criminal pertenece a Nos, fundada por Derecho común, en toda las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos> (IV, I, 1ª). Esto supone que durante siglos el rey acaparó en su persona todo el poder (…)".

[24] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

[25] Desde el punto de vista orgánico, los revolucionarios franceses mostraban una gran desconfianza frente a los tribunales, a quienes se veía como un rescoldo del feudalismo frente al poder real absoluto, al estar compuestos por la nobleza baja y la burguesía, por lo que se optó por los tribunales populares, tal y como se hace constar en Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Villar, Silvia. "*Derecho Jurisdiccional*". Op. cit. Págs. 58 y 59.

[26] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 71.

un nuevo sistema procesal "fruto de la mezcla de los dos anteriores: inquisitivo y acusatorio (conocido por ello como sistema mixto o acusatorio formal)"[27]. El nuevo modelo fue recogido en el Código de Instrucción Criminal (*Code d'Instruction Criminelle*) de 1808, bajo el Imperio Napoleónico[28].

Para PEDRAZ PENALVA[29], las características de este proceso se pueden sintetizar de la siguiente forma:

"a) Se diferencian con nitidez dos etapas en el proceso penal: sumario y plenario (…)
b) El sumario, con sus principios de escritura, secreto, no contradicción (…), se reduce a preparar el juicio oral suministrando el material utilizable por la acusación y defensa, pero en ningún caso por el juez decisor.
c) No cabe hablar de actividad probatoria en la investigación (…)
d) La naturaleza pública de la actividad procesal penal se traduce en que la investigación no está condicionada, ni en su iniciación ni en su contenido, por la comunicación o solicitud de un sujeto (…) sino que es suficiente para provocarla la mera *notitia criminis.* (…) El deber del juez de instruir se extiende a la investigación de todos los <hechos> (…). Tampoco la acusación es abandonada a los particulares, salvo en los delitos privados, aunque (…) además de por el Estado a través de un órgano específico: el Ministerio Fiscal" pueda ser ejercitada "por los ciudadanos afectados o no por el afirmado hecho punible que se enjuicia".

Este sistema fue introducido en España a finales del siglo XIX, con "el aliento de la revolución liberal[30]", como destaca CALVO SANCHEZ[31], cuando apunta a la

[27] Martín y Martín José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 46.
[28] La desconfianza de los revolucionarios franceses hacia los tribunales determinó que el poder ejecutivo subordinara a los jueces, de manera que no podía hablarse de un poder del Estado, sino de la administración de justicia, planteamiento aprovechado por el régimen napoleónico, que concibió la justicia como una parte de la administración francesa. Incluso en la Constitución republicana de 1848, se señala que la justicia se administra en nombre del pueblo, pero los jueces son nombrados por el presidente de la República. Todo ello conforme se recoge en Montero Aroca, Juan; Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Villar, Silvia. "*Derecho Jurisdiccional*". Op. cit. Págs. 59 y 60.
[29] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 74 y 75.
[30] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[31] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Revista del Poder Judicial. nº 17. 1990. Consejo General del Poder Judicial. 1990.

Constitución Española de 1812 como el "arranque de una evolución liberal que posibilitará el tránsito del proceso penal inquisitivo al acusatorio formal o mixto".

Así se pronuncia igualmente DE LA OLIVA SANTOS[32], quien señala que la evolución hacia un modelo acusatorio en nuestro país se produce a lo largo de todo ese siglo XIX. Para este autor, los rasgos de un nuevo sistema procesal opuesto al modelo inquisitivo ya se recogen inicialmente en la CE de 1812 (Titulo V, capítulo III), que se desarrolla mediante el Reglamento provisional para la administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria; así como en el Decreto de Unificación de Fueros, de 1868, y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, de inspiración liberal, que contenía un buen número de normas procesales.

Todos estos principios fueron recogidos en la primera Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por el Real Decreto de 22 de diciembre de 1872, que introducía la institución del jurado, el juicio oral y público, y la única instancia, con un posible recurso de casación posterior. Sin embargo, esta ley no surtió efectos al no establecerse el nuevo sistema de tribunales iniciado por la Ley de 1872.

Tras la restauración monárquica de 1874, el Decreto de 3 de enero de 1875 deja en suspenso el jurado y el juicio oral y público; lo que fue reiterado en la Compilación General, aprobada el 16 de octubre de 1879, que a pesar de estar basada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872 y en la Ley Orgánica de 1870, mantenía la eliminación del jurado, el juicio oral, y la supresión de la distinción entre instrucción y fallo o decisión de causas penales.

Fue la Ley de Bases para una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, sancionada el 11 de febrero de 1881 y promulgada el 22 de junio de 1882, la que estableció los principios de un sistema acusatorio formal o mixto que, definitivamente, fue

---

[32] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2007. Págs. 90 a 94.

recogido en nuestro derecho procesal por la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobada el 14 de septiembre de 1882.

Así se expresaba en varios párrafos de su celebrada Exposición de Motivos que el entonces Ministro de Gracia y Justicia, don Manuel Alonso Martínez, dirigía al Monarca español don Alfonso XII. Después de admitir que "*el Reglamento provisional de 26 de septiembre de 1835, y las disposiciones posteriores publicadas durante el reinado de la Augusta Madre de V.M. introdujeron, como ya se ha dicho, evidentes mejoras en el procedimiento criminal*", sin embargo señalaba que "*no alteraron su índole esencialmente inquisitiva*". Y lo mismo se decía de las "*Leyes de 15 de septiembre de 1870 y 22 de diciembre de 1872"* que "*inspirándose en las ideas de libertad proclamadas por la revolución de 1868, realizaron una reforma radical en nuestro sistema de enjuiciar con el establecimiento del juicio oral y público, pero mantuvieron el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el periodo de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia, Bélgica y otras naciones del continente europeo*". Con esos precedentes, la propuesta que se formulaba era llevar "*el sistema acusatorio al sumario mismo*", siendo "*consecuente con el espíritu liberal*" que informaba la política del Gobierno de la época.

Para ello se introducían novedades relevantes desde la perspectiva histórica en que el texto fue promulgado. Así, se reconocía el derecho de defensa en la instrucción que, no obstante mantener una fase inicial de secreto, imponía al Juez instructor la obligación de "*acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables*". La fase de instrucción se concebía como "*una simple preparación del juicio*", de manera que el "*juicio verdadero*" no comenzaba sino "*con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente* (…)".

Se producía con ello una separación nítida entre las funciones de instrucción, acusación y fallo, con la finalidad de que el Tribunal se ciñera "*al ejercicio de una sola atribución, la de fallar como Juez imparcial*", atribuyendo "*únicamente al Ministerio Fiscal o al acusador particular*" la formulación del "*acta de acusación*". Como destacan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[33], "una autoridad estatal —el Ministerio Fiscal— debía asumir la función de acusar, en tanto que otra —el tribunal— debía proceder al enjuiciamiento del hecho. (…) La finalidad era instrumental. Se entendía que el Ministerio Fiscal era la institución adecuada para que el ejercicio de la jurisdicción pudiera desarrollarse imparcialmente". De hecho, como recuerda CALVO SANCHEZ[34], "fue (…) en el juicio oral donde con más pureza se dio entrada al acusatorio por cuanto (…) en primer lugar, competente para conocer de él era un órgano colegiado distinto del unipersonal encargado de la instrucción (…) (y) en segundo lugar, por la no confusión entre quien acusa y juzga".

Precisamente por ello, la implantación de este sistema no supuso, en la práctica judicial, más que una "modulación relativa del viejo sistema inquisitivo (…). La Ley de Enjuiciamiento Criminal modificó, así, algunos de los aspectos estructurales del proceso penal del Antiguo Régimen; pero el modelo inquisitivo sobrevivió, en su esencia, en todo lo relativo a la actividad preparatoria del juicio oral. El Juez de Instrucción, como heredero directo del antiguo inquisidor real, era el funcionario público que pasaba a acumular en su persona todos los poderes —investigadores y jurisdiccionales— que eran necesarios para hallar la «verdad material» del hecho y asegurar la persona del delincuente"[35].

En definitiva, a pesar del avance significativo que supuso en ese contexto histórico, la propia Exposición de Motivos de la LECrim no pudo ocultar la realidad de que el sumario era "*la piedra angular del juicio y la sentencia*".

---

[33] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[34] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[35] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

1.4.- La instrucción penal en el constitucionalismo moderno.

Como señala PEDRAZ PENALVA[36], "la evolución del proceso penal no se ha detenido en el acusatorio formal", debiendo apuntarse el "decisivo cambio que (…) se produce en la Europa continental" como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial. La "vieja idea decimonónica de protección de la libertad por la Ley tiende a ser sustituida por la de la necesidad de protección de las libertades frente a la ley". Surge así el constitucionalismo moderno que, unido a la actividad jurisdiccional, "pretende proteger al individuo de eventuales mayorías gubernamentales que pudieren confluir en planteamientos autoritarios con terribles consecuencias como las vividas durante los años de la preguerra mundial".

En el mismo sentido se pronuncian LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[37], cuando destacan que "tras la II Guerra Mundial —verdadera catarsis del Derecho Público europeo—, el sistema acusatorio formal fue abandonado en las naciones democráticas de la Europa continental. La doctrina jurídica del siglo XIX, que había sublimado en exceso la idea del Estado y la superioridad de sus fines, había creado un Derecho Público omnipotente, escasamente atento a los límites materiales que debían imponerse a la acción de los poderes públicos". Del mismo modo, GIMENO SENDRA[38] indica que todas las garantías derivadas de la doctrina sobre el derecho a un proceso justo (entre otras, el derecho al juez legal, el sistema acusatorio, los principios de contradicción y de igualdad y de libre valoración de la prueba) "fueron instauradas por el movimiento liberal e impulsadas, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, como reacción frente al horror cometido por la implantación de los Estados totalitarios". Lo que se tradujo en la "suscripción por los distintos Estados europeos de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos".

---

[36] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 75 a 81
[37] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[38] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Ed. Civitas. Navarra. 2012. Págs. 61 a 72.

En efecto, como “importantes fuentes” de derecho procesal, según expone DE LA OLIVA SANTOS[39], se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas, en 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril del mismo año); y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 14 de noviembre de 1950, ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE del día 10 del mismo mes y año).

Sin embargo, los principios de carácter procesal que se derivan de estos instrumentos internacionales siguieron un desigual proceso de implantación en los diferentes países.

Así, como destaca GIMENO SENDRA[40], “hasta finales de la década 1970-1980 se observa en Europa todo un movimiento de reforma (…) tendente a incrementar el derecho de defensa dentro de la instrucción y a potenciar el principio acusatorio principalmente por la vía de conferir al Ministerio Público la dirección de la investigación sumarial, reservando los actos de prueba a los practicados bajo la inmediación del tribunal decisor con” la excepción de los “supuestos de la prueba sumarial anticipada y preconstituida. Dicho movimiento culminará con la promulgación de los Códigos Procesales Penales portugués de 1987 e italiano de 1988 que, inspirados en la <pequeña> reforma a la StPO alemana (de 1975), han acabado por convertir también al Ministerio Público en el <dueño de la investigación>, reservando el papel del Juez de Instrucción a su estricta misión de protección de los derechos fundamentales”.

[39] De La Oliva Santos, Andrés y otros. “*Derecho procesal penal*”. Op. cit. Págs. 87 a 90.
[40] Gimeno Sendra, Vicente. “*Derecho Procesal Penal*”. Op. cit. Págs. 61 a 72

En el mismo sentido se expresa MORENO CATENA[41], al señalar que "el modelo procesal liberal ha conocido en las últimas décadas -después de la Segunda Guerra Mundial- un importante movimiento de reforma que se ha extendido por diferentes países europeos, tomando como referencia el proceso anglonorteamericano y, esencialmente, en la idea de reasignar los papeles que desempeñaban durante la instrucción el Juez y el Ministerio Fiscal, dejando al primero los cometidos estrictamente jurisdiccionales, y encomendando al segundo la responsabilidad y el peso de la investigación. Junto con este nuevo reparto se pretendía llevar el principio acusatorio a la fase de investigación y hacer valer los principios de publicidad, contradicción e igualdad en el inicio del procedimiento[42]. (…) El movimiento innovador se inicia en Alemania con la Gran reforma del proceso penal de 1974, y ha encontrado eco más tarde en Portugal -*Ley Orgánica del Ministerio Público* de 1986 y *Código de processo penal* de 1987- y en Italia -*Codice di procedura penale* de 1988-. El Ministerio Fiscal deja de ser el pasivo espectador de la investigación, que debía pasar por una instrucción dirigida por el juez, para luego presentar su acusación (…). La evolución legislativa en estos tres países europeos ha colocado al procedimiento penal bajo una óptica distinta, al producirse un cambio en su estructura, ya que se pasa del modelo acusatorio formal o mixto (o inquisitivo formal) a un modelo en que la igualdad y la contradicción se respetan desde el comienzo de la persecución penal y el juez no toma la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de investigación".

Para LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[43], esta evolución se produce por el "influjo de la cultura anglosajona", que motivó "en la segunda mitad del siglo XX, (que) las naciones de la Europa occidental adoptaran un nuevo arquetipo de

---

[41] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

[42] Para este autor, "las dos modificaciones esenciales se refieren, pues, a lo siguiente: por un lado, se atribuye la responsabilidad en la investigación de los hechos delictivos, se encomienda la instrucción al Ministerio Fiscal, convirtiéndole en protagonista esencial de toda esta fase del procedimiento. Por otro lado, de acuerdo con los textos internacionales sobre derechos humanos -en Europa el CEDH y el PIDCP- se pretende garantizar desde el inicio de las actuaciones el derecho de defensa que debe asistir al imputado". Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit.

[43] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

proceso en el que la dirección de la investigación se encomendaba a una autoridad pública distinta al juez". Igual que ocurriera con la transformación del modelo inquisitivo en un sistema acusatorio, para estos autores "la finalidad última de este segundo trasvase de competencias volvía a ser instrumental: se buscaba, nuevamente, que el Juez pudiera ejercer de forma imparcial su función genuina, en este caso la de garantía de los derechos del sujeto investigado. La experiencia acumulada durante la vigencia del sistema acusatorio formal había demostrado que con las actividades de investigación y de garantía se producía un fenómeno análogo al que había motivado la división de las tareas de acusación y enjuiciamiento. La acumulación de ambas funciones en la misma autoridad pública dificultaba el adecuado desempeño de la labor esencialmente judicial. Asimismo, las diligencias investigadoras debían perder el peso probatorio que habían conservado en el sistema acusatorio formal —en la medida que seguían practicándose ante una autoridad jurisdiccional—. El juicio oral debía recuperar su función genuina, como marco contradictorio en el que sólo podía alcanzarse la condena si la tesis sostenida por la acusación era probada más allá de toda duda razonable".

Nuestro país, sin embargo, no sólo siguió un camino diferente, completamente ajeno a este profundo cambio de modelo sino que, incluso, en algunos momentos llegó a perder de vista las indudables bondades que la vetusta LECrim de 1882 introdujo en nuestro derecho procesal.

En efecto, la evolución del proceso penal en España durante el siglo XX estuvo claramente condicionada por el régimen de la dictadura franquista, que impidió en nuestro país la introducción de los principios básicos protectores de los derechos fundamentales proclamados por los instrumentos internacionales ya reseñados. Como inciden LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[44], lo paradójico es que la legislación procesal "quedó, de esta forma, anclada en un sistema acusatorio

[44] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit

formal al que", sin embargo, "las reformas legislativas iban dando un cariz cada vez más inquisitivo".

Uno de los principales exponentes de la progresiva introducción de figuras típicamente inquisitivas fue, para DE LA OLIVA SANTOS[45], la reforma llevada a cabo por la Ley 3/1967, de 8 de abril, por la que se establecía el procedimiento de urgencia para determinados delitos. Conforme a esta modalidad procesal, la fase de juicio oral "se desarrollaba y la sentencia se dictaba por el propio Juez" que había dirigido la fase de instrucción[46]. En palabras de CALVO SANCHEZ[47], con esta reforma se subvertían y desnaturalizaban algunos de los principios básicos que habían hecho de nuestro proceso penal, hasta entonces, "uno de los más avanzados del mundo occidental". Para esta autora, "la unificación en un mismo Juez de las funciones instructora y decisora (…) rompe el principio acusatorio, celosamente guardado hasta entonces, e infringe una de las máximas garantías que el justiciable tiene derecho a exigir, la de ser juzgado por un tribunal imparcial".

No fue hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, precedida de la ratificación del PIDCP en el año 1977, cuando nuestro país asumió definitivamente los principios internacionales básicos en materia de protección de derechos fundamentales y libertades públicas, por imperativo de lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96.1 CE.

Como recuerda GIMENO SENDRA[48], las primeras manifestaciones de los profundos cambios introducidos en nuestro modelo procesal se produjeron entre los

---

[45] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 90 a 94.
[46] Así se establecía en el art. 14, tercero LECrim, modificado por el art. segundo de dicha Ley, según el cual: "*Para la instrucción, conocimiento y fallo de las causas por delitos perseguibles de oficio castigados con pena no superior a arresto mayor, privación del permiso de conducir, multa que no exceda de cincuenta mil pesetas o cualquiera de éstas conjuntamente con las demás o con una de ellas, los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido, salvo cuando por razón de los antecedentes penales del presunto reo o por cualquier otra circunstancia deba o pueda imponerse pena superior; esté comprendido el hecho entre los delitos que figuran en el artículo tres de la Ley de dos de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, o por expresa disposición legal esté reservado el procesamiento a la Audiencia Provincial*". Lo que se complementaba por lo dispuesto en el art. tercero de la citada Ley 3/1967, según el cual: "*No será aplicable la causa de recusación número doce del artículo cincuenta y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los casos comprendidos en el número tercero del artículo catorce de dicha Ley*".
[47] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[48] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 61 a 72

años 1978 y 1984, con un indudable "fortalecimiento de las garantías del proceso justo". Así, la Ley de 4 de diciembre de 1978 introdujo una nueva redacción del art. 118 LECrim que posibilitaba la intervención de la defensa durante toda la fase de instrucción; la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, dio un nuevo contenido al art. 520 LECrim; y la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguló el procedimiento de Habeas Corpus. Para este autor, con estos instrumentos normativos "se abolieron los tres clásicos estadios de la intervención del defensor, propios del modelo liberal (esto es, la defensa prohibida en la detención, permitida en la instrucción y obligatoria en el juicio oral), para refundirlos en uno solo: la defensa necesaria a partir de la detención o desde el primer acto de imputación judicial y hasta la obtención de una resolución definitiva y firme".

Sin embargo, en ese mismo periodo se aprueba la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, para el "*enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*", que participaba del mismo principio que la Ley 3/1967, unificando las funciones de instrucción y decisión en un mismo Juez[49]. Como afirma CALVO SANCHEZ, con esta norma "el panorama procesal empeora (…) equivocando una vez más el legislador el fin del proceso con la rapidez, e insistiendo en la quiebra del principio acusatorio, pese al reconocimiento constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías"[50].

Otras reformas relevantes del proceso penal en nuestro país, como expone DE LA OLIVA SANTOS[51], fueron la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, "*de los*

---

[49] Así se disponía en el artículo segundo de esta ley, según el cual: "*Serán competencias para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido. En ningún caso les serán de aplicación la causa de recusación, prevista en el apartado doce del artículo cincuenta y cuatro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*". Se trataba de un procedimiento que, conforme al artículo primero de la citada Ley, se aplicaba a las siguientes infracciones penales: "*Uno. El procedimiento regulado en esta Ley se aplicará al enjuiciamiento de los delitos dolosos perseguibles de oficio, que a continuación se señalan: Primero. Los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses o con cualquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de seis años. Segundo. Los flagrantes, castigados con pena o penas, cualquiera que sea su naturaleza, cuya duración no exceda de seis años*".

[50] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit. Para esta autora, "esta ley presenta un balance final negativo por la vulneración del principio acusatorio, a lo que hay que añadir la deficiente regulación de los escritos de calificación, la posibilidad de acusaciones por sorpresa o las fisuras en el derecho de defensa (…) lo que resultaría más preocupante por la posibilidad de imponer penas privativas de libertad de hasta seis años".

[51] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 90 a 94

Juzgados de lo Penal y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de enjuiciamiento criminal", por la que se introdujo el procedimiento abreviado; la Ley 10/1992, de 30 de abril, de "*medidas urgentes de reforma procesal*", que introdujo fórmulas de enjuiciamiento rápido; la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, "*del Tribunal del Jurado*"; y la Ley 38/2002, de 24 de octubre, "*de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*", que introdujo la modalidad conocida como "juicio rápido"[52].

Sin embargo, como se ha visto, la evolución normativa que se acaba de describir no se ha desarrollado en nuestro país de forma paralela a los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Ninguna de estas reformas ha abordado una revisión profunda del modelo de instrucción penal, y particularmente, en lo relativo a la figura del Juez de Instrucción, que se ha mantenido con los mismos contornos, sustancialmente, que los recogidos en la LECrim promulgada en el año 1882. Nuestro proceso penal sigue estando presidido por algunas características que lo asemejan al sistema inquisitivo, sin que se haya profundizado en un modelo propiamente acusatorio que lo equipare con los países europeos que comparten –sustancialmente- una misma tradición jurídica, como se analiza a continuación.

2.- Modelos de instrucción en el derecho comparado

La singularidad del modelo español de instrucción penal se puede concretar, esencialmente, en el mantenimiento de una figura que no existe en la mayoría de los países de nuestro entorno: el Juez de Instrucción. Se trata de un elemento singular que condiciona todo el modelo, tanto en lo relativo al comienzo mismo de

[52] Para De La Oliva Santos (op. cit.) otras reformas parciales relevantes, por orden cronológico, han sido las siguientes:
-Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre, de modificación de los arts. 503 y 504 LECrim, sobre plazos de la prisión preventiva
-Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, en materia antiterrorista (arts. 384 bis y 520 bis)
-Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, sobre prisión preventiva.
-Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género
-Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

la instrucción, como a su desarrollo (práctica de diligencias, intervención de las partes y recursos) o al valor de lo practicado en esta fase (relevancia desde el punto de vista del juicio de acusación y del juicio oral). La excepcionalidad del sistema se pone de manifiesto cuando, además, se observa que esta peculiaridad no se corresponde necesariamente con una eficacia sustancial del modelo, como se analizará en los siguientes Capítulos, sobre todo cuando se enfrenta a formas de criminalidad complejas u organizadas.

Parece claro que todo intento de asunción incondicional de un sistema de Justicia procedente de otro país no debe suponer, sin más, una garantía de éxito. Sin embargo, el hecho cierto de que España se haya convertido, dentro del contexto europeo, en una de las pocas excepciones a la regla general, ha de implicar –de hecho, así ha sido- un profunda reflexión sobre las características de nuestro modelo.

Para ello, es necesario hacer una somera descripción de los sistemas de instrucción o investigación penal vigentes en países que comparten con España unas bases jurídicas similares, y que se pueden englobar en lo que tradicionalmente se considera como el derecho europeo continental o sistema de *civil law*[53]. Este análisis se realizará, fundamentalmente, sobre aquellos aspectos que tienen una particular incidencia en la configuración de un modelo de instrucción. En tal sentido, el esquema común se inicia con una referencia a la estructura orgánica y organizativa de cada sistema -ya que contiene claves que pueden explicar el modelo respectivo-, para continuar con el estudio de algunos de los elementos esenciales de esta fase del proceso penal, en los que luego se incidirá en otros apartados de este trabajo.

2.1.- El modelo francés.

2.1.1.- La organización judicial en Francia.

[53] En contraposición al modelo de *common law* anglosajón, basado en el valor preponderante de la jurisprudencia o del precedente judicial.

Como destaca LACOSTE[54], no es posible abordar el análisis del sistema de justicia francés sin mencionar la existencia de una dualidad de órdenes: el administrativo y el judicial. Siguiendo en este punto a BADIE[55], "el orden administrativo (está) compuesto de Tribunales administrativos, de Tribunales administrativos de apelación, y el Consejo de Estado, que es, en su sección contenciosa, el Tribunal Supremo administrativo[56]. Por su parte, en lo que ahora nos interesa, el orden judicial tiene competencias en materia penal y civil[57].

El origen de esta organización dual hay que situarlo en los textos "revolucionarios", ya que, como señala LACOSTE[58], se trata de la "interpretación francesa de la teoría de separación de los poderes", basada en una desconfianza inicial hacia la figura de los jueces, ya mencionada anteriormente, que fue luego aprovechada por el régimen napoleónico para mantener el control sobre el ámbito propio de la actuación jurisdiccional, que pasó a ser considerada como una parte de la administración del Estado.

En la actualidad, esta concepción aparece reflejada en la composición del Consejo Superior de la Magistratura (*Conseil supérieur de la magistrature*), que es presidido por el Presidente de la República, quien a su vez es asistido por el Consejo en su aparentemente paradójica labor de garante de la independencia de la autoridad judicial, tal y como se establece en los arts. 64 y 65 de la Constitución de 4 de octubre de 1958[59]. El Consejo Superior de la Magistratura está formado, a su vez, por dos Secciones, relativas a los Magistrados y a los Fiscales, respectivamente. La

---

[54] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.
[55] Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001. Pág. 83.
[56] "Esas jurisdicciones tiene competencia para juzgar los litigios entre administraciones, entre las administraciones y los ciudadanos (salvo los asuntos de tráfico) y ciertos casos particulares". Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op cit. Pág. 83.
[57] Aunque, como destaca LACOSTE (op. cit.), "en la realidad, la organización impone una especialización" entre los asuntos penales y los civiles.
[58] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit.
[59] Se ha utilizado la versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006071194#LEGISCTA000006095828. Versión actualizada a fecha 28 de junio de 2015. El art. 65 fue modificado por la Ley constitucional 724/2008, de 23 de julio.

idea esencial a destacar es la considerable presencia de miembros no procedentes de la Magistratura. Así, junto a los propios representantes de estos colectivos (hasta un total de 7: el Presidente del Tribunal de Casación, 5 Magistrados y 1 Fiscal; y el Fiscal General del Tribunal de Casación, 5 Fiscales y 1 Magistrado, respectivamente), forman parte de estas Secciones un consejero del Consejo de Estado, un abogado y 6 juristas de reconocido prestigio (*personnalités qualifiées*), nombrados estos últimos por el Presidente de la República, el de la Asamblea Nacional y el del Senado (2 cada uno de ellos)[60].

Otra característica propia del modelo de organización judicial francés es la integración de los Jueces y Fiscales en un cuerpo o carrera única[61]. Aunque hay posibilidad de trasvase entre ambas funciones[62], los Jueces (*Magistrats du siège*) y los Fiscales (*Magistrats du parquet*) mantienen un régimen jurídico con principios estructurales diferenciados, ya que la independencia judicial se contrapone a la dependencia jerárquica de los Fiscales, como luego se describirá[63].

Pues bien, como expresa LACOSTE[64], "el principio esencial que preside la organización judicial penal es muy sencillo", puesto que consiste en una división de los órganos jurisdiccionales basada en la clasificación tripartita de las infracciones, denominadas "contravenciones" (lo que, en España, equivaldría a las faltas[65]), delitos y crímenes (estos últimos son aquellas infracciones penales más graves

---

[60] El art. 65 establece la cautela de que no podrán ser miembros del parlamento, del poder judicial o del orden administrativo.

[61] Como señala Badie, el ingreso en la Escuela Judicial de Burdeos se produce tras superar un proceso selectivo común basado en el sistema de oposición libre entre licenciados en Derecho. No obstante, existe también otra vía que permite integrar directamente en la carrera judicial a miembros de las profesiones jurídicas (Abogados, Notarios, Procuradores). Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Pág. 85.

[62] Según Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Pág. 85; "existen pasarelas y es frecuente que un magistrado ocupe alternativamente funciones de juez y de fiscal durante su carrera".

[63] El modelo de carrera única también se sigue en Italia, como luego se verá, y ha sido propugnado desde diversos sectores como un modelo que pretende "preservar (la) complementaria independencia funcional" entre jueces y fiscales, apostando de forma "decidida por un acercamiento estatutario entre jueces y fiscales, sin confundir los roles de cada uno". Ver, en tal sentido, JIMENEZ-VILLAREJO FERNANDEZ, FRANCISCO. "*Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales*". Revista Diario La Ley. nº 7846. 26 de abril de 2012. Para ello se apoya en algunos textos de órganos de ámbito europeo como la Recomendación 2000 (19) del Comité de Ministros del Consejo de Europa (de fecha 6 de octubre de 2000) sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal; y la denominada <Declaración de Burdeos> del Consejo Consultivo de Jueces Europeos y del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos (de fecha 8 de diciembre de 2009) sobre Jueces y Fiscales en una sociedad democrática. Estos textos pueden ser consultados en www.coe.int.

[64] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit

[65] Ahora derogadas tras la entrada en vigor de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77 de 31 de marzo)

tales como homicidios, violaciones, robos con armas, criminalidad organizada, etc.[66]). Conforme a lo dispuesto en el *Code de Procèdure Pènal* (en adelante, CPP Fr.) de 1958[67], a cada infracción corresponde un órgano judicial concreto, de forma que las contravenciones son juzgadas por el denominado *Tribunal de pólice et de la juridiction de proximité* (art. 521 CPP Fr), los delitos por el *Tribunal Correctionnel* (art. 381 CPP Fr) y los crímenes por la *Cour d'Assise,* o Tribunal de Jurado (art. 231 CPP Fr). Todo ello en el marco de una organización general regulada en el *Code de l'organisation judiciaire*[68] que está compuesta, básicamente, por tres niveles: el Tribunal de Gran Instancia (*Tribunal de Gran Instance*, arts. L-211-1 y ss), el Tribunal de Apelación (*Cour d'Appel,* donde se integra la *Cour d'Assise*, arts. L-311-1 y ss.) y el Tribunal de Casación (*Cour de Cassation*, arts. L-411-1 y ss) A su vez, en el ámbito del Tribunal de Gran Instancia se sitúan otros órganos judiciales como el Tribunal de Instancia (*Tribunal d'Instance*, arts. L-221-1 y ss.).

Por su parte, el Ministerio Público francés está organizado de forma paralela a la estructura judicial mencionada. De esta manera, existe una oficina del Ministerio Fiscal ante el Tribunal de Gran Instancia, ante el Tribunal de Apelación y ante el Tribunal de Casación. Como señala BADIE[69], estas oficinas están dirigidas, respectivamente, por el Procurador de la República (*Procureur de la République*, arts. 39 a 44 CPP Fr), por el Procurador General (*Procureur Général près la cour d'appel*, arts. 34 a 38 CPP Fr) y por el Fiscal General del Tribunal de Casación (*Procureur Général près la Cour de cassation*, arts. 621 CPP Fr).

Como destaca NARVAEZ RODRIGUEZ[70], el "Ministerio Fiscal francés pasa por ser uno de los modelos de mayor dependencia al ejecutivo"[71]. De hecho, no existe la

---

[66] Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Pág. 84.
[67] Se ha utilizado la versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154. Versión actualizada a fecha 21 de junio de 2015.
[68] Se ha utilizado la versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DB2E87D4324164A805257E84246E97E1.tpdila08v_1?cidTexte=LEGITEXT000006071164&dateTexte=20150628. Versión actualizada a fecha 13 de abril de 2015.
[69] Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Págs. 89 y 90
[70] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 125
[71] Ver, en parecidos términos, DE OÑA NAVARRO, JUAN MANUEL. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid.

figura de Fiscal General, de manera que es el Ministro de Justicia quien dirige la política de acción pública determinada por el Gobierno, pudiendo dirigir a los miembros del Ministerio Público instrucciones generales de actuación (art. 30 CPP Fr)[72], a través del Procurador General del Tribunal de Apelación. Este, a su vez, puede dirigir instrucciones particulares a los Procuradores de la República, pero siempre por escrito y con la debida constancia en las actuaciones (art. 36 CPP Fr).

En la misma línea ZARATE CONDE[73] pone de manifiesto que el derecho galo está ausente de una previsión legal "semejante a la del art. 27 EOMF (…). Esta ausencia de previsión legal incide más en la idea según la cual el Ministerio Fiscal francés se encuentra sujeto a una fuerte jerarquización" que sólo va acompañada de una fórmula similar a la del art. 25 EOMF, contenida en el vigente art. 33 CPP Fr, según el cual los miembros del Ministerio Público francés podrán desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que "crean conveniente al bien de la justicia".

Sin embargo, para BADIE[74], la idea central que preside el principio de jerarquía de los miembros del Ministerio Fiscal es que éstos son "a la vez dependientes del Gobierno e independientes de las jurisdicciones al lado de las cuales están. Pero, aunque dependientes del Gobierno, los miembros de la carrera fiscal francesa no son funcionarios sino representantes del interés general, enlaces entre el poder ejecutivo y el poder judicial". De hecho, para este autor, "esa independencia está asegurada en cuanto a los jueces y los ciudadanos. Un juez no puede dar instrucciones al fiscal, y no tienen ningún poder para ejercer la acción pública. El fiscal es la persona que define el campo y los límites de los hechos sometidos al juez penal. Frente al ciudadano (…) no tiene que dar cuenta de su acción (…) o de sus palabras o escritos" salvo casos de "culpa personal" o comisión de delitos.

2001. Pág. 215. "Es de significar (…) que el Ministerio Fiscal está considerablemente subordinado al poder ejecutivo, hasta el punto de que el Ministro de Justicia (…) es de hecho su autoridad máxima (…)".

[72] La redacción actual de este precepto deriva de la reforma llevada a cabo por la Ley 669/2013, de 25 de julio. Este precepto ha sido objeto de diversas modificaciones en los últimos años, ya que la versión anterior, redactada por la Ley 204/2004 de 9 de marzo, permitía al Ministro de Justicia dirigir instrucciones en asuntos concretos, aunque en todo caso por escrito y con la debida constancia en las actuaciones.

[73] Zárate Conde, Antonio. "*Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés*". Revista Diario La Ley. nº 7942. 11 de octubre de 2012.

[74] Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Págs. 86 a 89.

En definitiva, se considera que el ejercicio de la acción penal pública ha de ser asumido por una institución del Estado que, al mismo tiempo, no ha de estar condicionada por ningún otro interés que no sea el del carácter público o general. No obstante, como recuerda LACOSTE[75], "es cierto que la ausencia de independencia del Ministerio Público es una de las claves del mantenimiento institucional del juez de instrucción en Francia".

2.1.2.- El modelo de instrucción penal en Francia.

El estudio de las características básicas del modelo de instrucción francés ha de partir necesariamente de la constatación de la existencia de la figura del Juez de Instrucción, lo que constituye un relevante elemento común con el sistema español. No obstante, ambos modelos se diferencian de manera sustancial en dos aspectos determinantes, ya que en el sistema francés rige el principio de oportunidad y, al mismo tiempo, no existe el principio de oficialidad.

En efecto, el proceso penal tipo en Francia se inicia por una investigación preliminar a cargo del Ministerio Fiscal denominada "*De l'enquête préliminaire*" (arts. 75 a 78 CPP Fr). Como señala BADIE[76], la tarea principal del Ministerio Público "es constatar y perseguir los delitos". Para ello, recibe las denuncias, investiga las infracciones penales dirigiendo a la policía, y controla personalmente la detención policial. Pero además, puede decidir no ejercitar la acción penal conforme a criterios de oportunidad recogidos en el art. 40.1, en relación con los arts. 41.1. y 41.2 CPP Fr, que incluyen medidas alternativas al proceso como la mediación o la denominada "composición judicial" (sometimientos a transacción, tratamientos médicos o programas de sensibilización, medidas de alejamiento, retiradas de pasaporte, etc.) [77].

---

[75] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit

[76] Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Págs. 90 a 95.

[77] Señala Badie que, además del 63 % de asuntos con autor desconocido, más de la mitad de los asuntos perseguibles son archivados, como sistema de regulación de los flujos de procedimientos. Estas cifras han ido evolucionando mediante la introducción de soluciones alternativas a la persecución (mediación, archivo bajo condición, etc.). De esta forma, en el año 2000 el 68 % de los asuntos perseguibles recibieron una respuesta penal. Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Op. cit. Págs. 90 a 95. En el mismo sentido se pronuncia

Una vez culminada la investigación preliminar, si el Fiscal decide no archivar el asunto, puede citar al procesado directamente al juicio, utilizar cualquier modalidad de enjuiciamiento rápido, o instar la incoación de una investigación por el Juez de Instrucción, a través de la "*requisitoire*" (art. 80 CPP Fr)

Como destaca LACOSTE[78], la instrucción tiene por objeto poner el asunto "en estado de ser juzgado", siendo obligatoria en materia criminal, facultativa para los delitos y excepcional para las contravenciones (art. 79 del CPP Fr). Pero lo esencial es que se rige por dos principios básicos: el juez de instrucción no puede instruir de oficio (art. 80 CPP Fr), y al mismo tiempo, tiene la obligación de instruir (art. 81 CPP Fr), una vez que el Fiscal así lo solicita.

Este principio general de no oficialidad se complementa con una regla muy estricta: el Juez no puede ampliar su investigación sin la previa petición del Fiscal, de manera que si en el curso de la instrucción se descubren algunos nuevos hechos, "el juez debe inmediatamente comunicar al fiscal las denuncias y las actas o atestados que lo constatan y sólo el fiscal toma una decisión sobre la persecución en aplicación del art. 80 del CPP (Fr.)"[79].

Por lo demás, la fase de instrucción se desarrolla de forma sustancialmente idéntica al sistema español.

Así, el Juez de Instrucción (ubicado en el ámbito del Tribunal de Gran Instancia, según dispone el art. 49 CPP Fr) no puede, bajo sanción de nulidad, participar en el juicio de los asuntos penales que conoció en su calidad de Juez de Instrucción (art. 49 CPP Fr), y sus potestades se pueden clasificar, siguiendo a LACOSTE, en

---

Crespo Barquero, al indicar que en Francia, para judicializar un asunto es necesaria la petición del MF, y solo se judicializan el 7% de los asuntos que entran en Fiscalía. En Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 210.

[78] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit

[79] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit. Estas reglas características del sistema francés son también puestas de manifiesto por DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO. "*Investigación e instrucción en el nuevo proceso penal*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. I-2002. Ministerio de Justicia. Madrid. 2002. Pág. 40.

poderes de investigación y poderes de obligación[80], sobre la base del ejercicio de una doble función: investigadora y jurisdiccional.

En su condición de investigador, el Juez de Instrucción puede realizar todos los actos necesarios para el esclarecimiento de la verdad a condición de realizarlos de acuerdo con la ley (art. 81 del CPP Fr)[81]. Rigen en este ámbito los principios de escritura y secreto (salvo para las partes), de manera que la instrucción se desarrolla de forma contradictoria. Desde la reforma llevada a cabo por la Ley 516/2000, de 15 de junio, las partes pueden proponer "todos los actos que (…) consideren útiles para el esclarecimiento de la verdad" (art. 81-1 CPP Fr) y algunos pueden tener lugar en presencia del abogado (art. 82-1 CPP Fr). Según LACOSTE[82], "se encuentran en estas disposiciones la expresión de una doble voluntad, la de la igualdad de las armas para <las partes> y la de dar una dimensión contradictoria a la instrucción".

En el ejercicio de su función jurisdiccional, el Juez de Instrucción puede ejercer sus poderes de obligación, consistentes en los mandamientos[83], las decisiones de inculpación y las medidas de control judicial. No obstante, en este punto hay que destacar los notables condicionantes que en los últimos años se han introducido a las facultades de los Jueces de Instrucción en Francia. De hecho, hoy en día habría que matizar sensiblemente las palabras de GÓMEZ COLOMER[84], cuando señalaba que "el papel del Juez de Instrucción en el proceso penal del país vecino es uno de los más importantes de la Europa actual, correspondiéndole la función de (…) averiguar si los hechos constituyen una infracción penal, determinar quiénes pueden ser sus autores, y reunir todos los elementos de cargo y de descargo, pero también en segundo lugar la función de decidir lo apropiado para conservar las

[80] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit
[81] Los actos de la instrucción son numerosos y siempre se redactan por escrito. Los más importantes son los siguientes: las inspecciones oculares y registros (arts. 92 a 99 del CPP Fr); las escuchas telefónicas o interceptaciones (art. 100 a 100-7 del CPP Fr); los peritajes (art. 156 a 169 del CPP Fr), etc.
[82] Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Op. cit
[83] Señala Lacoste, en op. cit, que existen cuatro mandamientos que se definen en el art. 122 CPP Fr: la orden de conducción, la orden de comparecencia, la orden de detención y el auto de prisión.
[84] Gómez Colomer, Juan Luis. "*La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado*". Revista del Ministerio Fiscal. nº 4. Ministerio de Justicia. Madrid. 1997. Pág. 91.

pruebas, garantizar el orden público, prevenir la reparación de la infracción, hacer eficaz el enjuiciamiento del inculpado, asegurar la protección de las personas que intervengan en la causa y garantizar la indemnización de las víctimas".

Y así, respecto de los actos de inculpación, y señaladamente el procesamiento, los textos regulan estrictamente este momento y sus modalidades, mediante el establecimiento de medidas tendentes a evitar que se produzca de forma prematura o tardía[85]. Y respecto del auto de prisión, desde la reforma ya citada del año 2000, esta decisión no puede ser adoptada por el propio Juez de Instrucción, sino por el denominado "Juez de las libertades y de la detención" (*juge des libertés et de la détention*), conforme a lo dispuesto en los arts. 137 y ss CPP Fr.

Se trata de una figura precedida de una notable polémica en Francia[86], y que destaca LOPEZ BARJA DE QUIROGA[87] como determinante de un cambio sustancial del modelo francés, por cuanto en el esquema de la separación entre instrucción, acusación y juicio, se introduce esta figura que viene a limitar de forma relevante las facultades del Juez de Instrucción. Sólo el Juez de las libertades y de la detención puede decretar la prisión preventiva (previa solicitud del Juez de Instrucción que le remite el expediente con la petición del Ministerio Fiscal), pero también puede decretar la libertad si, solicitada ante al Juez de Instrucción, éste no la acuerda[88].

---

[85] Para evitar una imputación prematura, el juez de instrucción, so pena de nulidad, no puede emitir un auto de procesamiento sino a la persona contra quien existen graves indicios, pero este auto no puede producirse sin interrogatorio previo con asistencia de un abogado o después de audición en calidad de testigo asistido (art. 80-1 del CPP Fr). Y para evitar una imputación tardía, el juez de instrucción no puede oír como testigo a la persona contra quien existen graves indicios (art. 105 del CPP Fr) o si una persona está especialmente indicada por la solicitud previa del fiscal, únicamente puede interrogarse en calidad de testigo asistido con garantías (art. 113-1 del CPP Fr) o si la persona lo solicita.

[86] Descrita en el trabajo de Lacoste, Gracieuse, ya citado, en los siguientes términos: "Los adversarios del juez de instrucción critican el hecho de que la detención sea un medio de presión pero es necesario destacar que de manera recurrente la crítica de la cifra de presos provisionales se imputa a los jueces de instrucción mientras que al mismo tiempo si una persona imputada, dejada libre, comete de nuevo una infracción se pone en cuestión, en general a la institución judicial. (…) No les ocultaré que esta ley fue puesta en cuestión por los jueces de instrucción, los policías y por una gran parte de la magistratura pero por motivos diferentes. Los policías y una parte de la magistratura (sobre todo los jueces de instrucción) no aceptaron esta disminución de poder, pero otra parte de la magistratura, sin criticar el fondo de la reforma, consideró que los medios de la justicia no permitían a la institución asumir esta reforma en buenas condiciones".

[87] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal*". 4ª Ed. Aranzadi. Navarra. 2010. Págs. 603 y 604.

[88] La prolija normativa en esta materia viene regulada en los arts. 137 y ss CPP Fr. Las condiciones son muy estrictas, para los crímenes y delitos; la medida no puede tomarse sino tras un debate entre el fiscal y el abogado de la persona interesada; la motivación es doble: debe enunciar las consideraciones de derecho y

Otra manifestación de los límites a la actuación del Juez de Instrucción se encuentra en el establecimiento de un marco temporal máximo de duración de la investigación, que no podrá nunca exceder un plazo razonable respecto a la gravedad de los hechos, de la complejidad de las investigaciones necesarias y del ejercicio de los derechos de la defensa (art. 175-2 del CPP Fr).

En la fase de instrucción, el Ministerio Fiscal ostenta una posición relevante y activa, pudiendo recurrir todas las decisiones del Juez de Instrucción (art. 185 CPP Fr). Pero además, ejerce sus funciones en régimen de monopolio, ya que la víctima, perjudicado u ofendido por el delito sólo interviene en el proceso penal ejercitando la acción civil en reparación del perjuicio causado. No obstante, el perjudicado constituido en parte civil puede provocar el inicio de la instrucción, en defecto del Ministerio Fiscal (arts. 85 y 86 del CPP Fr).

Finalmente, una vez que el Juez de Instrucción considera culminada la fase de investigación, remite el expediente al Ministerio Fiscal, que formula, en su caso, su acusación (*rèquisitions*), en el marco de la fase procesal denominada "*Des ordonnances de règlement*", que incluye el juicio de acusación que, como destaca BERNAL VALLS[89], en el derecho procesal francés se desarrolla con carácter general ante el propio Juez de Instrucción (arts. 175 y ss CPP Fr).

En definitiva, el modelo francés que se acaba de describir ofrece algunas similitudes con el sistema español. Sin duda, la coincidencia más significativa es la existencia de la figura del Juez de Instrucción, que se mantiene en Francia por una indiscutible tradición jurídica y como contrapeso a la fuerte dependencia del Ministerio Fiscal respecto del poder ejecutivo. Una dependencia que, a su vez, se considera como instrumental, al servicio de los ciudadanos, que deben controlar la

---

explicar por qué el control judicial resulta insuficiente y precisar en qué la detención resulta necesaria; la duración de la detención es objeto de disposiciones en función de la naturaleza de la infracción; cada prórroga va precedida de un nuevo debate. En todo caso, el juez de instrucción conserva el poder de poner en libertad en cualquier momento de la instrucción.

[89] Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Revista del Ministerio Fiscal. Número 12. 2004. Ministerio de Justicia. Madrid. 2004. Pág. 220.

actuación de los Jueces, como expresión de una desconfianza histórica que proviene de la época revolucionaria. En este esquema, la paradoja de la existencia de una carrera única de Jueces y Fiscales se explicaría por la conveniencia de garantizar una cualificación similar para el desarrollo de ambas funciones, manteniéndose, no obstante, una radical distinción entre los principios reguladores de las mismas. Eso explica, igualmente, el monopolio del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal pública, que pertenece a la ciudadanía en su conjunto; aunque, a su vez, la víctima puede personarse ejercitando la acción civil, pudiendo instar la incoación del procedimiento ante el Juez de Instrucción, en defecto del Ministerio Fiscal.

Al mismo tiempo, la figura del Juez de Instrucción aparece rodeada de una serie de condicionantes que lo diferencian de forma notoria respecto del régimen vigente en nuestro país. Así, por citar los más relevantes, el Juez de Instrucción en Francia no puede iniciar de oficio ni ampliar una investigación sin la previa petición del Ministerio Fiscal (como regla general). Y además, está limitado temporalmente en su labor, limitación que se extiende a sus potestades respecto de la prisión preventiva, que solo puede acordar otro juez, el de las libertades y la detención[90].

2.2.- El modelo alemán.

2.2.1.- La organización judicial en Alemania.

La estructura del Poder Judicial en Alemania viene determinada por el carácter de su Estado, organizado a través de los *Länder* (Estados) que conforman la República Federal. De esta manera, por lo que al proceso penal se refiere, existe una doble estructura judicial: estatal y federal. Las funciones de cada órgano vienen recogidas en la *Gerichtsverfassungsgesetz* (en adelante, GVG), es decir, el Código

[90] De resto, mantiene potestades similares al Juez de Instrucción en España (entradas y registros, intervenciones telefónicas, etc.) incluyendo el juicio de acusación.

de la Constitución Judicial o la Ley Orgánica de los Tribunales[91]. El órgano judicial básico es la Corte o Tribunal Local (*Amtsgericht*), encargada del enjuiciamiento de los delitos menos graves (art. 24 GVG); a la que sigue la Corte Regional (*Landgericht*), que sirve como tribunal de apelación y también de enjuiciamiento de las infracciones graves (art. 74 GVG)[92]. La estructura judicial estatal se culmina con la Corte Suprema Regional (*Oberlandesgericht*), ante la que puede acudirse en segunda instancia frente a las decisiones de la Corte Regional, y que también ejerce funciones casacionales y de enjuiciamiento de infracciones especialmente graves en el ámbito del *Land* correspondiente (art. 120 GVG). En la cúspide del sistema se encuentra la Corte Suprema, de ámbito Federal (*Bundesgerichtshof ó BGH*), que ejerce funciones de enjuiciamiento de infracciones de carácter federal, y también casacionales respecto de las decisiones de las Cortes Regionales (art. 135 GVG).

A su vez, conforme a lo dispuesto en el art. 141 GVG, ante cada uno de estos órganos judiciales debe existir una Fiscalía, con su responsable respectivo. Así, la Fiscalía ante el Tribunal Supremo Federal está dirigida por el *Generalbundesanwalt* (Fiscal General de la República); mientras que en cada *Land* la figura máxima es el *Generalstaatsanwalt* (Fiscal General del Estado). Finalmente, cada Fiscalía Local es dirigida por el *Leitender Oberstaatsanwalt* (Primer Fiscal Director de la Fiscalía Local).

El Ministerio Fiscal alemán sigue el patrón de una estructura jerarquizada, dependiente del poder ejecutivo. El Ministro de Justicia Federal ejerce las funciones de dirección y supervisión de la actuación del Fiscal General de la República y los Fiscales Federales (arts. 147.1 GVG). No obstante, como señala RITTER[93], la estructura federal del Estado determina que el Fiscal General de la República no ostente relación de jerarquía sobre los Fiscales Generales de los Estados, sino que

---

[91] Se ha utilizado una versión oficial, traducida al inglés, que se puede consultar en la siguiente URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gvg/index.html .Versión actualizada a fecha 10 de julio de 2015.

[92] Como recuerda LOPEZ BARJA DE QUIROGA, en su *Tratado de Derecho Procesal,* op. cit. (pág. 599), en los ámbitos del *Amtsgericht* y del *Landgericht* también existen varios Tribunales de Escabinos, en función de la gravedad de las infracciones enjuiciadas.

[93] Ritter, Andreas. "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001. Pág. 26.

éstos dependen, a su vez, de los responsables de Justicia del Land correspondiente (art. 147.2 GVG). A partir de este nivel jerárquico, los Fiscales Generales Estatales sí ejercen funciones de dirección y supervisión sobre las Fiscalías Locales.

No existe una definición legal del Ministerio Fiscal en Alemania. Sin embargo, de nuevo siguiendo en este punto a RITTER[94], existe un consenso doctrinal generalizado en torno a tres ideas básicas que configuran esta institución. Y así, se puede decir que "es un órgano de carácter jerárquico, asignado al Poder Judicial, cuya tarea se rige por el principio de legalidad dentro de una obligación hacia la objetividad absoluta, y cuyas funciones fundamentales son asegurar una persecución penal eficaz de acuerdo con las leyes y con especial respeto por los derechos del inculpado".

Desde el punto de vista orgánico, como señala GOMEZ COLOMER[95], los Fiscales en Alemania "han de tener la misma capacidad que se exige para ser Jueces (art. 122 de la Ley de la Judicatura Alemana; en adelante, DRiG[96]), pero no pertenecen al Poder Judicial, del que son independientes (art. 150 GVG), ni pueden realizar ninguna de las tareas que la Ley encomienda a los Jueces (art. 151 GVG)". Los Fiscales son funcionarios públicos (art. 148 GVG), por lo que "no gozan de los principios (…) propios del Poder Judicial (…), estando obligados a seguir las órdenes del Fiscal superior (art. 152 GVG)". Como se explica en otra obra del mismo autor[97], el Ministerio Fiscal "no es autoridad judicial porque el ejercicio de la función jurisdiccional no le viene reconocido por el art. 92 GG[98], por la sujeción jerárquica a las disposiciones del superior, y por la falta del efecto de cosa juzgada

---

[94] Ritter, Andreas. "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*". Op. cit. Pág. 25.
[95] Gómez Colomer, Juan Luis. "El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. IV-1999. Ministerio de Justicia. Madrid. 1999. Pág. 131.
[96] Se ha utilizado una versión oficial, traducida al inglés, que se puede consultar en la siguiente URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_drig/englisch_drig.html#p0502 Versión actualizada a fecha 10 de julio de 2015.
[97] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Ed. Bosch. Barcelona. 1985. Pág. 70.
[98] La *Grundgesetz* (GG) es la Ley Fundamental de Bonn o Constitución Federal alemana, aprobada en el año 1949. Una versión oficial en alemán puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gg/gesamt.pdf . En versión inglesa puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#1

en sus resoluciones. Pero tampoco es una autoridad administrativa pura, porque su actividad no parte de las exigencias de la Administración, no está orientada hacia las mismas, sino hacia la Verdad y la Justicia"[99]. Por ello, sigue este autor[100], el Ministerio Fiscal "no es parte en el proceso penal, pues debe averiguar no sólo las circunstancias y los hechos que hablen en contra del inculpado, sino también los que hablen a su favor (art. 160.2 StPO)[101]".

Este principio de objetividad es resaltado por RITTER[102] como un elemento esencial para comprender que la dependencia jerárquica que indudablemente existe en el Ministerio Fiscal sólo puede ejercerse en el marco del cumplimiento de la ley y la justicia (como exige el art. 20.3 GG), y ha de estar orientada a asegurar "su rol independiente" en el ejercicio de una posición propia "clara y homogénea". En todo caso, el derecho de sustitución que corresponde a los Fiscales Generales de los Tribunales Estatales (art. 145 GVG) "ofrece una solución alternativa" cuyo resultado es, "en todo caso, que ningún Fiscal pueda ser obligado a ejecutar una instrucción que atente contra su convicción personal". En el mismo sentido, y aunque las instrucciones del Poder Ejecutivo pudieran "estar justificadas por la necesidad de una persecución penal homogénea y (…) estar de acuerdo con la voluntad política tal y como ha sido democráticamente legitimada", no están exentas de control. Al margen de los límites de la propia Ley, y del posible control parlamentario, "está generalmente aceptado, si bien no tiene un eco normativo, que

---

[99] Ver, en el mismo sentido, ROXIN, CLAUS. "*Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*". Ed. Comares. Granada. Pág. 19. En esta obra afirma que <la Fiscalía tampoco es una simple autoridad administrativa; ella se ha de orientar únicamente a la legalidad y no a distintos intereses, prevalentemente administrativos. De ahí que ella esté encargada de una parte importante de la administración de justicia, que forma un puente entre el Ejecutivo y el Judicial, y por ello está entre los dos poderes. El Tribunal Supremo afirma que "el Fiscal es un órgano de la administración de justicia homologado al juez", y también el Gobierno federal habla de un órgano de la administración de justicia perteneciente al tercer poder>. Citado en López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8091. 27 de mayo de 2013.

[100] Ver, en el mismo sentido, Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". Op. cit. Pág. 327.

[101] El *Strafprozeßordnung* (StPO) es el Código Procesal Penal, aprobado en el año 1877, y reformado de manera sustancial por la Ley de reforma del Derecho Procesal Penal (StVRG) de 9 de diciembre de 1974, denominada por la doctrina como la "Gran reforma del proceso penal", con entrada en vigor en 1975. Se ha utlizado una versión oficial, traducida al inglés, que se puede consultar en la siguiente URL:
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/index.html
Versión actualizada a fecha 10 de julio de 2015.

[102] Ritter, Andreas. "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*". Op. cit. Págs. 47 y 48.

cualquier instrucción externa con relación a un caso específico debe hallar constancia en las actas, para así asegurar la transparencia de la actuación del Ministerio Fiscal". En todo caso, el Ministerio de Justicia no puede obligar al Ministerio Fiscal a "actuar de una forma que éste considere contraria al Derecho".

Todo lo anterior ha de ser enmarcado en un proceso penal en el que, como destaca BERNAL VALLS[103], "rige el principio de la verdad material", es decir, el de la "búsqueda judicial de la verdad"; y en el que el Ministerio Fiscal, como recuerda GOMEZ COLOMER[104], "no defiende un interés propio, si no que acciona porque tiene que hacerlo, porque es obligatorio para él".

Por todo ello, a pesar de que, como expone NARVAEZ RODRIGUEZ[105], el "modelo alemán de Ministerio Público tiene, al igual que el francés, un marcado carácter dependiente del Ejecutivo[106]", se defiende su naturaleza de *puente* entre el Ejecutivo y el Poder Judicial, situándose entre ambos, como un "órgano sui generis, creado por la legislación y separado en su organización de la administración general para, sin ser Juzgado, participar en los procedimientos de los Juzgados a los cuales ha sido asignados y promoverlos", contribuyendo a la "aplicación de la justicia penal"[107]. En palabras de MARCHENA GOMEZ[108], "la omnipresencia del Fiscal alemán en el proceso penal, vista su dependencia gubernamental, sólo es entendible desde la más absoluta confianza jurídico-política en aquella institución".

2.2.2.- El modelo de instrucción penal en Alemania.

---

[103] Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Op. cit. Pág. 214.
[104] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Pág. 68.
[105] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Pág. 128.
[106] Lo que se acentúa, según este mismo autor en la citada obra, por el hecho de que el Fiscal General de la República y los Fiscales Federales son nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del Ministro de Justicia, previa aprobación del Bundesrat (Cámara Alta, de representación territorial), según dispone el art. 149 GVG.
[107] Ritter, Andreas. "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*". Op. cit. Pág. 36.
[108] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 58.

Los principios del proceso penal alemán han sido expuestos sistemáticamente por GOMEZ COLOMER[109], que distingue entre los principios relativos a la iniciación y a la realización del proceso, así como los relativos a la prueba y a la forma. Centrándonos en aquellos aspectos más directamente relacionados con la fase de investigación, se puede decir que el proceso penal en Alemania responde a los siguientes elementos estructurales:

a)Principio de oficialidad: la persecución penal del hecho punible viene iniciada por una autoridad estatal. En tal sentido, "el proceso alemán no sigue (…) en este punto los principios del denominado <proceso penal de partes>, pues la persecución penal está en manos del Estado"[110]. Con distinto matiz, señala BERNAL VALLS[111] que el proceso penal alemán no es un proceso entre partes, porque "el Fiscal y el Abogado de la defensa son órganos de la Administración de Justicia"[112]. De hecho, como destaca GOMEZ COLOMER[113], "la moderna doctrina alemana no alude al concepto de parte" (que tampoco se emplea en la StPO) sino que distingue entre <participantes> y <sujetos> procesales. A tal efecto, participante sería "todo aquel que toma parte en el proceso" (juez, fiscal, inculpado, abogado, testigo, perito, actor privado, actor accesorio, actor civil, etc.), mientras que el sujeto sería "todas aquellas personas sin cuya presencia sería imposible desarrollar el proceso". Este último concepto, más estricto, sólo incluiría al "acusador (Ministerio Fiscal), el inculpado y el Tribunal".

---

[109] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

[110] No obstante, existen delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia del perjudicado como, por ejemplo, el estupro (art. 182 del Código Penal alemán [*Strafgesetzbuch*, StGB]), o los hurtos domésticos y familiares (art. 247 StGB); o previa autorización discrecional de un órgano político (arts. 90, 90b, 97, 194.4 y 353b StGB); o los delitos de acción privada, que son aquellos delitos en los que el ofendido es el único que puede accionar el proceso penal y ser parte en él, como por ejemplo, el allanamiento de morada, la difamación, la violación de correspondencia privada, etc. (art. 374 StPO).

[111] Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Op. cit. Pág. 214.

[112] Ver, en el mismo sentido, GOMEZ COLOMER "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Pág. 79. Señala este autor que, "conforme a la opinión dominante, el defensor no es un representante parcial de los intereses del inculpado, sino un <órgano independiente de la Administración de Justicia>, que se encuentra a su lado como ayudante", con cita del art. 137.1 StPO. De lo que se deduce que "el defensor técnico está obligado a la Verdad y a la Justicia".

[113] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Págs. 68 y 69.

b) Principio acusatorio: se distinguen netamente las funciones de acusación (atribuida al Ministerio Fiscal, según el art. 152.1 StPO) y decisión (Juzgado o Tribunal). La apertura del juicio oral queda condicionada al ejercicio de la acción por el Fiscal (art. 151 StPO)[114].

c) Principio de legalidad: conforme a este principio, por un lado "la Fiscalía debe practicar las investigaciones en caso de que existan sospechas de haberse cometido un hecho delictivo"; y por otro, "está obligada a formular la acusación en caso de que permanezcan, tras esas investigaciones, suficientes sospechas acerca de ese hecho (arts. 152.2 y 170.1 StPO)". En tal sentido, equivaldría a lo que se denomina como principio de necesidad u obligatoriedad en nuestro país. No obstante, "el principio de legalidad no se entiende hoy absolutamente, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción del Derecho penal, dado que razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa".

En parecidos términos se expresa CALVO SANCHEZ[115], quien tras señalar que "en la regulación del proceso por la Ordenanza Procesal Penal Alemana habría que destacar el principio acusatorio y el de legalidad como informantes del sistema", añade sin embargo que "este último con importantes atenuaciones en favor del de oportunidad".

Y es que, en efecto, en Alemania se aplica igualmente el principio de oportunidad reglada, es decir, en los supuestos, con los requisitos y en los términos expuestos en el art. 153 StPO y concordantes[116]. Conforme a este principio de oportunidad

---

[114] Como señala Gómez Colomer en "*El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*" (op. cit.), "el Tribunal no puede proceder de oficio (…) ni siquiera (…) aunque vea cometerse el delito ante sus ojos. En este caso debe proceder a comunicarlo al Fiscal (art.183 GVG)" (…) "El Tribunal no puede extender el proceso pendiente a otras personas, ni a otros hechos del mismo autor independientes jurídicamente (art. 155 StPO)". No obstante, como luego se verá, en determinadas circunstancias se puede obligar al Fiscal a formular la acusación, en una muestra de que perviven en el modelo algunos elementos típicamente inquisitivos.

[115] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.

[116] De hecho, como señala RITTER en "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*" (op. cit. Pág. 34), el principio de oportunidad "no es (…) realmente una excepción al principio de legalidad, sino más bien una limitación (…) establecida por la Ley de su aplicación absoluta".

(*Opportunitätsprinzip*)[117], el Ministerio Fiscal puede acordar el archivo de la investigación en casos de insignificancia del hecho, mínima culpabilidad, inexistencia de interés público en su persecución (por ejemplo, en casos de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros), pudiendo optarse por alternativas a la sanción penal como la reparación del daño, prestaciones en beneficio de la comunidad, etc. Según los casos, el archivo requiere la aprobación del Tribunal y/o la conformidad del imputado[118].

Todo ello confiere al Ministerio Fiscal, en palabras de NARVAEZ RODRIGUEZ[119], una "amplia discrecionalidad", o como señala GOMEZ COLOMER[120], "amplias facultades" en el marco del proceso penal[121]. Una relevancia que no es nueva, y que ya existía incluso antes de que legalmente tuviera encomendada la dirección de la investigación penal.

En efecto, recuerda GOMEZ COLOMER[122] que la figura del Fiscal es creada por el Rey Federico Guillermo IV de Prusia, para controlar las numerosas sentencias absolutorias dictadas por los Jueces inquisitivos tras la revolución del año 1848, permitiendo el recurso contra las mismas, a fin de que un tribunal superior, más cercano al Rey, pudiera revisarlas. Y aunque la StPO de 1877 mantenía la vigencia del Juez de Instrucción del modelo napoleónico, de facto, la instrucción penal se empezó a realizar por el Fiscal desde mediados del siglo XIX, ya que se distinguía

---

[117] Expresión recogida en Rebmann, Kurt. "*El papel investigador de la oficina del Fiscal. El principio de procesamiento de delitos: actividad regulada y oportunidad*", en "El Poder Judicial en Europa". Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Ponencias. Ed. CGPJ. Tomo II. Madrid. 1989. Pág. 207.

[118] Sobre los requisitos y las condiciones del principio de oportunidad se puede consultar: GOMEZ COLOMER, *"El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*" (op. cit.); CALVO SANCHEZ, "*La reforma del proceso penal*" (op. cit.); NARVAEZ RODRIGUEZ, "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*" (op. cit.. pág. 129); BERNAL VALLS, "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*" (op. cit., pág. 217).

[119] Narvez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*" (op. cit.). Pág. 129.

[120] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 324.

[121] Según MARCHENA GOMEZ (op. cit. pág. 61): "no provoca ningún rubor al legislador alemán el reconocimiento de la existencia de motivaciones políticas que pueden ser decisivas a la hora de ejercer la acción pública. Sólo así se explica la libérrima facultad que el parágrafo 153d confiere al Fiscal General Federal para abstenerse, desistir de la acción o archivar el proceso en los casos de persecución de ciertos ilícitos que puedan provocar <el peligro de una grave desventaja> para la comunidad alemana o <cuando se opusieran a la persecución otros intereses públicos superiores>".

[122] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Págs. 323 y 324.

una fase preliminar o preprocesal que, como destaca MARTIN Y MARTIN[123], "se encaminaba a esclarecer si había motivo suficiente para la querella del Fiscal, a diferencia del sumario en que su destino era determinar si se debe o no abrir el plenario". No obstante, la realidad es que "la verdadera instructora de las causas criminales (…) siempre ha sido (…) en la práctica la Policía"[124].

Pues bien, precisamente el cambio del modelo de proceso penal que se introduce en Alemania en el año 1975, con la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de investigación penal (arts. 160 StPO), ha de ser valorado como una evolución de su propio sistema, y se basa, según GOMEZ COLOMER[125], en dos aspectos de suma importancia:

-Se suprime la instrucción por un Juez, "porque tiene su origen en el proceso inquisitivo caracterizado por un poderío procesal ilimitado del Juez" (art. 1, núm. 60 de la StVRG). En tal sentido, se considera que la instrucción por un Juez "es una institución netamente inquisitiva, por lo que es incompatible con el proceso penal propio de un Estado de Derecho".

-"La necesidad (…) de evitar la reiteración de actuaciones procesales, pues las mismas que practicaba el Fiscal las ejecutaba también el Juez Instructor, o a la inversa, consiguiendo con ello por un lado un notable aceleramiento del proceso penal, y por otro, centrar en la vista oral la auténtica importancia de las pruebas, dejando los actos de investigación para fundar exclusivamente la apertura del juicio oral o el sobreseimiento"[126].

---

[123] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Päg. 48.
[124] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 324. Ver también, en el mismo sentido, DE OÑA NAVARRO, JUAN MANUEL. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Op. cit. Pág. 214.
[125] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 325
[126] En el mismo sentido, en otra obra del mismo autor. GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS. "*El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán*". Pág. 101.

En esta última idea abunda PEDRAZ PENALVA[127], cuando destaca que "la aceleración y consiguiente simplificación de los procesos eran reclamadas por los instrumentos internacionales suscritos, en especial por el art. 6.1 CEDH, y por la necesidad social de adecuar la justicia tanto a las nuevas formas de criminalidad (…) como al incremento de la criminalidad en general"

En el mismo sentido se pronuncia CALVO SANCHEZ[128], al señalar que la reforma de 1975 se justifica "por la necesidad de aceleración y simplificación del proceso, reducción del coste y urgencia de hacer frente a nuevas formas de criminalidad, estableciéndose para su logro una serie de medidas aceleradoras del procedimiento, entre ellas: supresión de trámites que se habían revelado inútiles, regulación de los actos procesales evitando dilaciones en su desarrollo, ampliación de atribuciones al MP, a quien se encomienda la investigación, con la reestructuración de esta fase principal causante del retraso de la Administración de justicia, etc".

Y en otro matiz insiste LOPEZ LOPEZ[129], para quien la reforma buscaba dos objetivos: "someter la acción policial investigadora plenamente al Fiscal, y liberar al Juez de esta función no estrictamente judicial".

El nuevo modelo suscitó dudas sobre su constitucionalidad, que fueron descartadas por el Tribunal Constitucional Federal (BverfG), por medio de autos de fechas 16 de abril de 1969 y 27 de abril de 1971[130], considerándose que no concurría una posible violación de la independencia judicial reconocida en el art. 97.1 GG, ya que el Juez Investigador no ejerce "actividad jurisdiccional decisora", sino "actividad jurisdiccional preparatoria del juicio", a la que está obligada por mandato del art. 35 GG.

---

[127] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 118.
[128] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[129] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.
[130] Citados por GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 326

El modelo alemán de proceso penal ordinario se estructura, siguiendo en este punto a GOMEZ COLOMER y CALVO SANCHEZ[131], en tres fases: una de averiguación o investigación (procedimiento preparatorio) a cargo del Ministerio Fiscal; una fase intermedia, jurisdiccional y contradictoria que tiende, actuando como filtro, a comprobar si existen elementos suficientes para abrir el juicio oral; y una tercera fase, la del juicio oral que termina con la sentencia[132].

Como destaca GOMEZ COLOMER[133], en la fase de investigación las funciones más relevantes del Ministerio Fiscal son las que se exponen a continuación. En primer lugar, tramitar las solicitudes penales que se le presenten e investigar las denuncias que se le pongan en su conocimiento (art. 158 StPO); en segundo lugar, ejercer la dirección de la investigación, con el auxilio de la Policía judicial, que depende funcionalmente del Ministerio Fiscal (arts. 160 y ss StPO); en tercer lugar, si existe riesgo para la investigación derivado del retraso en su adopción, el Fiscal puede ordenar la detención provisional, secuestros, registros domiciliarios, obtención y almacenamiento de datos personales, intervención de telecomunicaciones, infiltración de policías en banda criminales, levantar puestos de control, etc. (arts. 98.1; 98b.1; 100.1; 100b.1; 105.1; 110b; 111.2; 111e.1; 111n.1; 127.2; 131e.1; 163b y 163c StPO), sin perjuicio de la necesidad de obtener la ulterior ratificación judicial de cada una de esas medidas; y finalmente, ha de tomar la decisión sobre si ejerce o no la acción penal (art. 170 StPO).

La investigación del Ministerio Fiscal es sometida al control del denominado Juez de la Investigación, que se configura como un Juez de garantías, cuya principal función[134] es "examinar si la medida a acordar y practicar por el Fiscal (…) es

---

[131] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Págs. 148 y ss; y Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.

[132] Junto al proceso ordinario existen otros procedimientos especiales, destacando CALVO SANCHEZ (op. cit.) el juicio acelerado, reservado para supuestos de privación de libertad mínima inferior a un año; y el juicio por orden penal, conocido como proceso monitorio, por medio del cual se pueden enjuiciar delitos que no lleven aparejada privación de libertad superior a un año, de manera que la orden penal se dicta sin contradicción, siendo, a continuación, el imputado informado ampliamente sobre su derecho a oponerse, así como que en ese caso la orden no tiene fuerza vinculante para el juicio posterior. No habiendo oposición la orden deviene firme, produciendo efectos de cosa juzgada.

[133] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Págs. 328 y 329.

[134] Siguiendo de nuevo en este punto a GOMEZ COLOMER, JUAN LUIS. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Págs. 330 y 331

admisible jurídicamente o no (art. 162.3 StPO)", de manera que le queda "vedado (…) examinar su conveniencia". En general, las funciones de este Juez podrían distinguirse de forma sistematizada entre aquellas que ejerce por propia iniciativa, y las que requieren la solicitud de la Fiscalía. Así, si existe peligro para la investigación derivado de su retraso, puede practicar los actos de investigación urgentes (art. 165 StPO), y promulgar de oficio la orden de prisión (art. 125 StPO), pero en cualquier caso, una vez desaparecidos los motivos de urgencia, corresponde a la Fiscalía la ulterior disposición sobre la medida (art. 167 StPO). A instancias del Ministerio Fiscal, interviene para que se produzca jurídicamente la interrupción de la prescripción (art. 78c StPO) y para asegurar los medios de prueba (art. 251 y 254 StPO). Del mismo modo, debe intervenir para garantizar la constitucionalidad de las medidas que puedan interferir en los derechos fundamentales del acusado, tales como la intervención de la correspondencia postal (art. 100.a StPO); la intervención de las telecomunicaciones (art. 100b.1 StPO); el interrogatorio del detenido (art. 128 StPO); o la prisión provisional (art. 114.1 StPO). Finalmente, ha de intervenir en las actuaciones necesarias para conservar la prueba, de manera tal que pueda ser practicada en el juicio sin sospecha de actividad de parte en su producción, y más en concreto, en los interrogatorios bajo juramento de testigos y peritos (arts. 65 y 161a.1 StPO); y en los actos de comprobación de la identidad de una persona retenida (art. 163c.1 StPO). Se distinguen así claramente los actos de investigación de los actos de prueba.

Una vez finalizada la fase de investigación, el Fiscal decide si formula o no la correspondiente acusación. En el caso de que considere que procede el archivo, el sistema alemán ha previsto que el ofendido por el delito pueda instar de un Tribunal que revise esta decisión, llegando incluso a forzar al Fiscal a formular acusación (arts. 172 a 177 StPO). Se trata de un procedimiento (*Klageerzwingungsverfahren*) que, según PEDRAZ PENALVA[135], pretende "controlar judicialmente la legalidad de la decisión fiscal de no perseguir una concreta infracción", pero que "no altera el

[135] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 120.

monopolio de la acusación estatal". Para GOMEZ COLOMER[136], es una "institución compleja", que "llamó la atención de nuestro legislador (…) quien, optando por la no desvirtuación del principio acusatorio, lo rechazó", recordando que la Exposición de Motivos de la LECrim señala en este punto que frente a los sistemas francés y alemán que obligan al Ministerio Fiscal a formular una acusación cuando así lo ha acordado el Tribunal, y la libertad que otorga el sistema austriaco, se opta por esta última solución, al entenderse que "*respeta más los fueros de la conciencia, los derechos individuales, y está más en consonancia con el principio fundamental en que descansa el sistema acusatorio*".

Mediante este sistema, el ofendido por el delito puede acudir ante el superior jerárquico del Fiscal, y ulteriormente ante el Tribunal Superior del Land. Pero esta impugnación no puede ejercitarse en los casos de aplicación del principio de oportunidad, puesto que en estos supuestos el control se realiza judicialmente (art. 153 StPO).

Una vez que el Fiscal formula su acusación, se entra en el denominado por la doctrina alemana[137] como "procedimiento intermedio", del que corresponde conocer al Tribunal que conoce de la vista principal o juicio (arts. 199 y ss. StPO). En este trámite cabe la posibilidad de practicar pruebas, tras lo cual el Tribunal debe tomar la decisión sobre si procede o no la apertura del juicio oral. Según el art. 203 StPO, procede esta apertura "cuando el imputado fuese sospechoso de manera suficiente de la comisión de un delito", mientras que el archivo puede obedecer a motivos fácticos o jurídicos, pero también por aplicación del principio de oportunidad reglada (art. 153 StPO) con la conformidad de la Fiscalía y del imputado.

En todo este esquema general, la intervención del perjudicado u ofendido es muy restrictiva, como ponen de relieve IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA[138] y GOMEZ

---

[136] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Págs. 154 y 155.
[137] Según GOMEZ COLOMER, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Págs. 157 a 160
[138] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Ed. Aranzadi. Navarra. 2001. Págs. 180 a 183.

COLOMER[139]. No obstante, existen mecanismos de participación del ofendido en el proceso. Además del que ya ha sido comentado, las fórmulas más relevantes serían el proceso de acción privada (para determinados delitos, arts. 374 y ss StPO, que no excluyen la intervención posterior del Ministerio Fiscal si entiende que concurre un interés público), y los procesos de acción accesoria y de acumulación de la acción civil al proceso penal (de participación adhesiva, arts. 395 y ss; y 403 y ss StPO).

En definitiva, el sistema de proceso penal alemán es el fruto ineludible de su propia historia. Se trata de uno de los primeros grandes países del derecho continental que apostaron por la superación de la figura inquisitiva del Juez de Instrucción, como elemento determinante de un sistema de garantías procesales derivadas de los instrumentos internacionales suscritos. La dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo es asumida con naturalidad ante la existencia de un amplio consenso jurídico-social sobre la prevalencia del principio de legalidad, lo que explica las amplias facultades conferidas que, no obstante, encuentran su límite en el control ejercido por el Juez de la Investigación. Además, el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal, como representante de la comunidad, se encuentra matizado por el papel conferido al ofendido por el delito, que puede provocar la decisión de un Tribunal para que el Ministerio Fiscal formule una acusación forzosa, en un ejemplo del mantenimiento de elementos inquisitivos, entre los que también se encuentra la intervención del Tribunal sentenciador en la fase o trámite del juicio de acusación, lo que puede implicar una previa toma de partido sobre el fondo del asunto, como se analizará en el Capítulo III.

2.3.- El modelo italiano.

2.3.1.- La organización judicial en Italia.

[139] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Op. cit. Págs. 207 a 212.

El sistema judicial penal italiano puede ser descrito en función de las competencias atribuidas a cada órgano, debiendo distinguirse inicialmente entre tribunales unipersonales y colegiados. Siguiendo en este punto a RUBIO EIRE[140], "dentro de los primeros se encuentran los siguientes: el Juez de Paz (*Giudice di Pace*); el Tribunal Unipersonal (*Tribunale monocratico*); el G.I.P. o Juez para las Investigaciones Preliminares (*Giudice per le indagini preliminari*); el G.U.P. o Juez para la Audiencia Preliminar (*Giudice dell'udienza preliminare*) y el Magistrado de Vigilancia (*Magistrato di sorveglianza*). En el segundo grupo encontramos los siguientes órganos: el Tribunal Colegiado (*Tribunale collegiale*); el Tribunal de Menores (*Tribunale per i minorenni*); el Tribunal del Jurado (*Corte d'Assise*)[141]; la Corte de Apelación (*Corte di Appello*) y la Corte de Casación (*Corte di Cassazione*)".

Pues bien, conforme al *Codice di Procedura Penale*[142] (en adelante, CPP It.) de 1988, el esquema competencial de estos órganos judiciales en el ámbito del enjuiciamiento penal viene determinado por la gravedad de las infracciones cometidas. Y así, la *Corte d'Assise* es competente para el conocimiento de los delitos especialmente graves tales como los que tienen señalada pena superior a 24 años de prisión (art. 5 CPP It). A continuación, el resto de delitos graves son competencia del *Tribunale* que, a su vez, puede actuar de forma *collegiate* (art. 33 bis CPP It) o *monocratica* (art. 33 ter CPP It), en función de la mayor o menor

---

[140] Rubio Eire, José Vicente. "*El sistema procesal penal italiano*". El derecho.com. 29-10-2004. Puede ser consultado en la siguiente URL: http://www.elderecho.com/tribuna/penal/sistema_procesal_penal_italiano_11_741055002.html

[141] Conforme al sistema de jurado mixto o escabinado, está formado por ocho jueces: un consejero de la Corte de Apelación, como presidente, un magistrado del Tribunal y seis jueces populares. Ver Rubio Eire (op. cit.)

[142] Se ha utlizado la versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-di-procedura-penale Versión actualizada a fecha 19 de mayo de 2015.
El CPP italiano fue aprobado por Decreto del Presidente de la República nº 447, de fecha 22 de septiembre de 1988, precedido de la Ley nº 81, de 16 de febrero de 1987 de delegación legislativa al Gobierno de la República para la elaboración de un nuevo Código de Procedimiento Penal que sustituyera al anterior, el denominado Código Rocco de 1930.

gravedad de los delitos[143]. Finalmente, las infracciones menos graves o leves son competencia del *Giudice di Pace* (art. 6, sensu contrario, CPP It)[144].

Por su parte, como expone MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS[145], el Ministerio Fiscal (*Pubblico Ministero*) sigue una estructura organizativa basada en las Fiscalías, que reciben el nombre de *Procure*, y que asumen la "misma competencia objetiva y funcional" que los órganos judiciales ante los que desarrollan su función que, con carácter general, y como antes de mencionó, son el Tribunal de Casación, el Tribunal de Apelación y los Tribunales ordinarios (unipersonales y/o colegiados). A su vez, estas Fiscalías están dirigidas por el *Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione*, el *Procuratore Generale presso la Corte di Apello*, y el *Procuratore della Repubblica presso il Tribunale*.

Existe, además, una estructura especializada para la persecución de las infracciones criminales relacionadas con el fenómeno de la mafia, que se organizan mediante una Dirección Nacional Antimafia (DNA)[146] y una red de Direcciones de Distrito Antimafia (DDA), ubicadas generalmente en el ámbito de los Tribunales de Apelación.

Para MARCHENA GOMEZ[147], "el principio de dependencia jerárquica, tan férreamente implantado en otros modelos continentales, ha experimentado un progresivo debilitamiento que (…) ha desembocado en una situación de hecho en la que el encadenamiento funcional de los Magistrados del Ministerio Público se ha ido desvirtuando". En efecto, la característica más relevante de la organización del

---

[143] Según Rubio Eire (op. cit.): "Los delitos que se asignan al Tribunal reunido de forma colegiada son aquellos que causan una mayor alarma social o aquellos que por sus características precisan de un estudio colegiado, como por ejemplo: las asociaciones para delinquir de tipo mafioso, algunos delitos contra el patrimonio como la usura, quiebras fraudulentas o delitos contra la integridad sexual; y ello en los casos que tengan señalada una pena de prisión entre 10 y 24 años".

[144] De nuevo siguiendo a Rubio Eire (op. cit.) "el Juez de Paz, tiene una competencia concerniente a determinados delitos y faltas contra las personas y el patrimonio (art. 4 Decreto legislativo 274/2000), abarcando un número de materias superior a las juzgadas por el Juez de Paz español".

[145] Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. "*El ministerio público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la policía judicial*". Revista del Poder Judicial. nº 34. 1994. Consejo General del Poder Judicial. 1994.

[146] Actualmente denominada "Direzione Nazionale Antimafia e Antiterrorismo", tras la reforma llevada a cabo por la Ley nº 43, de 17 de abril de 2015.

[147] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 62.

Ministerio Fiscal en Italia es que carece de una estructura jerarquizada. Como señala D'ALTERIO[148], "no hay formas de plena jerarquía entre los diferentes *Pubblico Ministero* (…). Hay naturalmente diferentes competencias en los distintos órganos", pero incluso "en lo interno de su estructura" el poder de dirección del *Procuratore della Repubblica* "es general y no puede afectar" a los actos concretos de los Fiscales en un asunto determinado. En esta idea insiste MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS[149], al destacar que "las normas por las que se rige el funcionamiento interior (…) del Ministerio Público son reflejo de la tensión existente entre dos principios fundamentales y aparentemente incompatibles: por una parte, la desaparición de la dependencia jerárquica de cada (Fiscal) respecto al Procurador jefe, lo que contrasta con la férrea implantación de este principio en otros modelos continentales; y, por otra, el mantenimiento de la necesaria unidad en el ejercicio de la acusación pública". Así, una vez que el Procurador jefe asigna un asunto, "rige plenamente el principio de autonomía de actuación"[150].

Este principio organizativo denominado por DI FEDERICO[151] como la "personalización de las funciones instructoras", deriva, a su vez, de la integración de los Jueces y Fiscales en una carrera única que, además, está revestida de una notable independencia respecto del resto de los poderes del Estado italiano, lo que determina igualmente todo el modelo de instrucción penal[152].

---

[148] D'Alterio, Armando. "*El <Pubblico Ministero Italiano>: configuración constitucional, organización, funciones, especial referencia a la dirección nacional antimafia. Perspectivas de reforma*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001. Pág. 14.

[149] Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. "*El ministerio público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la policía judicial*". Op. cit.

[150] En concreto, señala MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS (op. cit) que la "sustitución sólo es posible en alguno de los supuestos legalmente previstos, existiendo un poder de control por parte del Consejo Superior de la Magistratura tendente a evitar la arbitrariedad en la sustitución cuando esta se realiza sin el consentimiento del Magistrado afectado. En concreto, el procurador jefe puede sustituir autoritariamente al Magistrado ya designado en los casos de grave impedimento, de relevantes exigencias del servicio o de grave incompatibilidad; en el resto de los casos sólo puede hacerlo con el consenso del Magistrado que pretenda sustituir" (art. 53 CPP It). No obstante, el art. 372.1.bis CPP It establece que el Procurador General de la Corte de Apelación puede avocar para sí una investigación en casos de falta de coordinación efectiva entre varias Fiscalías, pero sólo en determinados tipos delictivos y mediante decreto motivado. Además, también puede asumir una investigación en supuestos de concurrencia de causas de abstención (art. 372,1 CPP It), o en los casos de no ejercicio de la acción penal o superación del plazo legal o de la prórroga judicial para la investigación (art. 412 CPP It).

[151] Di Federico, Giuseppe. "*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*". Revista del Poder Judicial. nº 48. 1997. Consejo General del Poder Judicial. 1997.

[152] Así se pronuncian diversos autores como: Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". 2ª Ed. Marcial Pons. Madrid. 2004. Pág. 48; De Oña Navarro, Juan Manuel. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid.

El origen de este diseño del sistema proviene de la Constitución italiana de 1948[153] (en adelante, C It). Como recuerda DI FEDERICO[154], en esa época se puso "especial énfasis en la regulación del Ministerio Fiscal", con la finalidad de evitar que "pudiese ser utilizado políticamente de forma incorrecta, como había sucedido durante el régimen fascista anterior". Para ello se consideró necesario "cortar con el vínculo jerárquico tradicional que hasta el momento existía entre la Fiscalía y el Ministro de Justicia", y garantizar la efectiva independencia de los Jueces y de los Fiscales mediante el mantenimiento[155] de su integración en una carrera única[156] y

---

2001. Pág. 215; De Urbano Castrillo, Eduardo. "*Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*". En "*El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002. Pág. 38. De hecho, para estos autores, la independencia de los miembros del Ministerio Fiscal italiano es lo que justifica que puedan asumir las funciones de instrucción penal.

[153] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.governo.it/governo/costituzione/principi.html Versión actualizada a fecha 3 de julio de 2015.

[154] Di Federico, Giuseppe. "*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*". Op. cit.

[155] La unidad de las carreras judicial y fiscal arranca en Italia del R.D. sobre Ordenamiento Judicial de 1941, según recuerda FLORES PRADA, IGNACIO, en su obra: "*Poder de acusar y modelos de Ministerio Público en derecho comparado. El Ministerio Público en Italia*". Ponencia en curso de Formación Continuada del Ministerio Fiscal sobre Sistemas de acusación de los Ministerios Públicos. Abril de 2013. Disponible en formato pdf en la página web de la Fiscalía General del Estado (www.fiscal.es). Sección Documentos, Ponencias Formación Continuada, Sistemas de acusación de los Ministerios Públicos.

[156] Señala DI FEDERICO (op. cit.) que el sistema de acceso es común, "a través de la misma oposición", de manera que "cuando un Juez inicia su carrera puede ser asignado indistintamente a uno de los dos, pudiendo pasar durante la carrera, cuantas veces quiera", de una a otra función, como Magistrado postulante (*Procuratore* o Fiscal) o como Magistrado decisorio (*Magistrato* o Juez). No obstante, FLORES PRADA (op. cit.) señala que "la idea de separación de las carreras judicial y fiscal va poco a poco encontrando apoyo en el legislador. Por un lado, conviene citar a este respecto la disposición contenida en el art. 29 del Decreto de 22 de septiembre de 1988, n. 449, que limita el paso de los magistrados de la fiscalía a la judicatura, y viceversa, a la concurrencia de concretas aptitudes en unos y otros para la nueva función solicitada (…). Más recientemente, (…) cabe señalar que las disposiciones a las que hace referencia el capítulo IV del Decreto Legislativo n. 160/06, dictado en aplicación de la ley de delegación 150/05, sucesivamente modificada por la Ley 2007 n. 111/07, han introducido algunas prohibiciones relevantes para pasar de las funciones de Público Ministerio a las de Juez y viceversa. Antes de la entrada en vigor de las disposiciones a las que hace referencia el capítulo V del Decreto Legislativo n. 160/06 había pocos obstáculos para pasar de la carrera fiscal a la judicial y viceversa, para ello era suficiente, con arreglo al art. 190 del R.D. 12/1941, un fallo de aptitud formulado por el Consejo Judicial del distrito correspondiente. En 2003 una circular del Consejo Superior de la Magistratura (Circular n. P- 5157/2003 del 14 de marzo de 2003 –Deliberación del 13 de marzo de 2003) había regulado las modalidades de formulación del fallo y previsto la incompatibilidad de pasar de unas a otras funciones en el ámbito de la misma circunscripción. Además cuando se accedía a la magistratura se podían otorgar indistintamente al nuevo magistrado las funciones de fiscal o de juez. Tras la reciente reforma del ordenamiento las funciones de juez de primera instancia sólo pueden otorgarse a magistrados que hayan conseguido la primera evaluación de profesionalidad, es decir cuatro años después del nombramiento.
Por otro lado, la reforma de 2005 ha limitado el paso de las funciones bajo un aspecto objetivo prohibiéndolo en los siguientes casos: a) dentro del mismo distrito; b) dentro de otros distritos de la misma región; c) dentro del distrito del Tribunal de Apelación que la ley establezca como competente para comprobar la responsabilidad penal de los magistrados del distrito en el que el magistrado ejerce cuando se cambian las funciones. Bajo el aspecto subjetivo se indica un límite máximo de cuatro cambios durante toda la carrera del magistrado junto con la previsión de un periodo de permanencia mínima en las funciones de cinco años. Para el cambio se pide: a) la participación en un curso de calificación profesional, y b) la formulación por parte del Consejo Superior de la Magistratura, de un fallo de idoneidad para desempeñar las nuevas funciones".

con una “forma muy amplia de <autogobierno>, disponiendo que todas las resoluciones referentes al status de la magistratura (Jueces y Fiscales) se concentrasen en el Consejo Superior de la Magistratura”.

En efecto, la Constitución italiana señala en su art. 104 que la Magistratura constituye un poder autónomo e independiente de los otros poderes, y reconoce un amplio margen a sus miembros para elegir a la mayoría de los integrantes del Consejo Superior de la Magistratura (*Consiglio Superiore della Magistratura*). Así, este Consejo está presidido por el Presidente de la República, siendo miembros natos el Presidente del Tribunal de Casación y el Procurador General ante este Tribunal. Pero la mayoría de sus integrantes (dos tercios) son elegidos cada cuatro años por los propios Magistrados, mientras que el tercio restante es designado por el Parlamento entre profesores de Universidad en materias jurídicas y Abogados con más de quince años de ejercicio profesional. Y aunque el Ministro de Justicia puede instar la exigencia de responsabilidad disciplinaria de los Magistrados (art. 107 C It) , el Consejo tiene la competencia decisoria en esta materia, además de las funciones relativas a nombramientos, trasvase y promoción profesional.

Como se verá, la notoria independencia de todos los Magistrados, incluyendo los integrantes del Ministerio Público, tiene una vertiente interna (como antes de mencionó) y también externa (frente a terceros). Para ello, la Constitución establece el sometimiento de los Magistrados únicamente al imperio de la ley (art. 101 C It); el sistema de acceso por oposición (art. 106 C It); el principio de inamovilidad (que también es predicable de los miembros del *Pubblico Ministero,* según dispone el art. 107 C It); así como el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal (art. 112 C It).

Todo este abanico de principios convierte, teóricamente, a los miembros del Ministerio Fiscal italiano en uno de los cuerpos más autónomos de los países de nuestro entorno[157]. Sin embargo, este diseño no ha estado exento de polémica.

---

[157] Para Di Federico, Giuseppe. “*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*”. (Op. cit.) el colectivo

En este sentido resalta DI FEDERICO[158] la paradoja de que "es la interrelación entre los dos preceptos constitucionales de la obligatoriedad de la acción penal y de la independencia del Ministerio Público la que impide conseguir el valor último que el constituyente perseguía a través, precisamente, del establecimiento de esos dos principios: la igualdad de los ciudadanos ante la ley penal". Y es que, según este autor, "la acción penal se ejerce de hecho de forma muy discrecional (…) por el triste hecho de que (…) en Italia, como en cualquier otro país, las dimensiones del fenómeno criminal han alcanzado tales cotas que se hace imposible perseguir todos los crímenes con igual intensidad y eficacia".

En contra de esta opinión se sitúa BRACACCIO[159], quien tras reconocer que las investigaciones preliminares del delito están "condicionadas por algunos elementos de elasticidad contenidos en la Ley" y que "además del flujo de trabajo, el número de los casos pendientes (…) influyen indirectamente sobre la implementación del principio de obligatoriedad de la acción penal ya que imponen al Fiscal el dar la precedencia a investigaciones (…) que son de particular importancia social o que presentan mayores exigencias de rapidez", considera que estos "espacios de elasticidad" se encuentran dentro de los "límites fisiológicos de la actividad judicial y de la naturaleza misma de la intervención penal, no constituyendo una desviación del sistema ni una derogación del principio constitucional de la obligatoriedad de la acción penal".

El problema, sin embargo, se agudiza porque, como pone de relieve FLORES PRADA[160], en una organización "policéntrica" como el Ministerio Fiscal italiano,

---

de Jueces y Fiscales ha obtenido un *status* en el que su carrera profesional se desarrolla por el principio de mera antigüedad, tienen el mismo tratamiento económico, pertenecen a la misma asociación profesional, y eligen conjuntamente a sus representantes en el órgano de autogobierno de la magistratura. En suma, "gracias a un prolongado proceso de socialización, desarrollan un fuerte sentido de pertenencia a un destino común".

[158] Di Federico, Giuseppe. "*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*". Op. cit.

[159] Bracaccio, Antonio. "*La Procuraduría General ante la Corte Suprema de Casación: falta de funciones de investigación*". En "*El Poder Judicial en Europa*". Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Ponencias. Tomo II. Madrid. 1989. Págs. 224 y 225.

[160] Flores Prada, Ignacio. "*Poder de acusar y modelos de Ministerio Público en derecho comparado. El Ministerio Público en Italia*". Op. cit.

"cada órgano diseña y aplica su propia política criminal. Esto se traduce en que cada órgano: 1.- Establece su propia selección de prioridades; 2.- Adopta sus propias decisiones de política criminal; 3.- Establece sus criterios doctrinales de calificación e interpretación normativa; 4.- Diseña sus propios criterios de operatividad y dirección policial; y 5.- Dispone de sus propias normas de reparto de trabajo y de organización interna de la Fiscalía".

Pero además, añade DI FEDERICO[161], el principio de "personalización de la función instructora" ha determinado que "la iniciativa penal se (haya) ido paulatinamente convirtiendo en una potestad de cada Fiscal y no de la oficina a la que pertenece", lo que dificulta la necesaria coordinación operativa entre las distintas Fiscalías cuando el asunto así lo requiere.

Estas facultades, además, están exentas de control efectivo alguno, porque cualquier crítica es tachada de "atentar contra el principio constitucional de independencia del Ministerio Fiscal", lo que ha generado un fuerte debate sobre la necesidad de que el principio de independencia se vea equilibrado por el "principio democrático de la responsabilidad"[162], es decir, que las decisiones de la Magistratura puedan ser sometidas al control de la sociedad, de forma transparente y efectiva[163].

2.3.2.- El modelo de instrucción penal en Italia.

Como destaca NICASTRO[164], el Código de Procedimiento Penal de 1988 "representa el momento final del largo *iter* legislativo que ha llevado a cabo la

---

[161] Di Federico, Giuseppe. "*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*". Op. cit.

[162] Un interesante estudio sobre los diversos intentos que, en los últimos años, se han producido en Italia para revisar el diseño constitucional de la Magistratura, puede verse en FLORES PRADA, IGNACIO. "*Poder de acusar y modelos de Ministerio Público en derecho comparado. El Ministerio Público en Italia*". Op. cit.

[163] Para DI FEDERICO (op. cit.), asumiendo unas palabras de Giovanni Falcone, también recogidas en FLORES PRADA (op. cit.); "ha llegado el momento de racionalizar y coordinar la actividad del Ministerio Fiscal, hasta ahora prácticamente irresponsable debido a una visión fetichista del principio de la obligatoriedad de la acción penal y por la falta de controles eficaces sobre su labor".

[164] Nicastro, Gian Maria. "*Sistema procesal italiano*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

reforma del proceso penal en Italia". En efecto, recuerda GÓMEZ COLOMER[165] que la reforma "empezó a gestarse propiamente en 1974, mediante la primera Ley de Delegación para la aprobación de un nuevo Código Penal" (Ley 108/1974). Durante ese tiempo se produjeron "muchos cambios en la realidad política y social italiana (que) se han trasplantado a las líneas de tendencia de reforma del proceso penal"[166], y que terminaron por superar el sistema de Juez de Instrucción hasta entonces vigente, cuya última expresión legislativa se había desarrollado a partir del denominado Código ROCCO (1930), texto que "no pudo librarse de la influencia política del fascismo y que representó una orientación claramente autoritaria"[167].

Para NARVAEZ RODRIGUEZ[168], la reforma del año 1988 implicó una "sustancial modificación en todo el esquema estructural de la investigación penal en Italia", suprimiendo la figura del Juez de Instrucción, mediante la "ruptura con el modelo inquisitivo, que había subsistido aún después de la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1948"[169], si bien con numerosas reformas para adecuarlo a los valores del sistema democrático[170].

Como señala GÓMEZ COLOMER[171], "el *Codice di Procedura Penale* de 1988, vigente en Italia hoy, representó en su momento la interpretación no norteamericana más literal del sistema adversarial anglosajón", aunque el modelo no está exento de algunas características inquisitivas, como luego se verá. En todo caso, participa de los elementos clásicos del modelo acusatorio. En palabras de RUBIO EIRE[172], se puede caracterizar al sistema procesal italiano como un sistema "prevalentemente acusatorio, cuyos caracteres principales son los siguientes:

---

[165] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". VVAA. (Coord: Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo). Ed. Colex. Madrid. 2015. Pág. 332.
[166] Nicastro, Gian Maria. "*Sistema procesal italiano*". Op. cit.
[167] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 332.
[168] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Pág. 130
[169] Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. "*El ministerio público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la policía judicial*". Op. cit.
[170] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 332.
[171] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 331.
[172] Rubio Eire, José Vicente. "*El sistema procesal penal italiano*". Op. cit.

posición del juez como una parte tercera; tendencia a la paridad dialéctica entre la acusación y la defensa; centralidad y oralidad del debate; formación de la prueba en un proceso contradictorio entre las partes; publicidad y justo proceso".

El proceso penal tipo[173] en Italia se inicia con la denominada "*indagini preliminari*" (arts. 326 y ss CPP It.) que como resalta BERNAL VALLS[174] es calificado como <procedimiento>, mientras que el término <proceso> se reserva para la fase que comienza con la formulación de la acusación, es decir, con la definitiva conformación de la relación jurídico procesal[175].

La fase de investigación se rige por el principio de legalidad[176] derivado directamente de lo dispuesto en el art. 112 de la Constitución, y tiene por finalidad la realización de las indagaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal (art. 326 CPP It), es decir, para valorar si existe material suficiente para formular una acusación. Esta fase está encomendada al Ministerio Fiscal, que la dirige disponiendo directamente de la Policía Judicial (art. 327 CPP It), a quien puede delegar específicamente determinados actos (art. 370 CPP It).

---

[173] Siguiendo en este punto a NICASTRO (op. cit.) y MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS (op. cit.) en el sistema italiano existen, al menos, cinco procedimientos especiales que se denominan: el juicio *abreviato* (arts. 438 a 443 CPP It), que se desarrolla en la fase de audiencia preliminar; el *patteggiamiento* (arts. 444 a 448 CPP It), que responde al esquema clásico de una conformidad; el *direttisimo* (arts. 449 a 452 CPP It), en el que no hay audiencia preliminar, sino que de la fase de investigación se pasa directamente al juicio oral, en supuestos de flagrancia o confesión; el *inmediato* (arts. 453 a 458 CPP It) que se desarrolla ante el Juez de las indagaciones preliminares, sin audiencia preliminar, en supuestos de evidencia de la prueba; y el juicio *por decreto* (arts. 459 a 464 CPP It), sin audiencia preliminar y sin juicio oral, con posibilidad de reducción a la mitad de la pena solicitada (frente al tercio previsto para el *abreviato* y el *pattegiamiento*). Como señala NICASTRO, "la amplia variedad de procedimientos alternativos implica un poder de elección atribuido a las partes, en coherencia con los principios del modelo acusatorio (que es un sistema de partes). Pero, siempre, el juez tiene el papel de vigilar sobre la exactitud de la elección y la aplicación del procedimiento y nunca podrá asumir él mismo la elección, que queda en la total disponibilidad de las partes". Además, "es preciso aclarar que los procedimientos especiales no sólo son alternativos al juicio ordinario, sino a menudo son alternativos entre ellos mismos. (…) En otras palabras, la elección de un determinado procedimiento especial agota para el autor de la elección la posibilidad de elegir otro".

[174] Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Op. cit. Pág. 206.

[175] En el mismo sentido NICASTRO, Gian María. "*Sistema procesal italiano*". Op. cit., cuando señala que "solamente cuando terminan las investigaciones preliminares empieza el proceso propiamente dicho".

[176] El principio de legalidad no implica necesariamente el de oficialidad. Como destaca RUBIO EIRE José Vicente. "*El sistema procesal penal italiano*". Op. cit., en Italia existe un número muy superior de delitos privados que en España, y además "es necesario que exista una petición del Ministro de Justicia para poder instruir una causa por un elenco amplio de casos, como por ejemplo: delitos políticos cometidos en el extranjero (art. 8 CP), delitos comunes cometidos en el extranjero por un ciudadano, a condición de que el autor se encuentre dentro del territorio del Estado y el crimen esté sancionado con una pena de prisión no inferior a tres años (art. 9 CP); delitos comunes cometidos en el extranjero por un extranjero, a condición de que el autor se encuentre dentro del territorio del Estado y el crimen esté sancionado con una pena de prisión no inferior a un año, ... entre otros".

El Ministerio Fiscal ostenta el monopolio de la acción penal, lo que se justifica bajo el principio de obligatoriedad de la acción penal[177]. La víctima u ofendido por el delito (arts. 90 a 95 CPP It) y el perjudicado por el delito (arts. 74 a 89 CPP It) son figuras que se distinguen expresamente y que tienen capacidad para formular alegaciones en el proceso e indicar las fuentes de prueba de que tengan conocimiento, pero no se constituyen como partes procesales en sentido estricto.

El carácter de Magistratura de los integrantes del *Pubblico Ministero* italiano es lo que puede explicar no sólo su monopolio en el ejercicio de la acción penal, sino también las amplias facultades en el ejercicio de su función de investigación de las infracciones criminales. Así, además de los actos propios de cualquier investigación (arts. 358 y ss CPP It), tales como recogida de muestras y vestigios, declaraciones o careos de testigos, e informes periciales; el Ministerio Fiscal italiano puede acordar la obtención de muestras biológicas (art. 359 bis CPP It), el registro (art. 364.5 CPP It) y la intervención telefónica (art. 267.2 CPP It) en caso de urgencia debidamente justificada por el riesgo de pérdida de fuentes de prueba o por el perjuicio para la investigación.

No obstante, la actuación de la Fiscalía está sometida a varios límites que se configuran como elementos estructurales del modelo de instrucción.

En primer lugar, la figura del GIP (*Giudice per le Indagine Preliminare*) o Juez de la Investigación Preliminar que, realizando una función propia de Juez de garantías[178], es el encargado de autorizar o convalidar, según los casos, y siempre a instancia de la Fiscalía, las medidas cautelares o de investigación que afectan a derechos fundamentales, entre las que se encuentran las intervenciones telefónicas (arts. 267.1 CPP It) o la prisión preventiva (arts. 272 y ss CP It).

---

[177] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Op. cit. Pág. 187.

[178] Ver, en el mismo sentido, López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Revista Diario La Ley. nº 7987. 19 de diciembre de 2012.

En segundo lugar, la fijación de un plazo de seis meses o un año (según los delitos) de duración de la investigación[179] que, aunque susceptible de prórroga (hasta 18 meses o dos años, según los casos), es controlado igualmente por el GIP (arts. 405 y ss CPP It). La consecuencia de que se superen los plazos sin finalizarse la instrucción, es que todas las pruebas recogidas durante la misma devienen inutilizables, y no se podrá hacer uso de ellas en el futuro juicio oral (art. 407.3 CPP It).

En tercer lugar, la distinción con rango legal entre medios de prueba (arts. 194 a 243 CPP It) y medios de obtención de la prueba (arts. 244 a 271 CPP It), determina una absoluta separación entre los actos de investigación y los actos que, realizados durante la fase de investigación, pueden ser valorados como prueba. El CPP It establece una notoria rigidez en este punto, mediante el establecimiento de causas de nulidad (arts. 177 y ss CPP It) que imponen al Ministerio Fiscal el cumplimiento estricto de una serie de requisitos para sus actos. Además, se distingue claramente entre la documentación recabada por el Fiscal y por la defensa (los denominados "*Fascicolos*"), y la que puede y debe ser utilizada en el acto del juicio oral (*Fascicolo per il debattimento*, art. 431 CPP It). En tal sentido, el sistema ha previsto, como resalta NICASTRO[180], el *incidente probatorio* (arts. 392 a 404 CPP It), "para evitar el peligro de que en las investigaciones preliminares se pierdan pruebas" y que es un "instrumento procesal (que) permite anticipar la práctica de la prueba en un momento antecedente al juicio, pero con las mismas garantías", llevándose a cabo ante el Juez de la Investigación Preliminar, en los supuestos previstos en la norma (art. 392 CPP It) y con la presencia e intervención de las partes (art. 401 CPP It).

En cuarto lugar, el papel especialmente activo que se reconoce a las defensas en el sistema italiano, una de cuyas características es la denominada "*investigazioni*

[179] El plazo se computa desde la inscripción de la existencia de la causa en un Registro especial (art. 335 CPP It), que no existe en España, en el que, a modo de registro de antecedentes procesales penales en curso, se inscriben las instrucciones penales que están en actualmente tramitándose contra una determinada persona. Los interesados pueden consultar dicho Registro y así tomar conocimiento si se está cursando alguna causa contra ellos mismos.
[180] Nicastro, Gian Maria. "*Sistema procesal italiano*". Op. cit.

difensive" (arts. 391 bis y ss. CPP It[181]). En virtud de esta facultad, la defensa puede interrogar o hacer interrogar a su propio cargo a quien pueda ofrecer declaraciones[182] de relevancia para el juicio (a través de entrevistas, declaraciones formales o reproducidas en los mismos términos que la investigación oficial), pedir y obtener documentación de la administración pública, acceder a lugares, etc[183]. Además, el CPP It establece una serie de reglas sobre la presencia preceptiva o facultativa de la defensa en los actos realizados por el Ministerio Fiscal (arts. 364 a 366 CPP It), bajo pena de nulidad del acto[184].

Finalmente, una vez culminada la investigación, la actuación del Fiscal se ve sometida a un control judicial, que puede ser doble.

Si el Fiscal decide archivar la causa, dirige la *richiesta di archiviazione* al Juez de la Investigación Preliminar, que puede acordarla o denegarla. La denegación puede producirse de oficio o a instancia del ofendido o perjudicado por el delito (art. 408 CPP It) que, como recuerda IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA[185], puede "obtener del Juez la orden al Ministerio Público de ejercer las correspondientes acciones penales cuando éste hubiera solicitado de modo indebido el sobreseimiento del procedimiento, todo ello, tomando parte en la audiencia que contempla el artículo 409 CPP (It)". En este punto, el sistema italiano ha mantenido una notoria característica inquisitiva, ya que el mismo Juez que ha podido participar en actos

---

[181] Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 397/2000 de 7 de diciembre, en coherencia con la reforma constitucional del art. 108, que estableció las garantías básicas del derecho al proceso justo, entre las que destaca la exigencia de contradicción para la obtención de la prueba, como expresión de la igualdad de armas.

[182] Esta potestad está reforzada por la previsión delictiva para quien cometa falsedad en las declaraciones ante un defensor (art. 371 ter del Código Penal).

[183] Según NICASTRO (op. cit), "la adquisición de las noticias es libre y solo encuentra límites en el caso en que las personas ya hayan sido escuchadas por el fiscal o por la policía; aquí el defensor tiene expresa la prohibición de preguntar al "testigo" sobre la marcha del interrogatorio y las respuestas que haya dado a la parte pública. Esta misma prohibición existe para el fiscal en el caso en que el defensor haya interrogado primero la persona. (…) La persona a la que el defensor pide una declaración no tiene obligación de proporcionarla pudiéndose así negar a comparecer y a contestar. El defensor tiene en este caso la posibilidad de pedir al juez de las Investigaciones Preliminares GIP que la persona comparezca ante él (GIP), para proceder a la declaración testifical con carácter obligatorio. El mismo defensor participará en la declaración haciendo él mismo las preguntas que crea oportunas".

[184] Sin embargo, para PEDRAZ PENALVA ("*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 127), la "pretendida igualdad posicional (…) entre acusación y defensa, no se compadece (…) con las facultades de que goza el Ministerio Público durante la investigación", a lo que se une la "disponibilidad, al menos teórica, de todos los medios precisos para su investigación (…) con lo que el acusado, sobre todo el que carezca de recursos económicos suficientes (…), estará en desventaja respecto de la acusación pública".

[185] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Op. cit. Pág. 188.

determinantes de la tramitación de la fase de investigación[186], es el que decide que, a pesar de que la única parte acusadora solicita el archivo, procede la continuación del proceso, ordenando a la Fiscalía que complemente la investigación o que formule la imputación, convocando ulteriormente a la audiencia preliminar (art. 409.5 CPP It).

Si el Fiscal considera que procede la continuación del proceso, formula *l'imputazione,* mediante la *richiesta di rinvio a giudizio* (art. 417 CPP It), que se somete al control de otro Juez, el GUP (*Giudice dell'udienza preliminare*)[187]. A tal fin tiene lugar una vista con la presencia de las partes (arts. 416 y ss CPP It) tras la que se puede acordar (art. 424 CPP It) el archivo (*sentencia di non luogo a procedere,* art. 425 CPP It) o la citación a juicio (*decreto che dispone il giudizio*, art. 429 CPP It). Como señala NICASTRO[188], la audiencia preliminar "se ha transformado en el baricentro del procedimiento penal: aquí el Juez controlará la regularidad de todos los actos realizados por las partes en las indagaciones preliminares; la regularidad de las notificaciones y la efectividad de las mismas; podrá ordenar al Fiscal una actividad de integración de las fuentes de pruebas recogidas, incluso decidir efectuar él mismo la recogida de otros elementos de prueba que las partes han descuidado, etc. En la Audiencia Preliminar el juez tiene el deber de decidir sobre la petición del Fiscal que ya ha formulado la imputación y está pidiendo que el imputado (…) sea citado delante del juez del debate, para ser sometido al juicio ordinario". Para MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS, "la función de la audiencia preliminar (…) es la de deliberar el fundamento de la acusación formulada por el Ministerio Público, con lo cual se convierte en la primera garantía del imputado, que, por primera vez, se presenta como tal delante de un Juez, por lo que la defensa tiene derecho a conocer todos los actos de investigación realizados por el Ministerio Público y la Policía Judicial". Para que el Juez de la audiencia preliminar pronuncie una sentencia de sobreseimiento es necesario que el material

[186] Como la adopción de medidas cautelares de carácter personal, o la celebración ante sí de prueba testifical anticipada.
[187] El art. 34.2.bis CPP It establece que el juez que ha desarrollado funciones de GIP en un procedimiento es incompatible para desarrollar funciones de GUP, con lo que queda finalmente salvaguardada la imparcialidad del órgano judicial encargado de decidir si procede o no la continuación del proceso.
[188] Nicastro, Gian Maria. "*Sistema procesal italiano*". Op. cit.

acumulado en la investigación sea insuficiente, contradictorio o no idóneo para sostener la acusación en juicio (art. 425.2 CPP It)[189]. O en palabras de CALVO SANCHEZ[190], "el Juez dispone la apertura del juicio, sólo si está convencido de la existencia del hecho punible y la autoría del imputado, en caso contrario dicta sentencia de no haber lugar a proceder".

Una vez dictado el decreto que establece la apertura de juicio oral, la oficina del Juez de la audiencia preliminar forma el expediente del juicio oral, denominado *il fascicolo del dibattimento,* en el cual, de acuerdo con lo anteriormente señalado, deben incluirse solamente los actos previstos en el artículo 431 CPP It, de forma que la decisión del órgano sentenciador se produzca únicamente sobre la base de las pruebas practicadas válidamente en el acto del juicio oral, o durante la fase de investigación, pero en condiciones de contradicción tales que permitan su valoración en el plenario.

En definitiva, el modelo italiano está fuertemente condicionado por la notoria independencia de la Magistratura (integrada por Jueces y Fiscales). Se trata de un sistema que encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar el cumplimiento del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, sin injerencias del poder político[191] que, en el caso de Italia, tiene unas connotaciones históricas especialmente gravosas. La independencia del Fiscal encargado de cada investigación ha generado, no obstante, problemas de dispersión de criterios y de falta de coordinación, sobre todo en las investigaciones que pueden considerarse como más complejas. Además, la pertenencia a una misma carrera de los Jueces y Fiscales, y las frecuentes sinergias entre ellos, ha determinado la necesidad de establecer mecanismos adicionales de control de las investigaciones, asumidas en régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal. A ello responde no sólo la rigidez de las reglas de la prueba o la limitación temporal de las investigaciones, sino también

[189] Para MATEOS RODRIGUEZ-ARIAS (op.cit) el GUP requiere "una prueba evidente de que el hecho no subsiste o de que el imputado no lo ha cometido o de otras razones de no punibilidad o inimputabilidad; esto es, es necesario una prueba evidente de no culpabilidad".
[190] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[191] Sin descartar igualmente la capacidad de influencia que, en determinadas épocas, haya podido tener el crimen organizado encuadrado en el fenómeno mafioso.

el rol de la defensa y, sobre todo, la existencia de un doble filtro judicial una vez culminada la investigación. En esta fase intermedia todavía se encuentra algún resquicio del sistema inquisitivo, por cuanto el Juez de la Investigación Preliminar puede ordenar al Fiscal la formulación de una imputación, aunque la decisión definitiva sobre si procede o no la apertura del juicio oral corresponde a otro Juez, el de la Audiencia Preliminar. En cualquier caso, la citada reminiscencia inquisitiva sólo puede entenderse desde la perspectiva de la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, tan arraigado en este país. Este principio, no obstante, está puesto en cuestión hoy en día, debido a que la sobrecarga de asuntos obliga a priorizar los medios puestos a disposición de la persecución criminal, sin que aparentemente exista un efectivo control sobre este tipo de decisiones.

2.4.- El modelo portugués.

2.4.1.- La organización judicial en Portugal.

La organización judicial portuguesa viene predeterminada por lo dispuesto en su texto constitucional[192] (en adelante, CPo) aprobado en el año 1976, que en sus arts. 209 y ss establece el esquema organizativo general de su sistema de Justicia. Y así, al margen de las jurisdicciones especiales[193], el primer nivel o primera instancia en las materias civil y criminal está conformada por los denominados "*Tribunais de Comarca*" (art. 210.3 CPo), que conocen de los asuntos que no sean competencia del resto de órganos judiciales (art. 73 de la Ley 52/2008, de 28 de agosto, de organización y funcionamiento de los Tribunales Judiciales[194]). A su vez, los Tribunales de Comarca pueden especializarse en la pequeña, media o gran

[192] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.parlamento.pt/LEGISLACAO/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx Versión actualizada a fecha 24 de julio de 2015.

[193] Además de los Tribunales encargados de materias específicas (arts. 211), existen los Tribunales Administrativos y Fiscales (art. 212), Militares (art. 213) y el Tribunal de Cuentas (art. 214).

[194] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/pdf-ult2/lei-n-52-2008-de-28-de/downloadFile/file/lei_52.2008.pdf?nocache=1219910956.12 Versión actualizada a fecha 24 de julio de 2015.

instancia penal, en función de la complejidad de los asuntos (arts. 127 y ss Ley 52/2008), de manera que la gran instancia se encarga de los asuntos que deban ser enjuiciados por un Tribunal colegiado o por Jurado (art. 131 Ley 52/2008), mientras que la pequeña instancia se configura como el órgano encargado de la tramitación de los procesos abreviados (art. 133 Ley 52/2008), reservándose la media instancia para el resto de asuntos. En la segunda instancia, como órgano judicial propio de apelación, se sitúan los "*Tribunais da Relação*" (art. 210.4 CPo), que también pueden conocer como órgano de primera instancia de determinado tipo de procesos como, por ejemplo, los que puedan seguirse contra Jueces y Fiscales por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos (art. 66 Ley 52/2008). La cúspide de la organización está ocupada por el "*Supremo Tribunal de Justiça*" (art. 210.1 CPo), que se configura como el órgano superior de la jerarquía de los tribunales de justicia, sin perjuicio de las competencias del Tribunal Constitucional (regulado en los arts. 221 a 224 CPo).

El estatuto de los Jueces está garantizado bajo los principios de independencia e inamovilidad (art. 216 CPo), y se desarrolla por la Ley 21/1985, de 30 de julio, del Estatuto de los Magistrados Judiciales[195], bajo la tutela del "*Conselho Superior da Magistratura*", que tiene atribuida las competencias en materia de nombramiento, provisión de destinos, promoción profesional y acción disciplinaria (art. 217.1 CPo). El Consejo Superior de la Magistratura, bajo la dirección del Presidente del Tribunal Supremo (que es elegido por los propios Jueces, según dispone el art. 210.2 CPo), está compuesto por un total de 16 Vocales (dos de ellos designados por el Presidente de la República, 7 elegidos por la Asamblea de la República y otros 7 elegidos por los propios Jueces, conforme al principio de representación proporcional).

[195] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=5&tabela=leis
Versión actualizada a fecha 24 de julio de 2015.
Además de la composición, funcionamiento y competencias del Consejo Superior de la Magistratura (arts. 136 y ss), esta Ley regula los derechos, deberes e incompatibilidades (arts. 8 y ss), el sistema de acceso, nombramientos y promoción profesional (arts. 38 y ss) y el sistema disciplinario (arts. 81 y ss) de los Magistrados portugueses.

Por su parte, el art. 219 CPo establece que compete al Ministerio Público "representar al Estado y defender los intereses que la ley determine, así como, en los términos dispuestos en la ley, participar en la ejecución de la política criminal definida por los órganos de la soberanía, ejercer la acción penal orientada por el principio de legalidad y defender la legalidad democrática". Como desarrollo de este precepto constitucional, el Estatuto del Ministerio Público (en adelante, EMP) aprobado por la Ley 47/1986, de 15 de octubre[196], dispone en su art. 1 una fórmula similar, que es completada por el art. 3, que establece las competencias de esta institución, entre las que destacan la representación de las regiones autónomas y las autarquías locales, el ejercicio de funciones consultivas, la defensa de la independencia de los Tribunales o de intereses colectivos y difusos, incluyendo expresamente a los trabajadores y sus familias en sus derechos sociales, además de dirigir la investigación criminal fiscalizando la actividad procesal de los órganos de la policía criminal.

Teniendo en cuenta la variedad y heterogeneidad de las funciones atribuidas a la institución, parece apropiada la expresión de MARCHENA GOMEZ[197], cuando señala que el Ministerio Público portugués "mora en la contradicción estructural" que representa la conjunción de fines tan heterogéneos como la defensa de la legalidad democrática y la independencia de los Tribunales, junto a la representación y asesoramiento del Estado.

Sin embargo, como recuerda GOMES FERREIRA[198], las funciones "de interés comunitario", y su "vocación" de "persecución de los delincuentes y la defensa de las personas socialmente más vulnerables" ya estaba implícita en su origen histórico, por cuanto "durante el reinado del Rey Don Juan I de Portugal (1357-1433) existía (…) la figura del Procurador de la Corona cuyas funciones (…) lo alejaban de la simple persecución de los intereses del monarca". A partir del año

---

[196] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.ministeriopublico.pt/iframe/estatuto-do-ministerio-publico
Versión actualizada a fecha 24 de julio de 2015.
[197] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 49.
[198] Gomes Ferreira, Joana. "*El Ministerio Público portugués*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001. Pág. 67.

1832, con el surgimiento del liberalismo y de la monarquía constitucional, se adoptó un modelo de inspiración napoleónica. De hecho, las Magistraturas judicial y del Ministerio Público pasaron a presentarse como un cuerpo único (como ocurre todavía en Francia), regidos por un solo Consejo Superior, aunque con una separación de tipo funcional. Y no será hasta la aprobación de la Constitución democrática de 1976 cuando se cambie radicalmente de modelo.

En la actualidad, el art. 219.2 CPo proclama la autonomía de la institución, aunque esta declaración viene modulada por lo dispuesto en su Estatuto, en cuyo art. 2.1 se resalta la autonomía respecto de los "otros órganos del poder central, regional o local", para concretar seguidamente en el art. 2.2 que la autonomía se vincula no solo a los principios de "legalidad y objetividad", sino también con la sujeción de sus miembros a las "directivas, órdenes e instrucciones" previstas en la ley. De esta manera, la regulación general de la institución pivota sobre las ideas de autonomía frente a terceros y la jerarquía interna.

Conforme a lo dispuesto en el EMP, la Procuraduría General de la República es el órgano superior del Ministerio Público (art. 9.1 EMP), compuesto por el *Procurador-Geral da República*, el *Conselho Superior do Ministério Público*, el *Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República*, los *auditores jurídicos* y los *serviços de apoio técnico e administrativo* (art. 9.2 EMP[199]).

La máxima autoridad del Ministerio Público es el Procurador General, nombrado y removido por el Presidente de la República, a propuesta del Gobierno (art. 133,m CPo), por un plazo de seis años (art. 220.3 CPo)[200]. Entre sus funciones se

[199] En la Procuraduría General también existen varios órganos de asistencia técnico-jurídica como el Gabinete de Documentación y Derecho Comparado y el Núcleo de Asesoría Jurídica (art. 9.3 EMP)

[200] Señala NARVAEZ RODRIGUEZ, ANTONIO, en "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Pág. 132; que desde el punto de vista institucional, el MF portugués "se encuentra a caballo" entre los sistemas alemán e italiano, ya que no siempre ambas instituciones (el Presidente de la República y el Gobierno) "radican en grupos políticos de la misma ideología, por lo que, en la práctica, la permanencia en el cargo del máximo representante del MF se perpetúa contra el parecer de quienes desempeñan en un momento determinado una u otra institución". Debe recordarse que el Presidente de la República es elegido por un mandato de 5 años (art. 123 CPo) mientras que el Gobierno está asociado al mandato de 4 años de la Asamblea de la República (arts. 171 y 192 CPo). En realidad, este sistema viene a resaltar la idea de autonomía de la institución del Ministerio Público respecto de los poderes públicos que nombran a su máxima autoridad.

encuentra la de “dirigir, coordinar y fiscalizar la actividad” de la institución, emitiendo las “directivas, órdenes e instrucciones” a las que deben sujetarse los miembros del Ministerio Público (art. 12.2.b EMP).

A partir de esta figura, la organización jerárquica piramidal se desarrolla de la siguiente manera: un Vice Procurador General de la República (art. 13 EMP); los Procuradores Generales de Distrito, que dirigen la actividad del Ministerio Público en el distrito judicial correspondiente y representan a la institución ante los Tribunales da *Relação* (art. 58.1 EMP), y que a su vez están asistidos por los Procuradores Generales Adjuntos (art. 59 EMP). Finalmente, en el ámbito de los Tribunales de Comarca desarrollan su actividad los Procuradores de la República (art. 63 EMP), asistidos por los Procuradores Adjuntos (art. 64 EMP).

Como se verá, la organización del Ministerio Público guarda relación con la estructura judicial, pero mantiene una autonomía organizativa propia derivada de su carácter jerárquico y de su configuración funcional. Este último aspecto tiene su reflejo en los denominados Departamentos de Investigación y Acción Penal. Existe un Departamento Central, dependiente de la Procuraduría General de la República (art. 9.3 EMP), encargado de la investigación y prevención de la criminalidad violenta, altamente organizada o de especial complejidad (art. 46 EMP); unos Departamentos de Distrito (art. 70 EMP); y finalmente, en función del volumen de asuntos, los Departamentos de Comarca (art. 71 EMP).

La jerarquía interna del Ministerio Público portugués contrasta con una aparente autonomía de la institución frente a terceros, garantizada por el Consejo Superior del Ministerio Público, que tiene atribuida las funciones en materia de nombramiento, provisión de destinos, promoción profesional y régimen disciplinario (art. 27 EMP). Este Consejo está compuesto mayoritariamente por miembros del Ministerio Público. Y así, bajo la presidencia del Procurador General de la República, forman parte del mismo los Procuradores Generales de Distrito; además de un Procurador General Adjunto, dos Procuradores de la República y cuatro Procuradores Adjuntos (elegidos todos ellos por y entre los integrantes de sus

respectivas categorías). También forman parte de este órgano un total de 7 miembros más (5 elegidos por la Asamblea de la República y 2 por el Ministro de Justicia).

Este paralelismo entre el régimen jurídico de los Magistrados judiciales y los Magistrados del Ministerio Público viene recogido expresamente en el art. 75 EMP[201]. Sin embargo, las diferencias funcionales son notorias entre ambos cuerpos, y no solamente se manifiestan en la ya citada jerarquía interna[202], sino también en las potestades atribuidas al Ministro de Justicia en el art. 80 EMP. Estas facultades (*poderes*, según reza literalmente el precepto), guardan relación directa con el hecho de que el Ministerio Público ejerce funciones de representación del Estado, de manera que el Ministro de Justicia puede dirigir órdenes, a través del Procurador General de la República, en determinados asuntos concretos en los que el Estado sea parte.

No obstante lo anterior, como destaca MARCHENA GOMEZ[203], la "indudable fijación en la órbita del Poder Ejecutivo (…) no ha sido obstáculo para la atribución al Ministerio Público de un papel decisivo en la instrucción criminal", como veremos a continuación.

2.4.2.- El modelo de instrucción penal en Portugal.

El sistema vigente en nuestro país vecino viene regulado en el *Código de Processo Penal* (CPP Po[204]) , que fue aprobado por el Decreto-Ley 78/1987, de 16 de febrero, tras una previa autorización legislativa de fecha 26 de septiembre de 1986.

---

[201] Dicho precepto dice literalmente lo siguiente: "1 - *A magistratura do Ministério Público é paralela à magistratura judicial e dela independente.* 2 - *Nas audiências e actos oficiais a que presidam magistrados judiciais, os do Ministério Público que sirvam junto do mesmo tribunal tomam lugar à sua direita*."

[202] Que, no obstante, encuentra límites en la propia norma, ya que conforme a lo dispuesto en el art. 79 EMP, los Magistrados del Ministerio Público pueden exigir que las instrucciones les sean dictadas por escrito, y se pueden oponer a las mismas en determinados supuestos, por motivos de ilegalidad o de vulneración grave de su conciencia jurídica. En estos casos, el superior puede avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo asuma.

[203] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 55.

[204] Se ha utilizado una versión que puede ser consultada en la siguiente URL: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&ficha=1&pagina=1 Versión actualizada a fecha 24 de julio de 2015.

La comisión encargada de redactar esta norma, presidida por el profesor Figueireido Dias, tuvo muy en cuenta la primera delegación legislativa parlamentaria italiana de 1974[205], de manera que Portugal siguió el camino iniciado por la reforma alemana de 1974[206], sustituyendo el modelo de Juez de Instrucción vigente desde el año 1832, y atribuyendo la fase de investigación penal al Ministerio Público.

Siguiendo en este punto a GOMES FERREIRA[207] se puede señalar que, con anterioridad a la reforma de 1987, la fase preparatoria del juicio oral estaba dividida en dos modalidades de instrucción, ambas conducidas por un Juez: la instrucción preparatoria y la instrucción contradictoria. Así se recogía en el CPP anterior, de 1929. En 1945 se confió al Ministerio Público la fase de instrucción preparatoria, situación que se mantuvo hasta la Revolución de 1974. A partir del año 1975, el sistema se recondujo hacia una modalidad dual: por una parte, la indagación preliminar[208], bajo la titularidad del Ministerio Público, para los delitos de menor gravedad; y por otra, se mantenía la instrucción preparatoria y la instrucción contradictoria, con la dirección del Juez de Instrucción, para los delitos de mayor gravedad.

El sistema no llegó a consolidarse en la práctica, como señala GOMEZ-ESCOLAR MAZUELA[209]. A ello contribuyó, según este autor, la escasa dotación de "estructuras humanas y materiales", así como la falta de "iniciativa procesal" de los Jueces, pero también las modificaciones en el Estatuto del Ministerio Público, que pasó de tener una "posición estatutariamente débil y procesalmente fuerte a una situación de signo inverso". En la misma idea insiste GOMES FERREIRA[210] cuando destaca que la "opción de entregar al Ministerio Público la fase preliminar (…) se apoyó en el nuevo estatuto de aquella Magistratura, en que aumentan las nociones

[205] Tal y como recuerda MARTIN Y MARTIN, JOSE ANTONIO, en "*La instrucción penal*". Op. cit. Pág. 49.
[206] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.
[207] Gomes Ferreira, Joana. "*El Ministerio Público portugués*". Op. cit. Pág. 72.
[208] Introducida por el Decreto-Ley 605/1097, de 11 de marzo.
[209] Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. "*El fiscal instructor: la experiencia portuguesa*". Revista del Poder Judicial. nº 33. 1994. Consejo General del Poder Judicial. 1994.
[210] Gomes Ferreira, Joana. "*El Ministerio Público portugués*". Op. cit. Págs. 73 y 74

de autonomía frente al poder político, de estructura jerárquica y de vocación histórica para la investigación". A lo que se añade el "debate teórico que señalaba los inconvenientes de concentrar en la misma persona, el Juez, la fase de investigación y la de garantía de las libertades individuales". En palabras de FIGUEIREIDO DIAS[211], "no debe haber juez *de* instrucción, sino juez *en* la instrucción".

La modificación del sistema vigente hasta ese momento generó una notable polémica[212], ya que el art. 32.4 CPo señala que la instrucción es competencia judicial. El Tribunal Constitucional, en su función de revisión preventiva de la norma, concluyó que no se apreciaba ningún reparo constitucional[213]. Para ello, el nuevo Código Procesal Penal de 1987 salva "ese escollo"[214] distinguiendo dos momentos en la fase preliminar del procedimiento: el "*inquérito*", atribuido al Ministerio Público, en el que se practican las diligencias necesarias para tomar la decisión sobre si procede la acusación o no (art. 262 CCP Po); y la "*instruçao*", de carácter facultativo y atribuida al Juez de Instrucción, que tiene como finalidad primordial la de ejercer el debido control sobre la decisión de acusación o archivo de la causa (art. 286 CPP Po).

Como señala el preámbulo del nuevo CPP Po de 1987, con esta reforma se pretende "convertir la investigación (…) en la fase general y normal de preparar la decisión de acusación o de no-acusación", añadiendo que el Ministerio Público "no tiene estatuto de parte (…) sino el de una auténtica magistratura, sujeta al estricto deber de objetividad".

---

[211] Figueireido Dias. "*Direito procesual penal*". Vol I. Pág. 389. Citado por Gómez-Escolar Mazuela. "*El fiscal instructor: la experiencia portuguesa*". Op. cit.
[212] Un resumen de los argumentos empleados se puede ver en PINTO DOS SANTOS, FRANCISCO JOSE. "*El nuevo Código de Proceso Penal portugués*". Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. Diciembre 1988. Traducción de Luciano Varela Castro. Págs. 59 a 62. Para este autor, las principales objeciones al nuevo sistema venían determinadas por el riesgo de policialización de la investigación, la escasez de medios puestos a disposición de la Fiscalía, y su falta de autonomía real respecto del poder ejecutivo.
[213] Mediante el Acordao 7/1987, de 8 de julio.
[214] En expresión de Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. "*El fiscal instructor: la experiencia portuguesa".* Op. cit.

Para CALVO SANCHEZ[215], sin embargo, el cambio del proceso penal en Portugal va más allá de la mera sustitución de la figura del Juez de Instrucción por el Fiscal investigador. Para esta autora, con la reforma "se pretende la instauración de un sistema procesal que permita alcanzar, en la medida de lo posible, las finalidades de realización de la justicia combinadas con la garantía de los derechos fundamentales y de la paz social. Se tiende a la simplificación y aceleración de la tramitación procesal, evitando formalismos inútiles; reforzamiento del acusatorio y del principio de legalidad" aunque con "algunas concesiones al de oportunidad".

En efecto, como destacan MORAES ROCHA Y CONDE CORREIA[216], entre los principios esenciales que informan la fase de investigación procesal en Portugal se encuentra el principio de oficialidad, el de legalidad y el de oportunidad. Conforme al primero, "la iniciación y seguimiento procesales son públicos, pertenecen al Ministerio Público", de manera que, aunque en determinados supuestos se exija la denuncia previa del ofendido o perjudicado o la constitución en forma de asistente o como acusación particular (arts. 49 a 52 CPP Po), la investigación es dirigida por el Ministerio Público, con la asistencia de la policía criminal (art. 263.1 CPP Po). Para estos autores, el principio de legalidad se refleja en lo dispuesto en el art. 262.2 CPP Po, según el cual, el conocimiento de un delito "da lugar siempre a la apertura de un *inquérito*". Pero además, el art. 283.2 CPP Po determina la necesidad de formular acusación siempre que de la investigación se deduzca una "posibilidad razonable de que va a ser aplicada una pena o medida de seguridad". Ahora bien, para estos autores, el principio de legalidad así entendido no excluye la vigencia del principio de oportunidad, en todo caso reglada.

Como ponen de relieve PEDRAZ PENALVA[217] y NARVAEZ RODRIGUEZ[218], la introducción de mecanismos de oportunidad en el proceso penal portugués se manifiesta, fundamentalmente, a través de dos vías. Conforme al art. 280 CPP Po

---

[215] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[216] Moraes Rocha, Joao Luis de y Conde Correia, Joao. "*Sistema de procedimiento penal portugués*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.
[217] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 131 y 132.
[218] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Págs. 132 y 133.

se permite el archivo del procedimiento en los casos, tasados, en que la ley penal ha previsto la denominada "dispensa de pena". Por otro lado, el art. 281 CPP Po contempla la figura de la "suspensión provisional del proceso", siempre que se cumplan los requisitos para ello[219], quedando la suspensión condicionada al cumplimiento de determinadas reglas de conducta[220]. En ambos casos, estas facultades reconocidas al Ministerio Público están sometidas al control judicial, ya que requieren la aprobación del Juez de Instrucción.

Y es que, en efecto, como destacan MORAES Y CONDE[221], estos mecanismos no implican la "atribución de un poder ilimitado al Ministerio Público, creador de desigualdades y libre albedrío en la aplicación de la ley. El Ministerio Público no ejecuta una nueva política criminal. (…) Los límites están esbozados en la ley, y persiguen exclusivamente los intereses subyacentes al propio sistema penal y son judicialmente controlados". Se trata, en definitiva, de un principio de oportunidad reglada[222].

Por lo demás, la actividad del Ministerio Público en la fase de *inquérito* se encuentra sujeta a ciertos límites. Y así, el CPP Po establece una regulación detallada de aquellos actos de investigación que el Ministerio Público puede ejecutar por sí mismo (art. 267); los que sólo pueden ser llevados a cabo por el Juez de Instrucción (art. 268); lo que requieren la previa autorización del Juez de Instrucción (art. 269) y los que pueden ser expresamente delegados en la Policía Judicial (art. 270, que realiza sus funciones bajo el régimen de dependencia

---

[219] Se trata de delitos sancionados con pena no superior a 5 años de prisión o con pena de otra naturaleza. Los requisitos son los siguientes: a) conformidad del acusado y del asistente; b) ausencia de antecedentes por delitos de la misma naturaleza; c) ausencia de aplicación anterior de la suspensión provisional por delitos de la misma naturaleza; d) no haber lugar a la aplicación de la medida de seguridad de internamiento; e) ausencia de un grado de culpa elevado; y f) previsión de que el cumplimiento de estas reglas de conducta va a responder de forma suficiente a las exigencias de prevención que correspondan al caso concreto.

[220] Las reglas de conducta son las siguientes: a) Indemnizar al ofendido; b) darle satisfacción moral adecuada; c) Entregar al Estado o a instituciones privadas con fines sociales una cierta cantidad o realizar una prestación de servicio de carácter público o social; d) residir en determinado lugar; e) realizar ciertos programas o actividades; f) No ejercer determinadas profesiones; g) no frecuentar ciertos medios o lugares; h) no residir en ciertos lugares o regiones; i) no acompañar, alojar o recibir a ciertas personas; j) no frecuentar ciertas asociaciones o participar en determinadas reuniones; l) no tener en su poder determinados objetos capaces de facilitar la práctica de otros delitos; m) cualquier otro comportamiento especialmente exigido por el caso concreto.

[221] Moraes Rocha, Joao Luis de y Conde Correia, Joao. "*Sistema de procedimiento penal portugués*". Op. cit.

[222] O de "legalidad abierta", en expresión empleada por GOMES FERREIRA, JOANA. "*El Ministerio Público portugués*". Op. cit. Pág. 74.

funcional, según lo previsto en el art. 56). En concreto, y por citar los más relevantes, el Juez de Instrucción es el competente para tomar declaración al imputado detenido, así como adoptar medidas cautelares de carácter personal (prisión preventiva –art. 202-); registros en despachos de Abogados o consultas médicas (arts. 178 y ss) y practicar prueba anticipada (art. 271), distinguiéndose así los actos de investigación de los actos de prueba. Además, las medidas de investigación que afectan a derechos fundamentales (tales como registros en domicilios –arts. 174 y ss- o intervenciones telefónicas –arts. 187 y ss-) han de ser previamente autorizadas por el Juez de Instrucción.

Otro de los límites a la actividad del Ministerio Público es la fijación de un plazo máximo para la fase de investigación (art. 276 CPP Po[223]). No obstante, el transcurso del plazo no implica necesariamente el archivo de la causa, sino la dación de cuentas al superior jerárquico, que puede avocar para sí el conocimiento del asunto, así como adoptar las medidas de aceleración del proceso previstas en el art. 109 CPP Po.

El principio de celeridad está presente igualmente en las formas procesales abreviadas tales como el proceso *sumário* (arts. 381 y ss) el *abreviado* (art. 391 y ss) y el *sumaríssimo* (art. 392 y ss). El proceso sumario está previsto para casos de delitos flagrantes, el abreviado para delitos sancionados con pena de prisión no superior a cinco años, y el sumarísimo cuando, en este mismo tipo de delitos, se entienda que no procede pena privativa de libertad.

Una vez que el Fiscal concluye su investigación, debe adoptar la decisión de formular o no acusación. Como señala BERNAL VALLS[224], el Ministerio Público debe acordar el archivo de la causa (art. 277, apartados 1 y 2 CPP Po) cuando no se haya verificado la realización del hecho o la persona responsable, cuando sea legalmente inadmisible el procedimiento, o cuando no se hayan recabado indicios

[223] El plazo inicial general es de 6 meses. Este plazo se puede elevar, según los casos, hasta los 8, 10 ó 12 meses, que a su vez se pueden prorrogar hasta los 14, 16 y 18 meses, respectivamente.
[224] Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Op. cit. Pág. 212.

suficientes sobre la existencia del delito o de sus responsables. Si, por el contrario, se considera que existe una posibilidad razonable de que sea impuesta una pena o medida de seguridad, procede formular acusación (art. 283.2 CPP Po).

En este marco general, el papel que desempeña la víctima u ofendido por el hecho punible está limitado en el proceso penal portugués. La regla general es que puede actuar como *asistente*. En tal condición, se configura como un "colaborador" del Ministerio Público (art. 69 CPP Po), pudiendo proponer medios de prueba y conocer el resultado de las mismas. Los perjudicados por el delito pueden actuar como *partes civis,* a estos meros efectos, e igualmente supeditados a la labor del Ministerio Público (arts. 71 y ss CPP Po). En los casos de delitos privados, el ofendido se puede personar como *acusação particular*, en cuyo caso puede formular acusación de forma independiente al Ministerio Público, es decir, aunque éste no acuse. Pero en todo caso, el asistente, la parte civil o la acusación particular están condicionados por el material probatorio recopilado por el Ministerio Público, y sus acusaciones no pueden implicar una alteración sustancial de los hechos por los que el Fiscal ha formulado su acusación. Precisamente por ello, la fase de *instruçao* se configura no sólo como un juicio de acusación.

En efecto, la *instruçao*, de carácter potestativo, está regulada en los arts. 286 y ss CPP Po, y permite ejercer un adecuado control sobre la actividad del Ministerio Público, posibilitando que tanto el acusado como el ofendido puedan solicitar al Juez de Instrucción que revise esa actuación[225]. En esta fase, el Juez puede practicar prueba, incluyendo en todo caso un debate oral y contradictorio en el que pueden intervenir el acusado y el asistente, no así las partes civiles. Ello incluye la posibilidad de reproducir las diligencias de prueba ya practicadas en la fase de *inquérito*, si no se hubieran seguido las formalidades legales (art. 291.3 CPP Po).

[225] Señala GOMES FERREIRA, JOANA, en "*El Ministerio Público portugués*". Op. cit. Pág. 76; que "a modo de balance, y también de apreciación del trabajo llevado a cabo por el Ministerio Público en la fase de investigación señálese que en el año 2000 la apertura de *Instruçao* fue requerida en el 0,17 % de los casos y tuvo una tasa de fracaso del 61 %".

Si el Juez de Instrucción considera que existen los presupuestos necesarios para que se pueda imponer una pena o medida de seguridad al acusado, dicta la *pronuncia* (art. 308 CPP Po), que determina la apertura de la fase de juicio o *julgamento* (arts. 311 y ss CPP Po). En caso contrario, decreta la *no pronuncia* y el consiguiente archivo de la causa.

En definitiva, el modelo de proceso penal en Portugal sigue el esquema general implantado en los países de nuestro entorno, en los que se atribuye al Ministerio Público la fase de investigación de los delitos (*inquérito*) labor que es realizada en régimen de monopolio y con una intervención limitada de otras partes acusadoras. La progresiva evolución hacia una mayor autonomía respecto del poder ejecutivo ha permitido que, a pesar de las dudas de constitucionalidad iniciales, el Ministerio Público haya asumido esta función sin merma alguna de los principios de legalidad y objetividad, lo que incluye la aplicación de elementos de oportunidad reglada. Ello posibilita, además, que el Juez de Instrucción pueda desarrollar sus funciones de manera imparcial, jugando un papel relevante en la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales y en orden a recabar elementos de prueba que puedan ser válidamente reproducidas en el acto del juicio oral. Pero además, el Juez de Instrucción puede asumir una función determinante no sólo de la valoración sobre la suficiencia o no del material probatorio recabado por el Ministerio Público, sino también sobre la legalidad de la propia actividad de esta institución, otorgando la oportuna garantía de sus derechos al acusado y/o al ofendido por el delito a través de la *instruçao*.

CAPITULO II.- LA INSTRUCCIÓN PENAL

La descripción de la evolución histórica y de los modelos de instrucción penal existentes en los países de nuestro entorno nos permite adentrarnos en el análisis del sistema vigente en España. Una valoración inicial del modelo debe partir necesariamente de la constatación de la realidad del proceso penal. Y en este punto, algunos de los datos estadísticos disponibles son particularmente significativos[226].

En efecto, por centrarnos en el tipo de procedimiento penal más habitual, en el año 2014 el volumen total incoado de diligencias previas del procedimiento abreviado fue de 3.804.059 (cifra que incluye las 21.824 diligencias urgentes transformadas en diligencias previas). De ese total, un 18,67 % (710.578) fueron acumulaciones o inhibiciones. A su vez, el 68,81 % (2.617.801) fueron sobreseídas o archivadas, quedando por tanto en tramitación 475.680 diligencias previas, lo que supone el 12,50 % del total incoado. Durante ese ejercicio se formularon 145.924 escritos de acusación por delito en el ámbito del procedimiento abreviado. Esta cifra supone el 3,83 % del volumen total de las diligencias previas incoadas.

Como se verá, un porcentaje nada desdeñable de procedimientos (18 %) son, realmente, duplicidades referidas a un mismo hecho, derivadas en muchas ocasiones de unos criterios de reparto de asuntos excesivamente prolijos que contribuyen a generar un volumen significativo de procedimientos que sólo pretenden determinar el órgano competente para el conocimiento del asunto, mediante las figuras de la acumulación o la inhibición. En segundo lugar, un volumen muy significativo de procedimientos (aproximadamente el 69 %) terminan archivándose, muchos de ellos incluso el mismo día de su incoación. En palabras de la Fiscalía General del Estado [227] "(…) la cifra total de diligencias previas incoadas está claramente sobredimensionada en relación con la delincuencia. Hay

[226]Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2014, que se puedan consultar en la página web www.fiscal.es Capítulo IV. Evolución cuantitativa de los procedimientos penales.
[227] Idem anterior.

que tener en cuenta que cada procedimiento no se inicia necesariamente como respuesta a un hecho delictivo debido a que son escasas la calidad y precisión de la definición jurídica en esta fase inicial. Por otro lado, un mismo hecho se tramita en ocasiones en varios procedimientos y no son pocas las diligencias previas que se incoan sin que los hechos que los originan carezcan de cualquier significado penal". Los datos son relevantes: solo un 12 % (aproximadamente) de los procedimientos penales incoados tienen una tramitación procesal que supera este primer filtro. Y de ellos, apenas un 4 % del total alcanza la fase de juicio oral, previa presentación de un escrito de acusación por parte del Ministerio Fiscal.

Estos datos no son novedosos. Como reseñó en su día GONZALEZ-CUELLAR GARCIA[228], del total de diligencias previas incoadas en el año 1986, el 64,92 % fueron sobreseídas por resultar desconocido el autor de los hechos, y el 10,43 % por no ser los hechos constitutivos de delito; mientras que sólo alcanzaron la fase de juicio y consiguiente sentencia (tras la correspondiente transformación del procedimiento) un 8,29 % de las diligencias previas incoadas. Dos décadas más tarde, MORENO CATENA[229] reflejaba que ingresaban en el sistema penal más de 6 millones de asuntos, de los cuales sólo llegaban a enjuiciarse "un 10 %, ya que alrededor del 66 % de los procedimientos se archivaron por desconocimiento de la identidad del autor; casi el 15 % fueron archivados por no ser el hecho constitutivo de delito y algo más del 9% fueron declaradas faltas".

En consecuencia, se puede afirmar que la Administración de Justicia lleva muchos años empleando considerables dosis de tiempo y energías en tramitar asuntos que "nacen ya muertos", es decir, que se incoan y se archivan el mismo día o en días inmediatamente posteriores, porque no responden a una verdadera actividad investigadora[230] o porque esa investigación está abocada al fracaso desde el primer

---

[228] González-Cuéllar García, Antonio. "*Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". En obra colectiva del mismo título. VVAA (Coord: Nicolás González-Cuéllar Serrano). I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988. Págs. 271 a 278.

[229] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho Procesal Penal*". Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 44 y 45.

[230] Ver, en tal sentido: López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.; cuando señalan que "Quienes conocen la práctica forense saben bien que las

momento, al carecerse de los mínimos elementos indiciarios que permitan dirigir el proceso frente a una persona determinada. Esto no solo significa que la realidad procesal no refleja, ni mucho menos, la realidad criminológica, -sin perjuicio de que pueda mostrar una fotografía más o menos dinámica sobre las tendencias generales en materia de litigiosidad-, sino que, sobre todo, lo que refleja es un grado de burocratización desproporcionado. En definitiva, el modelo de instrucción penal es ineficaz e ineficiente.

Uno de los motivos de que esto sea así, a mi juicio, está directamente relacionado con la progresiva desnaturalización del concepto y finalidad de la instrucción penal, como veremos seguidamente.

1.- Concepto y finalidad de la instrucción penal.

Sólo desde una adecuada comprensión de la verdadera finalidad de la instrucción penal se puede analizar su concepto y, en consecuencia, avanzar en la definición de su naturaleza jurídica, a fin de valorar si el modelo vigente responde a tales parámetros o si, por el contrario, requiere una modificación de su diseño.

En efecto, la mayoría de las definiciones de la instrucción penal se formulan desde la previa delimitación de su finalidad, perfilando así los contornos de su contenido y de su verdadera naturaleza.

Así, para ASENCIO MELLADO[231], se trata de la "fase inicial (del proceso penal) cuya finalidad es la de hacer posible el enjuiciamiento mediante la determinación previa, y siempre con base en juicios provisionales, del hecho presuntamente cometido y de su presunto autor". No obstante, a su juicio, la finalidad de la instrucción no coincide plenamente en todos y cada uno de los distintos tipos de

abultadísimas cifras de causas criminales no son indicativas ni del número real de investigaciones judiciales desarrolladas ni de la evolución de la tasa de delitos cometidos".

[231] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 97 y 98.

procedimientos. En este sentido, señala que[232] en el sumario la instrucción pretende "preparar el juicio oral", conforme a lo dispuesto en el art. 299 LECrim; mientras que en el procedimiento abreviado, antes de la reforma operada por la Ley 38/2002, "el antiguo art. 789.3 (LECrim) parecía reconducir las actuaciones judiciales de investigación a la realización de aquellas que fueran necesarias para la posterior formalización de la acusación". De esta forma "existía un acuerdo general en admitir que (…) cuando los datos existentes en aquellos actos (atestado, denuncia o querella) fueran suficientes para dar contenido a la acusación, habría de prescindirse de practicar diligencias previas, aperturando de forma inmediata la fase intermedia o de preparación del juicio oral". Es decir, que mientras el sumario tiene por finalidad preparar el juicio oral, el procedimiento abreviado pretendía preparar la acusación[233]. Sin embargo, para este autor "(…) esta filosofía y la finalidad que subyacía a la misma ha desaparecido con ocasión de la reforma operada en la LECrim, por medio de la Ley 38/2002. (…) el nuevo art. 777 encomienda al Juez de Instrucción la práctica de las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho y las personas que en él hayan participado". Otro matiz diferenciador advierte en la regulación del procedimiento de Jurado, ya que el art. 27.1 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado* "limita la fase de investigación a las solas diligencias solicitadas por las partes y que sean imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral"; mientras que en el ámbito propio del Juicio Rápido, "(…) el único límite que se impone a las diligencias urgentes es el derivado del límite temporal en que han de desarrollarse", conforme se deduce de lo dispuesto en el art. 799.1 LECrim.

Para DE LA OLIVA SANTOS[234] la instrucción, en general, pretende "la reconstrucción de los hechos y la adopción de otras distintas medidas (…), con vistas a preparar (o a descartar) un juicio oral y público posterior", añadiendo que[235]

---

[232] Asencio Mellado. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 103 a 106.
[233] Ver, en el mismo sentido: Fuentes Soriano, Olga. "La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008. Pág. 173. También se pronunciaba en términos similares la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/1989, de 8 de marzo, sobre el nuevo procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, en su apartado III, A).
[234] En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 40.
[235] De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 295 a 305.

esta fase "sirve (…) para preparar el juicio –a través de la incorporación al expediente de los datos precisos para formular la acusación y la defensa- pero además, opera como un tamiz que impide la celebración de juicios improcedentes".

GIMENO SENDRA[236] define la fase instructora como aquella que "tiene por objeto preparar el juicio oral mediante la determinación del hecho punible y la de su presunto autor"; mientras que MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[237] expresan esta misma idea de forma todavía más simplificada: "la instrucción consiste en realizar las actuaciones necesarias para decidir si se debe o no abrir el juicio contra una determinada persona".

Del mismo modo, RIAÑO BRUN[238], señala que la instrucción es "aquella primera fase del procedimiento en la que se procede a desarrollar una serie de actuaciones de investigación y de aseguramiento originadas por la comisión de un delito" (…y cuya) "finalidad no es propiamente preparar el juicio sino determinar si se dan los elementos suficientes para incoar el juicio oral con relación a una concreta y determinada persona".

Otros autores, en cambio, a la hora de definir la instrucción penal no inciden tanto en su finalidad, sino en su consideración como una fase del proceso penal.

Así, MARTIN y MARTIN[239], para quien "con un propósito meramente conciliador de las diferentes posturas y sin poder evitar incurrir en una imprescindible, aunque mínima, definición descriptiva, puede conceptuarse la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación o averiguación del mismo y el acopio del material para su prueba, y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado mismo del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos

[236] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 327,328
[237] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 53.
[238] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Ed. Aranzadi. Navarra. 2008. Págs. 17 y 18.
[239] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Págs. 68 y 69.

individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral".

Por su parte, GOMEZ COLOMER[240] ubica la instrucción en el marco del proceso penal, como una parte de la denominada "fase de declaración", es decir, la fase en la que "se juzga, se pide al Juez la condena de una persona, sobre la que éste decide tras la celebración del juicio oral". La instrucción vendría a ser una etapa o subfase inicial de esa fase de declaración, "llamada de investigación o procedimiento preliminar o, más sencillamente, de instrucción". Lo esencial a estos efectos es que para este autor el "proceso penal comienza de verdad cuando se formula una acusación contra una persona determinada por un hecho criminal concreto. Pero para poder llegar a este punto, se requiere previamente realizar una serie complicada de actos, principalmente de investigación, tendentes a averiguar las circunstancias del hecho y la personalidad de sus autores, que fundamenten así la posterior acusación, dado que lo normal es que el delito se cometa en secreto, que se procure evitar su descubrimiento y que no se conozca desde el principio quién lo ha podido cometer".

En términos parecidos se expresan MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[241], para quienes "es necesario, dentro del proceso penal, una primera fase, que llamamos instrucción, diferenciada conceptual y funcionalmente de una segunda fase que llamamos juicio oral"; de manera que "en la instrucción se investiga si los hechos acusados merecen ser juzgados en la segunda fase o juicio oral, y lo merecen si, en principio, tienen apariencia de delito y pueden ser imputados a una persona concreta y determinada".

Sea como fuere, la mayoría de los autores coincide en utilizar, a efectos de formular una definición del concepto de instrucción penal, los términos recogidos en el art.

---

[240] En Gómez Colomer y otros. "Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013. Págs. 120 y 121.
[241] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 189.

299 LECrim, en una redacción que no ha sufrido variaciones desde su promulgación, allá por el año 1882. Conforme a este precepto, "*constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*".

Según esta definición, la fase de instrucción comprende no sólo las actuaciones de investigación ("averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos (…) y la culpabilidad de los delincuentes"), sino también las medidas cautelares, tanto personales ("asegurando sus personas") como reales ("asegurando … las responsabilidades pecuniarias").

Como se verá, por tanto, una cosa es la finalidad genérica de la instrucción (decidir si procede o no decretar la apertura de juicio oral), y otra diferente son las funciones encomendadas al Juez de Instrucción para cumplir con esa finalidad (investigar el hecho y su autor, así como asegurar su persona y bienes).

Para ARAGONESES MARTINEZ y TOME GARCIA[242] "la aplicación de criterios científicos en la sistematización de las citadas diligencias nos permite establecer tres categorías, sobre la base de unos matices diferenciales, y sin ignorar que, en la realidad, muchos actos instructorios pueden pertenecer a varias de esas categorías. En primer término, cabe señalar los actos de investigación que se caracterizan por pretender el conocimiento de los hechos y circunstancias que definen una conducta como delictiva, la averiguación del delincuente (su identificación y circunstancias personales), la determinación del daño y la individualización del responsable; en segundo lugar existen ciertos actos que se caracterizan por estar preferentemente orientados a la aprehensión para el proceso de ciertos elementos que pudieran servir como medios de prueba y que, de ordinario, suponen una limitación de los derechos fundamentales de la persona (registros, intervención de las comunicaciones, o los test alcoholométricos); y, por

[242] En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 298

fin, las medidas cautelares, que tienden a garantizar el eficaz desarrollo de la fase de declaración y/o de ejecución (prisión, fianzas, embargo)".

En el mismo sentido se pronuncia GIMENO SENDRA[243], para quien "de la lectura del referido precepto (art. 299 LECrim) se infiere una función genérica de la instrucción, consistente en <preparar el juicio oral>, y tres funciones específicas: a) en primer lugar, la de efectuar actos instructorios o de investigación, tendentes a averiguar la preexistencia y tipicidad del hecho (…), y su autoría (…); b) en segundo, la de adoptar medidas cautelares penales (…); y c) en tercero, la de disponer medidas cautelares civiles o aseguratorias de la pretensión civil (…). Todas estas funciones específicas están orientadas a cumplir con la genérica de <preparar el juicio>, evitando (cuando no haya existido el hecho, no sea típico, no sea susceptible de ser probado o carezca de responsabilidad penal su autor) la realización de juicios innecesarios".

En esta última idea insiste MORENO CATENA[244], cuando señala que la fase de instrucción no sólo pretende "*preparar el juicio oral* sino que, por encima de eso, permite *evitar el juicio oral*, en la medida en que proporciona a todos los sujetos los elementos para decidir si procede o no la continuación del proceso con la apertura del juicio". Ello supone, "en primer lugar, (que) el juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que se hubieran finalizado las diligencias que se hubieran ordenado (…); en segundo lugar, (que) desde el momento en que resulte desvirtuado el elemento objetivo o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción".

Todo lo que se ha expuesto anteriormente debería permitir alcanzar algunas primeras conclusiones sobre la finalidad y el concepto de la instrucción penal que, a su vez, nos deben llevar a analizar su naturaleza jurídica.

---

[243] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 327 y 328

[244] Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 79 a 82

En efecto, la instrucción penal se podría definir como aquella fase del proceso penal que tiene por finalidad tomar una decisión sobre si procede o no la apertura de juicio oral contra una persona determinada. Es decir, se trata de valorar si existen indicios suficientes de la comisión de un hecho delictivo y de su autoría como para preparar de manera adecuada y efectiva (a través de las medidas cautelares) la fase de enjuiciamiento, o para descartarla, si así procede.

En consecuencia, las diligencias a practicar no requieren de más exhaustividad que la estrictamente necesaria para valorar si existe base probatoria suficiente para fundamentar, en su caso, una acusación. Esto no significa que la instrucción tenga como finalidad preparar una acusación, ya que el resultado de la investigación puede servir, precisamente, para no formularla. Lo que se quiere decir es que no será necesario agotar la fase de instrucción mediante la práctica de aquellas diligencias que, pudiéndose llevar a cabo en el acto del juicio oral, no sean imprescindibles para tomar una decisión sobre la apertura de la fase de enjuiciamiento. Y es que ocurre con frecuencia que la fase de instrucción se desarrolla de una forma desproporcionadamente prolija para la finalidad pretendida, perdiendo así el enfoque de su sentido inicial debido al extraordinario valor probatorio que se confiere a lo practicado en esta fase.

Con ello se obvia que la finalidad de la instrucción no es acreditar unos hechos ante un Tribunal, sino realizar un juicio de probabilidad sobre la carga indiciaria que justificaría, en su caso, la formulación de una acusación contra una persona. Por lo tanto, no se puede pretender que lo actuado en esta fase pueda servir como prueba, ya que la verdadera prueba es la que se practica en el acto del juicio oral ante el Juez o Tribunal que debe dictar la sentencia, bajo los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción.

En tal sentido se ha pronunciado de forma reiterada el Tribunal Supremo. Así, la STS 414/2015, de 12 de febrero, destaca que: "*En primer lugar, puede establecerse con carácter general que las pruebas que son hábiles para enervar la presunción de inocencia son las practicadas en el acto del juicio oral, pues el Tribunal*

encargado del enjuiciamiento debe formar su convicción en contacto directo con el material probatorio aportado por la acusación, a quien le corresponde la iniciativa probatoria. Así resulta del artículo 741 de la LECrim, que se refiere a las pruebas practicadas en el juicio. Las diligencias practicadas en la fase de instrucción constituyen, por tanto, meras actuaciones encaminadas a la investigación de los hechos, orientadas de un lado a su esclarecimiento objetivo y subjetivo, y, de otro, a descubrir los medios de prueba de los que las partes pueden disponer en el caso de que se alcance la fase de juicio oral". Por su parte, la STS 1357/2002, de 15 de julio afirma que: "*la presunción de inocencia (…) implica que la carga de la prueba recae, en principio, sobre las partes acusadoras, que la convicción del Juez o Tribunal -a los que corresponde valorar en conciencia las pruebas practicadas (art. 117.3 CE y art. 741 LECrim)- ha de obtenerse mediante las pruebas practicadas en el juicio oral bajo la vigencia de los principios de inmediación, publicidad, oralidad y contradicción*".

En consecuencia, la prueba exige su desarrollo bajo el principio de *alteridad*, es decir, que se lleve a cabo ante un tercero, el Juez o Tribunal, que sea objetiva y subjetivamente imparcial, encargado de valorar el resultado de las pruebas propuestas por las partes, válidamente practicadas ante el órgano enjuiciador.

En definitiva, y con las excepciones legales que correspondan (como luego veremos), si las diligencias que se practican en la fase de instrucción no han de tener valor probatorio, no requieren inexorablemente que se lleven a cabo *por* un Juez sino, en su caso, *ante* un Juez, lo que, a su vez, guarda una intrínseca relación con la cuestión de la naturaleza jurídica de esta fase del proceso, que abordaremos seguidamente.

2.- Naturaleza jurídica de la fase de instrucción.

Como se ha mencionado, la finalidad de la fase de instrucción y las funciones asignadas a los órganos judiciales para su cumplimiento, le confieren una singular posición en el marco del proceso penal en su conjunto.

Tradicionalmente, la mayoría de los autores ha planteado la cuestión de la naturaleza jurídica de la fase de instrucción desde diversas clasificaciones. Así, se predica su naturaleza jurisdiccional o administrativa en función del órgano encargado de dirigir y/o practicar las diligencias: el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial. Por otro lado, atendiendo al carácter de las actuaciones realizadas, a su valor probatorio, o a su repercusión para la fijación de la relación jurídico procesal, se distingue entre una naturaleza procesal-jurisdiccional o preprocesal-administrativa. No faltando autores que adoptan una postura mixta o ecléctica: tanto jurisdiccional como administrativa. De entre todas estas clasificaciones, interesa ahora destacar las siguientes:

2.1.- Naturaleza jurisdiccional y procesal.

DE LA OLIVA SANTOS[245] señala que la fase de instrucción tiene una naturaleza jurisdiccional y procesal. Este autor afirma que "(….) si no se confunden las investigaciones sobre los hechos con las actuaciones sumariales, que no son sólo investigaciones, sino que incluyen su dirección y control y la determinación de consecuencias jurídicas a partir de los resultados de las investigaciones, será difícil y sumamente discutible propugnar que la instrucción judicial desaparezca y que el proceso penal comience (o se considere que comienza de verdad) con el juicio oral o con sus preparativos inmediatos. (…) Sobre todo en el sumario, el Juez juzga constantemente, subsumiendo hechos en normas jurídicas y extrayendo consecuencias legales" (admisión de una querella, la incoación de un sumario, sobre los <indicios racionales de criminalidad>, el avance procesal, los presupuestos de procedibilidad, o el denso contenido cautelar). "No se trata, por tanto, de que nuestra CE sólo permita a los Jueces suspender o limitar ciertos derechos fundamentales (…) aún sin CE, la instrucción o sumario es una fase del proceso penal propiamente dicho, de naturaleza intrínsecamente jurisdiccional, donde constantemente se juzga y se adoptan trascendentales medidas cautelares".

[245] De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 65 y 66.

Con otras palabras, el mismo autor insiste en la idea indicando que[246] "si las actuaciones sumariales requieren sucesivas declaraciones del Derecho en el caso concreto, la atribución de la instrucción a los órganos jurisdiccionales es, además, un imperativo constitucional (vid. Art. 117.3 CE)".

En el mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA[247] quien defiende el carácter jurisdiccional de la fase de instrucción, sobre la base de distinguir inicialmente entre investigación e instrucción. Para este autor, la investigación "trata de averiguar los delitos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o fuentes de prueba del delito". La instrucción es una fase del proceso que tiene por finalidad preparar o evitar el posterior juicio oral, mediante la realización no sólo de actos de investigación, sino actos de prueba anticipada o que pueden llegar a convertirse en medios de prueba por su lectura en el juicio oral, la actividad cautelar y las limitaciones de derechos.

Para GOMEZ COLOMER[248] el denominado "procedimiento preliminar" tiene naturaleza jurisdiccional por el fundamental argumento siguiente: "con base únicamente en el sumario se puede resolver la absolución o condena, tanto penal como civil, del acusado, por ejemplo, cuando se conforma con la pena solicitada en la calificación provisional, pues entonces no hay juicio oral. Es más, cuando se sobresee libremente con efectos de cosa juzgada, también se actúa con base únicamente a diligencias sumariales, lo que sería inconcebible si el procedimiento preliminar no tuviera naturaleza jurisdiccional".

Resaltando este carácter procesal se pronunciaba también HERCE QUEMADA, en su obra conjunta con GOMEZ ORBANEJA[249], cuando destacaba las "actividades estrictamente procesales" que realiza el Juez de Instrucción.

---

[246] De la Oliva Santos, Andrés y otros "*Derecho procesal penal*" Op. Cit. Pág. 300.
[247] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 56 a 61.
[248] Gómez Colomer, Juan Luis y otros. "*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*". Op. cit. Pág. 123.
[249] Gómez Orbaneja, Emilio y Herce Quemada, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Ed. S.N. (Artes Gráficas). Madrid. 1987. Pág. 142.

Del mismo modo, MARTIN y MARTIN[250] afirma la naturaleza procesal y jurisdiccional de la instrucción, razonándolo así: "todo depende en gran manera de la estructuración del procedimiento penal según las legislaciones de los distintos países (…) en función también de la concepción que se tenga de lo que es un proceso y por ello si junto a estar asignado en nuestro derecho a un Juez, se realizan en él de manera preponderante actos no sólo suyos, es decir, jurisdiccionales, sino propiamente procesales por la imparcialidad y la existencia actual o potencial de partes enfrentadas (…), pero con valor en sí mismo (…) en cuanto puede derivarse de ella la eficacia de cosa juzgada mediante el sobreseimiento libre y hasta la ausencia de debate y el pronunciamiento de sentencia condenatoria ante la conformidad, claro nos parece sustentar la naturaleza procesal (…)". Entre los actos que este autor concreta para atribuir el carácter jurisdiccional a la fase de instrucción en contraposición con los meros actos de investigación estarían, entre otros, los siguientes: incoación del procedimiento; resolución sobre la adopción de las primeras diligencias, o sobre las diligencias propuestas por las partes; incidencia en derechos fundamentales; pruebas anticipadas; enjuiciamiento sobre la imputación y sobre la acusación. Este autor también distingue[251] entre varias clases de modelos de instrucción. En lo que ahora interesa, "en atención al sujeto que dirige la instrucción, entendiéndose como instrucción propia, es decir, de naturaleza jurisdiccional y procesal, la que está encomendada al Juez, y en contraposición será instrucción impropia la que la legislación atribuye al Fiscal o a la Policía, con naturaleza evidentemente extraña al proceso y, por tanto, de seguirle el mismo, con carácter que podría denominarse preprocesal".

Y también DE URBANO CASTRILLO[252], quien distingue entre la actividad de investigación, que "es el conjunto de actos que se emplean para descubrir o conocer algo sobre una determinada cuestión (…) en nuestro caso, del autor de un

---

[250] Martín y Martín, José Antonio. "*La Instrucción penal*". Op. cit. Págs. 79 a 87
[251] Martín y Martín, José Antonio. "*La Instrucción penal*". Op. cit. Págs. 90 y 91.
[252] De Urbano Castrillo, Eduardo. "*Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*". En "*El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002

hecho delictivo y de las circunstancias en que lo cometió"; de la actividad de instrucción, que es "la actividad inicial del proceso (…) que incorpora el material fáctico y jurídico necesario para (…) decidir la apertura del juicio o el cierre y archivo del proceso". La instrucción incluye la investigación, pero es más amplia y compleja que ésta, porque incluye actividad jurídica de valoración del material obtenido con la investigación.

En la misma idea abunda LATORRE LATORRE[253], cuando afirma que "investigación e instrucción no son la misma cosa. La investigación puede ser preprocesal o intraprocesal, sin embargo la instrucción siempre es un acto jurisdiccional desarrollado en un procedimiento penal". Para luego concretar esta diferencia señalando que "la investigación carece de todo valor de prueba", mientras que centra el carácter instructorio en las "diversas medidas (v.gr. prisión provisional) que son patrimonio jurisdiccional, y otras suspensivas de derechos de las que se derivan resultados que con la asistencia del Secretario Judicial se convierten en auténticos medios de prueba (registros domiciliarios, intervenciones telefónicas, etc.)". Como se verá, para este autor el carácter instructorio o investigador se concreta en el valor probatorio o no de las diligencias practicadas.

Con matiz distinto, aunque en la misma línea, se pronuncia POLO RODRIGUEZ[254], cuando señala que "la mera decisión sobre la incoación de un procedimiento cuando se otorgue verosimilitud a la *notitia criminis* implica una función judicial instructora, un juicio de suficiencia que supone el primer filtro de garantía judicial, de forma tal que sólo así se cumple el principio de exclusividad jurisdiccional en todo juzgar (art. 117 CE) que implica someter a instrucción una determinada imputación o sospecha exterior o ajena a la jurisdicción misma".

Finalmente, ASENCIO MELLADO [255] señala que "(…) la investigación criminal en el siglo XXI, no es sólo una fase en la que se recopila material sobre el que

[253] Latorre Latorre, Virgilio. "*Acción popular, acción colectiva*". Ed. Civitas. Madrid. 2000. Págs. 177 y 178
[254] Polo Rodríguez, José Javier. "*La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI.1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 22.
[255] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 97 y 98.

fundamentar la acusación y que sirva para preparar el juicio oral. (…) La fase de investigación, pues, no puede ser considerada ya como una etapa estrictamente administrativa, sino procesal y estar rodeada de todas las garantías que son reclamables para la prueba, pues al fin, quien se ve sometido a un acto de investigación irrepetible, no podrá en su momento contradecirlo adecuadamente".

2.2.- Naturaleza administrativa y preprocesal.

Esta postura es mantenida de forma minoritaria por algunos autores que resaltan, entre otros aspectos, que en la fase de instrucción no se ejercita propiamente la acción penal por lo que no existe una relación jurídico procesal constituida, y en la que el Juez de Instrucción no asume una posición de tercero imparcial, ante el que no se practican actos de prueba.

En tal sentido se pronuncian VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER y ARAGONESES ALONSO[256], así como SERRA DOMINGUEZ[257].

2.3.- Naturaleza mixta: administrativa y jurisdiccional.

En función de la naturaleza de los actos propios a realizar en esta fase procesal GIMENO SENDRA[258] defiende la naturaleza mixta de la instrucción, es decir, tanto administrativa como jurisdiccional. Para este autor, "la determinación de la naturaleza jurídica de la fase instructora no es una cuestión baladí, ni una polémica bizantina, toda vez que conlleva importantes consecuencias de *lege ferenda*. Y así, de mantener la viabilidad de la tesis administrativa, ningún inconveniente existiría en conferir la totalidad de los actos instructorios al Ministerio Fiscal, en la línea preconizada por los países anglosajones, la <gran reforma> del proceso penal

[256] Viada López-Puigcerver y Aragoneses Alonso. "*Curso de Derecho procesal penal*". 4º edición. Tomo II. Madrid. 1974. Pág. 13. Citados por Gómez de Liaño Polo, J. Carlos, en su obra "*Los recursos en la instrucción penal*". Ed. Forum. Oviedo. 1997. Pág. 121.
[257] Serra Domínguez, M. "*Estudios de derecho procesal*". Ed. Ariel. Barcelona. 1969. Pág. 765 y 767 y ss. Citado por Gómez de Liaño Polo, J. Carlos, en "*Los recursos en la instrucción penal*". Op. cit. Pág. 121
[258] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 329.

alemán en 1975 o la de los Códigos Procesales Penales portugués e italiano de 1988 y 1989. Por el contrario, de secundar la estricta teoría jurisdiccionalista, la fase instructora se integraría en el principio de *exclusividad jurisdiccional,* sustentada por el art. 117.3 CE e impediría dicha delegación de actos instructorios en el Ministerio Fiscal. Atendiendo a la naturaleza de los actos instructorios, que no son más de actos de aportación de hechos al proceso, ninguna dificultad existe a la hora de suscribir la teoría administrativa. Ahora bien, con ser cierto lo anterior, tampoco lo es menos que determinados actos de investigación (así, la entrada y registro, intervención de comunicaciones, etc.) inciden plenamente en el libre ejercicio de los derechos fundamentales, con respecto al cual la Jurisdicción goza del más absoluto monopolio por obra del art. 53.2 CE y de los respectivos preceptos constitucionales que los consagran, los cuales suelen contener la cláusula <salvo resolución juridicial> relativa a su limitación. Por esta razón, cualquier reforma a la LECrim en aquella línea legislativa ha de partir de la distinción entre actos instructorios limitativos o no de los derechos fundamentales, pudiendo delegarse al Ministerio Fiscal los segundos, en tanto que los primeros han de permanecer residenciados en el Poder Judicial".

Incide así en la idea ya expuesta, entre otros, por PASTOR LOPEZ[259] quien entendía necesario distinguir "el contenido propiamente jurisdiccional del procedimiento instructorio, de aquel otro cuya esencia es administrativa y, por tanto, solamente procesal de una manera contingente".

Y es que, en efecto, las actuaciones practicadas en la fase de instrucción son muy variadas y no todas presentan características homogéneas. Pero además, no todas tienen los mismos efectos desde el punto de vista del desarrollo del proceso. No obstante, de todas ellas se puede predicar su carácter procesal, ya que, en palabras de MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[260] "la instrucción, que es una fase del proceso penal, es en sí misma un procedimiento, o dicho de otra

[259] Pastor López, M. "*El proceso de persecución. Análisis del concepto, naturaleza y específicas funciones de la instrucción criminal*". Universidad de Valencia. 1979. Págs. 20, 23, 154 y 155. Citado por Gómez de Liaño Polo, J. Carlos, en "*Los recursos en la instrucción penal*". Op. cit. Pág. 122
[260] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 197

manera, (…) todas las actuaciones que se llevan a cabo en la fase de instrucción están reguladas por la Ley"[261].

2.4.- La naturaleza de los actos como elemento relevante: actos instructorios o de investigación vs. actos de prueba.

Profundizando en la línea que se acaba de exponer, la diversidad de los actos que conforman la fase de instrucción puede ser determinante a la hora de valorar su naturaleza jurídica. Y así, se puede distinguir entre los actos instructorios o de investigación y los actos de prueba. Una distinción que, como se verá a continuación, es asumida por algunos de los autores que afirman la naturaleza jurisdiccional de la fase de instrucción.

Así, ASENCIO MELLADO[262] concreta algunas diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba de la siguiente manera. En primer lugar, en función de la persona encargada de su práctica, "los actos de investigación pueden ser ordenados y realizados tanto por el Juez de Instrucción, cuanto por el Ministerio Fiscal (…) o por la Policía Judicial. Por el contrario, los actos de prueba siempre se practican ante el Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia, pues su finalidad es la de aportar a éstos el convencimiento acerca de las pretensiones suscitadas". En segundo lugar, en función de las diferencias exigidas para su práctica y valoración, los actos de investigación pueden ser llevados a cabo ante meras "sospechas o la probabilidad de la comisión de un delito (indicios racionales de criminalidad o motivos suficientes para acusar)" mientras que, por el contrario, "la prueba está dirigida a que el Juez o Tribunal alcance la plena certeza acerca de la autoría del imputado en los hechos de que ha sido objeto de acusación, por lo que la duda ha de suponer la absolución. Es por ello por lo que su valoración es radicalmente

[261] En el mismo sentido se pronuncia De Oña Navarro, Juan Manuel, en su trabajo sobre: "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Op. cit. Pág. 225. "(…) la instrucción (…) como tal fase de nuestro proceso penal tiene o participa de naturaleza doble, pues comprende actos o actuaciones jurisdiccionales y otras que no lo son (podrán llamarse gubernativas o administrativas, denominaciones que apuntarían hacia su naturaleza, pero también podrían llamarse sencillamente actuaciones procesales porque se realizan en el seno ó ámbito del proceso)".

[262] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 131 a 134.

distinta".

También GOMEZ COLOMER[263] concreta las diferencias entre los actos de investigación y los actos de prueba de la siguiente manera: "1º) El acto de investigación se dirige a averiguar o descubrir algo que se desconoce; el acto de prueba se dirige a verificar la verdad de una afirmación de hecho realizada por la parte; 2º) El acto de investigación se realiza en el procedimiento preliminar; el acto de prueba, salvo los casos de prueba anticipada, en el juicio oral; 3º) (…) el acto de investigación, aunque da resultados no ciertos sino probables, puede fundar las resoluciones interlocutorias (…); estos actos no sirven para fundar la sentencia sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Los actos de prueba son los que sirven para determinar la convicción del juzgador sobre la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, de modo que la presunción de inocencia ha de ser desvirtuada precisamente en el juicio oral y por los actos de prueba; 4º) También existen diferencias por la forma de ejecutarlos, pues el acto de investigación puede practicarse sin contradicción si la investigación lo exige (v.gr., por estar declarado el secreto del art. 302 LECrim); mientras que los actos de prueba se deben practicar siempre con audiencia de todas las partes".

Por su parte, GIMENO SENDRA[264] distingue dos grandes grupos de actos procesales que integran la fase de instrucción, según las funciones descritas en el art. 299 LECrim: "a) actos instructorios, y b) medidas cautelares (penales y civiles)".

Los actos instructorios, a su vez, han de ser distinguidos de los actos de prueba, aunque todos ellos tienen la nota común de ser actos de aportación de hechos al proceso. Para este autor, los actos instructorios "asumen como única función la de preparar el juicio oral mediante la comprobación o investigación de la *notitia criminis* en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor, que se erigen en presupuestos materiales imprescindibles para que las partes acusadoras puedan confeccionar sus escritos de acusación"; mientras que los

[263] En Gómez Colomer, Juan Luis y otros. "*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*". Op. cit. Págs 159 y 160.
[264] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 413 a 422.

actos de prueba tienen "como exclusiva función lograr la evidencia necesaria para que el Tribunal dicte una sentencia de condena o, en cualquier otro caso, absolutoria".

Para RIAÑO BRUN[265], los actos instructorios son los actos de comprobación y averiguación judicial "que se realizan en la fase de instrucción con el objetivo de conocer las circunstancias que se han dado en la comisión del delito, así como la identidad del delincuente, preparando de esta manera el juicio oral y proporcionando los elementos fácticos y personales necesarios para formular la acusación y plantear la defensa".

A la hora de definir los actos instructorios, MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[266] indican que "con ellos se pretende averiguar si existen fundamentos y razones suficientes como para enjuiciar a una determinada persona de la realización de unos actos que, en principio, tienen apariencia delictiva". Para estos autores, la enumeración de este tipo de actos incluye los siguientes: reconocimiento de las personas (arts. 369 y ss LECrim); declaraciones (arts. 385 y ss; 410 y ss LECrim); inspección ocular y demás actos de comprobación del delito y averiguación e identificación del presunto autor (arts. 326 y ss; y 778 LECrim); entrada y registro (arts. 545, ss y concordantes, LECrim); agentes encubiertos (art. 282 bis LECrim); y peritos (arts. 335 y concordantes, LECrim); intervención de comunicaciones (art. 579 LECrim); circulación y entrega vigilada de drogas (art. 263 bis LECrim); utilización de métodos alcoholímetros (art. 23 del Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación); y la videovigilancia (Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, *por la que se regula la utilización de videocámaras por las fuerzas y cuerpos de seguridad en lugares públicos*)[267].

---

[265] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Págs. 95 a 101.
[266] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 199 a 201.
[267] La *Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,* (BOE nº 239, de 6 de octubre), introduce modificaciones en algunas de estas medidas de investigación. En particular, a partir de los arts. 588 bis a) y ss LECrim, se actualiza y/o se introduce una nueva regulación de la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros

Como se verá, parece que una parte –al menos- de la doctrina emplea indistintamente la expresión actos instructorios y actos de investigación, para distinguirlos de los actos de prueba.

Ahora bien, algunos de los actos practicados en la fase de instrucción pueden servir como actos de investigación y, al mismo tiempo, como elementos de prueba en el acto del juicio oral.

La regla general en esta materia ha sido reiteradamente expuesta por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Tribunal Constitucional. Y así, las diligencias practicadas en la fase de instrucción no constituyen auténticos medios de prueba, ya que, como regla general, el órgano judicial que dicte la sentencia ha de basar su decisión en las pruebas practicadas en la fase de juicio oral (SSTS 1244/2001, de 25 de junio y 1952/2001, de 14 de noviembre). De esta manera, el acto del juicio oral constituye la fase estelar y fundamental del proceso penal donde culminan las garantías de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, igualdad y dualidad de partes, de forma que la convicción del Juez o Tribunal que ha de dictar sentencia se logre en contacto directo con los medios probatorios aportados a tal fin por las partes (SSTC 141/2001, de 18 de junio; y 57/2002, de 11 de marzo; con cita de la STC 31/1981, de 28 de julio).

Sin embargo, la Jurisprudencia también admite el valor probatorio de determinadas diligencias practicadas en la fase de instrucción. Así, la STS 1357/2002, de 15 de julio, alude a "*los supuestos de la prueba anticipada o preconstituida en los casos legalmente permitidos, lo que no es óbice para que también puedan tenerse en cuenta a tal fin las diligencias practicadas en la fase de instrucción cuando lo hayan sido con plena observancia de las correspondientes garantías legales y constitucionales y hayan sido introducidas en el juicio oral con posibilidades de contradicción*".

---

remotos sobre equipos informáticos. Esta reforma tiene fecha prevista de entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE.

Abunda en esta idea la STS 414/2015, de 12 de febrero que, después de reiterar la regla general, añade que (FJ 1º) "*aquella afirmación inicial no puede entenderse de forma tan rígida y radical que excluya totalmente la validez probatoria de determinadas diligencias sumariales. Excepcionalmente, las diligencias practicadas en la fase de instrucción pueden valorarse válidamente con carácter probatorio en determinados casos que han sido ya señalados en la jurisprudencia. Así ocurre cuando, practicada la correspondiente diligencia en la fase de instrucción, no resulte posible o sea extremadamente difícil su reproducción en el juicio oral. A ellos se refiere el artículo 730 de la LECrim*[268]*, precepto que ha sido aplicado concretamente a los supuestos de testigos fallecidos, o que se encuentren en el extranjero fuera de la jurisdicción del Tribunal, o bien en paradero desconocido, tras las pertinentes diligencias para su busca. El artículo 448*[269] *de la LECrim contiene normas relacionadas con la posibilidad de prever durante la instrucción que tales sucesos se produzcan. De la misma forma, la jurisprudencia ha establecido que cuando se produzcan retractaciones o rectificaciones relevantes entre las declaraciones de la fase de instrucción y las que se realicen en el juicio oral, el Tribunal puede otorgar mayor valor a unas u otras, en todo o en parte. Para ello es*

---

[268] La redacción del art. 730 LECrim ha sido modificada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101, de 28 de abril), con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. La nueva redacción es la siguiente: "*Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*".

[269] La redacción del art. 448 LECrim ha sido modificada por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101, de 28 de abril), con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. La nueva redacción es la siguiente: "*Si el testigo manifestare, al hacerle la prevención referida en el artículo 446, la imposibilidad de concurrir por haber de ausentarse del territorio nacional, y también en el caso en que hubiere motivo racionalmente bastante para temer su muerte o incapacidad física o intelectual antes de la apertura del juicio oral, el Juez instructor mandará practicar inmediatamente la declaración, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes. Para ello, el Secretario judicial hará saber al reo que nombre abogado en el término de veinticuatro horas, si aún no lo tuviere, o de lo contrario, que se le nombrará de oficio, para que le aconseje en el acto de recibir la declaración del testigo. Transcurrido dicho término, el Juez recibirá juramento y volverá a examinar a éste, a presencia del procesado y de su abogado defensor y a presencia, asimismo, del Fiscal y del querellante, si quisieren asistir al acto, permitiendo a éstos hacerle cuantas repreguntas tengan por conveniente, excepto las que el Juez desestime como manifiestamente impertinentes. Por el Secretario judicial se consignarán las contestaciones a estas preguntas, y esta diligencia será firmada por todos los asistentes. La declaración de los testigos menores de edad y de las personas con capacidad judicialmente modificada podrá llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba*".

preciso que concurran dos circunstancias: en primer lugar, que hayan sido practicadas en la fase de instrucción de modo inobjetable, es decir, cumpliendo todas las exigencias constitucionales y de legalidad ordinaria pertinentes en esa fase. Y, en segundo lugar, que sean introducidas en el juicio oral de modo que sea posible someterlas a contradicción por las partes."

Quizá en este punto convenga recordar la Exposición de Motivos de la LECrim, que ya alertaba en el siglo XIX de una práctica que el entonces Ministro de Gracia y Justicia, don Manuel Alonso Martínez, describía de esta manera: " (…) *y a tal punto lleva nuestra Ley su espíritu favorable a los fueros sagrados de la defensa, que proscribe y condena una preocupación hasta ahora muy extendida, que, si pudo ser excusable cuando el procedimiento inquisitivo estaba en auge, implicaría hoy el desconocimiento de la índole y naturaleza del sistema acusatorio con el cual es incompatible. Alude el infraescrito a la costumbre, tan arraigada de nuestros Jueces y Tribunales, de dar escaso o ningún valor a las pruebas del plenario, buscando principal o casi exclusivamente la verdad en las diligencias sumariales practicadas a espaldas del acusado. No: de hoy más las investigaciones del Juez instructor no serán sino una simple preparación del juicio. El juicio verdadero no comienza sino con la calificación provisional y la apertura de los debates delante del Tribunal que, extraño a la instrucción, va a juzgar imparcialmente y a dar el triunfo a aquel de los contendientes que tenga la razón y la justicia de su parte. La calificación jurídica provisional del hecho justiciable y de la persona del delincuente, hecha por el acusador y el acusado una vez concluso el sumario, es en el procedimiento criminal lo que en el civil la demanda y su contestación, la acción y las excepciones (…) en el juicio oral y público es donde ha de desarrollarse con amplitud la prueba, donde las partes deben hacer valer en igualdad de condiciones los elementos de cargo y descargo, y donde los Magistrados han de formar su convicción para pronunciar su veredicto con abstracción de las partes del sumario susceptibles de ser reproducida en el juicio (…)*".

La posibilidad de que las diligencias de instrucción puedan servir como prueba en el acto del juicio oral ha continuado hasta el día de hoy, lo que ha generado una

práctica judicial que ha sido abiertamente criticada por un sector de la doctrina. En tal sentido, pueden servir como ejemplo las opiniones de LORCA NAVARRETE[270], cuando señala que el Juez de Instrucción "no sólo realiza una actividad de búsqueda e investigación de los medios de prueba relativos al hecho punible y su presunto autor sino que también, y al mismo tiempo, asume una actividad de formación de la prueba, que después se integra en el plenario o juicio con el fin de abanderar él mismo la acusación. Esa integración se posibilita a través de la lectura de los actos instructorios en el juicio, con lo que el resultado de la instrucción puede llegar a fundamentar la decisión final del proceso, siendo utilizados, esos actos, como <fuentes imparciales de prueba> y contribuyendo a formar la íntima convicción del Tribunal del plenario. Como consecuencia de todo este modelo de enjuiciar, la fase del juicio se convierte en una mera verificación de todo lo acaecido en la previa instrucción".

De la misma opinión son LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[271], quienes destacan que "el sistema de instrucción conduce a una práctica procesal viciada, en la que se trivializa y adultera el concepto de prueba y su proceso de valoración, que es la esencia de la decisión jurisdiccional sobre la existencia del delito y la responsabilidad criminal de las personas acusadas. La acumulación en el Juez de Instrucción de funciones diversas ha llevado a que se otorgue auténtico valor probatorio a lo practicado con apariencia de contradicción en la fase investigadora. El juicio oral posterior se ha convertido en un mero escenario en el que se ratifica ritualmente lo realizado en la instrucción, puesto que es, en realidad, en esta fase previa, nominalmente preparatoria, donde se ha resuelto anticipadamente la contienda"

Y también GIMENO SENDRA[272], para quien "las sentencias condenatorias se siguen pronunciando en base a (las) diligencias sumariales, sin que el Tribunal

---

[270] Lorca Navarrete, Antonio María. "*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Revista Diario La Ley. nº 7434. 29 de junio de 2010.
[271] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[272] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Revista del Poder Judicial. nº 6. 1989. Consejo General del Poder Judicial. 1989.

Constitucional se haya atrevido a negarles valor probatorio alguno". Abundando en esta idea VIVES ANTON[273], cuando destaca que "la fase escrita de los actuales procedimientos en materia penal prevalece, en la mayoría de los casos, sobre un juicio oral cuya fugacidad constituye en ocasiones un auténtico escándalo y cuya falta de contenido es un lamentable denominador común. Se erige así el sumario, como a menudo se ha destacado, en el juicio real, del que la vista pública no constituye, las más de las veces, sino una oscura sombra chinesca".

Y, con distinto matiz, pero en el mismo sentido se expresa LACUEVA BERTOLACCI[274] cuando señala que "la instrucción (…) no puede convertirse en un juicio. La práctica forense ha desvirtuado la intención del legislador acerca de la instrucción judicial de los delitos. El juicio ya se celebrará. No reiteremos la práctica de diligencias que no conducen a nada y que sí suponen un coste económico para las arcas públicas".

De cualquier forma, como hemos visto, la propia Jurisprudencia admite la validez como medios de prueba de determinados actos practicados en la fase de instrucción, modulando así, al menos, el espíritu de la LECrim proclamado por su principal promotor. Entre los actos instructorios, sin embargo, habría que distinguir, a su vez, aquellos que, teniendo una naturaleza inequívoca de actos de investigación (por ejemplo, la declaración de un testigo) pueden ser objeto de valoración por el órgano de enjuiciamiento en determinadas circunstancias (por seguir con el ejemplo, en el caso de discrepancias entre lo declarado en fase de instrucción y en el acto del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el art. 714 LECrim, según el cual "*Cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario podrá pedirse la lectura de ésta por cualquiera de las partes. Después de leída, el Presidente invitará al testigo a que explique la diferencia o contradicción que entre sus declaraciones se observe*"). En estos casos, la diligencia sumarial no fue practicada con la finalidad

[273] Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*" Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.
[274] Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Revista Diario La Ley. nº 7513. 19 de noviembre de 2010.

de servir como prueba, sin perjuicio de que el Tribunal sentenciador haga uso de esa diligencia en el marco del proceso de libre valoración de la prueba que le reconoce el art. 741 LECrim, según el cual, "*el Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia* (…)". La Exposición de Motivos de la LECrim ya admitía esta posibilidad cuando señalaba que "*las exigencias de la lógica (…) no permite atribuir a los datos recogidos en el sumario, para la preparación del juicio, una validez y eficacia incompatible con la índole y naturaleza del sistema acusatorio. No es esto, ciertamente, autorizar, ni menos santificar el engaño y la mentira en el periodo de la instrucción: esa misma contradicción en las declaraciones testificales podrá ser libremente apreciada por los Jueces y penetrar en el santuario de su conciencia como un elemento de convicción* (…)"[275].

Sin embargo, estos supuestos deben ser distinguidos de los casos en que el acto instructorio surge o nace con una inequívoca finalidad de servir, no sólo como medio de investigación, sino también como medio de prueba. Son los supuestos de prueba anticipada y prueba preconstituida [276].

2.5.- Los actos de prueba en la fase de instrucción: prueba anticipada y prueba preconstituida.

Según RIAÑO BRUN[277] "la jurisprudencia no distingue, por lo general, entre prueba anticipada y preconstituida. Sin embargo, se trata de dos conceptos distintos. La prueba anticipada es aquella realizada en la fase de instrucción ante el Juez con la participación del acusado, cuando se prevea razonablemente que no se podrá

[275] Como destaca CRESPO BARQUERO, PEDRO, en "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Pág. 205. "Hacer valer las contradicciones no implica la <presunción de autenticidad de los actos llevados a cabo en la investigación oficial>, ni concederle valor probatorio". Pedir explicaciones sobre una contradicción para valorar la credibilidad de un testimonio no autoriza "a tener por probado con las garantías del juicio oral lo que no dice en él".

[276] Un resumen de la doctrina jurisprudencial sobre prueba anticipada y preconstituida puede verse en Rodríguez Fernández, Ricardo. Revista Diario La Ley. Semanal 123. 2 al 8 de marzo de 2015.

[277] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 100.

practicar en el juicio oral. En este sentido, el artículo 657 LECrim dispone que las partes podrán solicitar, en el escrito de calificación, que se practiquen aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa no se puedan practicar en el juicio oral." Por otro lado, "la prueba preconstituida comprende tanto aquellos supuestos que tienen en común la imposibilidad o dificultad de reproducir en el juicio oral cierta clase de diligencias (análisis químicos, pruebas de balística, informes dactiloscópicos, partes médicos, inspecciones oculares, reconstrucciones de hechos, etc.); como aquellas diligencias que aun siendo reproducibles no lo serían en idénticas circunstancias. Se trata de diligencias que deberán ser reproducidas en el juicio oral mediante su lectura, según dispone el art. 730 LECrim".

Como destaca ASENCIO MELLADO[278], no se puede desconocer que "muchos actos de investigación (…) tienen el carácter de irrepetibles, por lo cual han de extender sus efectos hasta el juicio oral y gozar de valor probatorio. Son los casos llamados de "prueba preconstituida". De la misma manera, determinadas declaraciones son irrepetibles desde su momento inicial, como el caso de riesgo de fallecimiento (…). En definitiva, pues, no es posible acercarse al estudio de la instrucción con posicionamientos meramente teóricos que califiquen sus actos como estrictamente de investigación, desconociendo su valor probatorio en los casos indicados".

Por su parte, GIMENO SENDRA[279] señala que "dentro de los actos instructorios no cabe confundir los actos de investigación sumarial con los actos de prueba. (…) (los) actos de investigación (declaraciones del imputado y de testigos, informes de peritos, etc.) no se convierten, por sí solos, en actos de prueba (…) Según dispone el art. 741 LECrim y ha recordado reiteradamente la jurisprudencia del TC, el Tribunal sentenciador sólo puede fundar su sentencia en <las pruebas practicadas en el juicio>. Pero, por actos de prueba no cabe entender exclusivamente los que se ejecutan ante la inmediación del Tribunal y bajo la vigencia de los principios de contradicción y publicidad, aunque ésta ha de ser la regla general en un proceso

[278] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 131 a 134.
[279] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 413 a 422.

acusatorio, sino también excepcionalmente en la prueba sumarial anticipada y preconstituida".

Continúa indicando este autor que ante hechos irrepetibles, es necesario actuar a prevención, asegurando la prueba. "El aseguramiento de la prueba es una actividad del Juez de Instrucción que comprende dos cometidos concretos, bien la práctica del acto de prueba, en cuyo caso nos encontramos ante un supuesto de prueba instructora anticipada, bien la guarda o custodia de las fuentes de prueba a través de actos de prueba preconstituida. (…) Tales actos, aun cuando se practiquen dentro de la instrucción, se diferencian claramente de los actos instructorios o de investigación, porque se manifiestan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia o, lo que es lo mismo, porque permiten al Tribunal decisor extender a ellos su conocimiento para fundamentar una sentencia de condena". (…) "Ambos actos de prueba sumarial poseen un común denominador, cual es la <irrepetibilidad del hecho> sobre el que recaen, pero se diferencian tanto por el medio de prueba utilizado (testifical y pericial, como veremos en la <prueba anticipada> y documental pública en la preconstituida), como por la Autoridad que la interviene: el Juez de Instrucción siempre en la prueba anticipada y el Juez, el MF o la policía judicial (estos últimos, por razones de urgencia) en la preconstituida".

Para RIAÑO BRUN[280], los requisitos para la validez de las pruebas anticipadas y/o preconstituidas se pueden clasificar de la siguiente manera: requisitos materiales (caracterizados por su imposibilidad de reproducción en el juicio oral); subjetivos (es decir, que han de practicarse necesariamente con la intervención del Juez Instructor); objetivos (que exista posibilidad de contradicción) y formales (a través de la reproducción, mediante lectura, en el acto del juicio oral).

Por su parte, GIMENO SENDRA[281], destaca como requisitos comunes los siguientes: "en primer lugar, la irrepetibilidad del hecho (tal y como se expone en las SSTC 38/2003, de 27 de febrero; 195/2002, de 28 de octubre; y SSTS 3 de marzo

[280] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 100
[281] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 413 a 422.

de 2004, 17 de octubre de 2003); y en segundo lugar, la introducción en el juicio oral a través del trámite de lectura de documentos contemplado en el art. 730 LECrim (SSTC 17/2004, de 23 de febrero; 94/2002, de 22 de abril; y SSTS 14 de marzo de 2003 y 24 de enero de 1996)".

Para este autor, la prueba anticipada requiere "la intervención del Juez (porque la prueba exige siempre la inmediación de un órgano dotado de imparcialidad e independencia frente a las partes) y posibilidad de contradicción (porque la prueba exige la contradicción e igualdad de armas: SSTS 23 de marzo de 2004, 16 de marzo de 2004)". Sin embargo, la propia naturaleza de la prueba preconstituida no exige la intervención del Juez, citando como ejemplos la recogida del cuerpo del delito, las autopsias, una inspección ocular, la recogida de huellas o la realización de pruebas alcoholimétricas (SSTC 100/1985, 3/1990, 188/2002)

En esta línea conviene reseñar la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad o no de la intervención directa del Juez de Instrucción, así como la inexcusable vigencia del principio de contradicción mediante la ratificación en juicio de la diligencia instructoria a fin de que pueda ser valorada como medio de prueba.

La STS 2251/2014, de 13 de mayo resume el posicionamiento del Tribunal Supremo, con cita igualmente de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión (FJ 2º): "*esa idea de posibilidad material del ejercicio de la contradicción se halla ínsita en los numerosos precedentes de la jurisprudencia constitucional que han fijado el alcance y los presupuestos de la prueba anticipada. Así, la STC 141/2001, 18 de junio, reconoce la plena significación probatoria de aquellos actos de instrucción constitutivos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, siempre y cuando dichos actos de prueba se hayan obtenido con la estricta observancia de los siguientes requisitos: a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y*

custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 3; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 36/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5)".

Cuanto se ha descrito hasta ahora permite afirmar la naturaleza mixta o compleja, y en todo caso procesal, de la fase de instrucción penal, pero no necesariamente su carácter exclusivamente jurisdiccional.

En efecto, la instrucción penal es una fase del proceso penal, en cuanto que forma parte del procedimiento mediante el cual se activa el mecanismo del derecho penal ante la comisión de un hecho delictivo. La instrucción es, de hecho, un elemento imprescindible para el desarrollo del proceso penal, puesto que es lo que permite valorar la posible existencia de un hecho delictivo y de su presunto autor, que son los presupuestos necesarios para, en su caso, formular una pretensión penal (en forma de acusación). A su vez, la pretensión determinará la relación jurídico procesal y el propio objeto del proceso que será sometido a la consideración del Juez o Tribunal en la fase de juicio oral, en la que -si los hechos y la autoría son acreditados- se aplicarán las disposiciones del derecho penal.

Pues bien, a nuestro juicio, dentro de los actos instructorios, es decir, aquellos que se practican en la fase de instrucción, hay que distinguir entre los actos de investigación, los actos de prueba y los actos de naturaleza cautelar. Los actos

instructorios de investigación son aquellos que tienen por finalidad averiguar la existencia de un hecho delictivo y su presunto autor. Estos actos no deben tener valor probatorio *per se*. Los actos instructorios de prueba son aquellos que tienen por finalidad asegurar preventivamente la práctica de un medio de prueba que no podrá ser desarrollado en el acto del juicio oral. A su vez, dentro de los actos instructorios de prueba se puede distinguir entre la prueba anticipada (de carácter personal, realizada ante un Juez, que sirve como prueba mediante su reproducción en la vista) y la prueba preconstituida (normalmente de carácter documental, que en todo caso debe ser ratificada en la vista por quienes la practicaron, pero que no requiere la intervención judicial). Finalmente, los actos de naturaleza cautelar son aquellos que tienen por finalidad asegurar la presencia de la persona investigada y la puesta a disposición de sus bienes, para garantizar la celebración del juicio oral y, en su caso, la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

De todos los anteriores, los únicos actos que requieren la intervención judicial son los actos instructorios de prueba anticipada y los actos de naturaleza cautelar. El resto pueden ser practicados por el Ministerio Fiscal o por la Policía (por ejemplo, la declaración de un testigo, recabar una documentación o recoger vestigios). De hecho, nada obstaría a que determinados actos cautelares fueran realizados, a prevención, por el Ministerio Fiscal o por la Policía (así sucede, por ejemplo, con la intervención de vehículos prevista en el art. 770-5ª LECrim), sin perjuicio de su ulterior ratificación judicial.

Incluso los medios de investigación cuya práctica afectan a derechos fundamentales requieren una previa resolución judicial habilitante (así se establece, por ejemplo, en los apartados 2 y 3 del art. 18 CE, referidos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones), lo que no significa necesariamente que su práctica haya de hacerse personalmente por el propio Juez de Instrucción, sino bajo control judicial. En efecto, en el caso paradigmático de las intervenciones telefónicas, la reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia viene detalladamente expuesta en la STS 404/2015, de 4 de febrero, que en su FJ 1º, en lo que ahora interesa, señala lo siguiente:

"*Solo de este modo será posible ejercer el control judicial efectivo mientras dure este medio de investigación, ello no quiere decir que el Juez de Instrucción deba tener acceso directo al contenido de las intervenciones mediante la audiencia de las cintas o lectura íntegra de sus transcripciones. Ya en el fundamental auto de esta Sala de 18 de Junio de 1992 --caso Naseiro --, en el que está el origen de la actual doctrina jurisprudencial que se comenta, se dice, expresamente: "....Y no cabe argumentar que al Juez no le resultará posible oír horas y horas la conversación porque ello supondría abandonar el resto de sus importantes tareas judiciales, y no lo es porque se trata de que el Juez, asesorado, si lo estima oportuno, de expertos y en presencia del Secretario Judicial, en cuanto dador en exclusiva de la fe pública en el ámbito judicial, seleccione, en la forma que estime oportuna, lo que interesa a la investigación por él ordenada...." "....otra cosa distinta, que nadie pretende, es que el Juez haya de estar en observación continua y permanente, lo que, con toda obviedad, no sería posible....". Por ello, el control efectivo judicial del contenido de la intervención, se puede efectuar, y así se hace de ordinario, bien a través de los propios informes policiales en los que se va dando cuenta de los datos relevantes de la investigación, complementados con las transcripciones más relevantes, con independencia de que, además se envíen las cintas íntegras para su introducción, si se solicitase en el Plenario, por lo que no es preciso la audición directa de las cintas por el Sr. Juez Instructor. En tal sentido, SSTC 82/2002, 184/2003, 205/2005, 26/2006, 239/2006, 197/2009 y en la reciente sentencia 26/2010 de 27 de Abril*".

Y del mismo modo, la propia naturaleza de la denominada prueba preconstituida no requiere que se haya llevado a cabo *por* un Juez ni *ante* un Juez (como ocurre, por ejemplo, con la realización de pruebas de alcoholemia, *ex* art. 796.1-7ª LECrim), sin perjuicio de que deba ser ratificada ante el órgano de enjuiciamiento por parte de quien la haya realizado.

Sólo aquellas diligencias practicadas en la fase de instrucción que, en función de las circunstancias concurrentes, puedan ser tenidas en cuenta como medio de prueba mediante su directa reproducción o lectura en el acto del juicio oral (por

ejemplo, la prueba anticipada) habrán de ser llevadas a cabo ante un Juez, como expresión de la *alteridad* propia de toda prueba.

En definitiva, la fase de instrucción es un proceso complejo en el que se practican diligencias de muy diversa naturaleza, y no todas ellas requieren, en puridad, que sean *practicadas por* un Juez sino, en su caso, *autorizadas por* un Juez y bajo control judicial (medidas limitativas de derechos fundamentales o medidas cautelares) o *celebradas ante* un Juez (en el supuesto de la prueba anticipada). Por lo tanto, aunque el modelo establecido en nuestro país atribuye al Juez de Instrucción la dirección de esta fase del proceso penal, ello no implica que ésta tenga o deba tener naturaleza jurisdiccional. A mi juicio, afirmar el carácter jurisdiccional de la instrucción penal supone confundir el órgano encargado legalmente de practicar una diligencia con la naturaleza propia de la misma.

Por todo ello, la tesis que aquí se defiende pretende superar la controversia entre el carácter jurisdiccional o administrativo de la fase de instrucción, porque no atiende siempre a la verdadera naturaleza de las diligencias practicadas, sino al órgano encargado de su dirección.

Lo mismo ocurre con la distinción entre investigación e instrucción, o con las diferencias entre la naturaleza preprocesal o procesal de la fase de instrucción. La investigación sería la mera aportación de hechos o datos relativos a la propia existencia de la conducta delictiva y de su presunto autor; mientras que la instrucción implicaría toda una serie de actos de valoración jurídica sobre las diligencias a practicar o medidas a adoptar durante esta fase (desde la propia incoación del procedimiento hasta la finalización de la instrucción, pasando por la adopción de medidas cautelares o que afecten a los derechos fundamentales). Por su parte, se afirma el carácter procesal de la noción de instrucción para asociarlo a la jurisdiccionalidad de la misma, ya que se considera que la relación jurídico procesal se basa en la existencia de un tercero que dirime el conflicto entre las partes; mientras que se reserva el carácter preprocesal de la investigación para las diligencias practicadas por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, ya hemos visto que los actos instructorios tienen una naturaleza muy variada. Por ello no se puede generalizar la categorización jurisdiccional-procesal de la instrucción, ya que algunos actos instructorios requieren de la intervención directa del Juez de Instrucción, pero no todos. Además, el hecho de que el Juez de Instrucción sea el encargado de dirigir esta fase no le coloca necesariamente en posición de tercero frente a las partes (más bien todo lo contrario, como veremos más adelante). Y la relación jurídico procesal sólo debería entenderse configurada precisamente una vez finalizada la fase de instrucción, tras la formulación de la pretensión a través de los escritos de acusación, que fijarán el objeto de debate en el acto del juicio oral.

En cualquier caso, el hecho de que determinadas diligencias sean practicadas por la Policía o por el Ministerio Fiscal no le restan carácter procesal, ya que forman parte del proceso penal, en el sentido de que son un elemento necesario del mismo que, además, ha de ser desarrollado en el marco del procedimiento legalmente establecido[282]. Cuestión distinta es el valor probatorio de algunas de esas diligencias que, como hemos visto, ha de ser descartado *a priori*, sin perjuicio de su valoración en el acto del juicio oral, mediante su necesaria ratificación y examen bajo los principios de contradicción e inmediación.

En consecuencia, se considera que las concepciones jurisdiccional, administrativa o preprocesal deben ser superadas, para afirmar la naturaleza mixta o compleja de la fase de instrucción, siempre en el marco o como parte de un proceso.

Precisamente debido a este carácter netamente procesal, la fase de instrucción participa de algunas de las características propias del derecho procesal general, que serán analizadas seguidamente.

---

[282] Como señala Vives Antón, "las diligencias de investigación revisten, en la LECr, la forma de un proceso, al que, no sin fundamento, se ha denominado <proceso de persecución>". En Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

3.- Características de la instrucción penal.

Como señalan MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[283], "el derecho procesal es fundamentalmente un conjunto de normas jurídicas instrumentales (…). Es (…) un Derecho para el Derecho, es decir, un Derecho que sirve para que se puedan tutelar los derechos que tienen no sólo los ciudadanos sino todos los integrantes de una determinada comunidad social organizada (…)". De esta forma, "el derecho procesal pertenece a la categoría del Derecho público, no tanto porque con sus normas se estén defendiendo intereses de naturaleza pública, como por el hecho de que las normas de derecho procesal fundamentalmente van dirigidas a regular la actuación de los órganos judiciales, que como sabemos son órganos del Estado". Es decir, "el derecho procesal es el conjunto de normas que regulan los requisitos y los efectos del proceso (…) (y) en él no sólo hay que incluir las que podemos denominar normas procedimentales (…) sino también aquellas otras que denominamos orgánicas, en razón a que regulan la creación de los órganos judiciales, así como la actividad y coordenadas dentro de las cuales actuarán los mismos".

Para DE LA OLIVA SANTOS[284], el proceso penal está "al servicio de la aplicación del Derecho Penal (…). Como quiera que el Derecho Penal afronta (…) precisamente lo que una colectividad jurídicamente organizada entiende que son los comportamientos ilícitos más reprobables, no cabe duda de que la efectiva aplicación de las normas penales constituye, como regla general con muy pocas excepciones, un asunto de interés público particularmente intenso. (…) Se habla (así) de un *ius puniendi* del Estado, no tanto para construir, en buena técnica jurídica, un genuino derecho subjetivo a imponer penas, sino para expresar que ningún sujeto jurídico tiene tal derecho y que sólo el Estado tiene el poder sancionador máximo, correspondiente a los ilícitos más graves". En tal sentido, "el ejercicio del llamado *ius puniendi* según los parámetros legales en un *deber*

[283] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Introducción al derecho procesal penal*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008. Págs. 21 a 23.
[284] De la Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 30 y 31

elemental del Estado. Estos postulados suelen expresarse sintéticamente con el nombre de *principio de legalidad* (penal)".

Abunda en esta idea del ejercicio del *ius puniendi* del Estado GIMENO SENDRA[285], para quien "el proceso penal es el instrumento que la Jurisdicción tiene para la exclusiva aplicación del *ius puniendi* del Estado".

Del mismo modo, MONTERO AROCA[286], destaca que "1º) El Estado ha asumido en exclusiva el *ius puniendi*; (mientras que) los particulares han quedado excluidos de la aplicación del Derecho Penal; 2º) Dentro del Estado el Derecho penal lo aplican sólo los Tribunales, titulares únicos del *ius puniendi*; 3º) Los Tribunales para aplicar el Derecho Penal utilizan sólo el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma". Tradicionalmente, estos principios se integran en la denominada "garantía jurisdiccional" que, a su vez, comportan "dos consecuencias (…) que tienen gran trascendencia: 1) No existe relación jurídica material penal entre los que han intervenido en la comisión del delito, bien como autor bien como víctima; y 2) el ofendido por el delito no es titular de un derecho subjetivo a que el autor del mismo se le imponga una pena. El *ius puniendi* ha sido asumido en exclusiva por el Estado, y los particulares no tienen derechos subjetivos de contenido penal. El único que puede imponer penas es el Estado y para él no se trata de un derecho, sino de un deber":

Conforme a los principios anteriores, fluyen sin aparente dificultad algunas de las características más relevantes de la fase de instrucción del proceso penal, que se analizarán a continuación.

3.1.- El principio de oficialidad.

[285] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 59.
[286] En Gómez Colomer, Juan Luis y otros. "*Derecho Jurisdiccional* (I)". Op. Cit. Pág. 274.

Según DE LA OLIVA SANTOS [287], el principio de oficialidad supone que el proceso "ha de iniciarse, desarrollarse y finalizar, conforme a lo dispuesto en normas legales imperativas, en función de la necesidad de tutelar un intenso interés público, sin subordinación a ningún poder de disposición (…) de sujetos jurídicos en relación con la tutela de sus derechos e intereses legítimos"; de manera que "todo hecho con apariencia delictiva debe implicar el inicio de un proceso". En parecidos términos se pronuncia RIAÑO BRUN[288], para quien el principio de oficialidad significa que "la iniciación, desarrollo y terminación del proceso penal no se hallan subordinados al poder de disposición de las partes (con la salvedad del régimen especial que se produce en los delitos semipúblicos y privados)". En palabras de ARAGONESES MARTINEZ y TOME GARCIA[289] "el Juez asume, por propia iniciativa, es decir, sin necesidad de instancia de parte, la incoación, el desarrollo y la terminación del procedimiento preliminar. En otros términos, una vez tenga noticia de la comisión de un hecho con apariencia delictiva (…) el juez acordará la iniciación del procedimiento, dispondrá la práctica de las diligencias de averiguación y comprobación del delito y del delincuente que sean precisas, acordará, en su caso, el procesamiento del encausado; por fin, decidirá su conclusión".

Para MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ [290], "(…) el que el derecho procesal pertenezca al derecho público determina una importante característica del mismo: sus normas son imperativas o, lo que es lo mismo, no cabe derogarlas por voluntad de las partes (…) STC 13/1997, de 27 de enero" (…) ello quiere decir no sólo que las partes no podrán dar a las normas unos efectos distintos a los establecidos por la ley, sino que no podrán regular el proceso por normas distintas a las establecidas en la misma".

Pues bien, como se ha señalado, el principio de "oficialidad" implica que el Juez de Instrucción, por su propia iniciativa, es el encargado de practicar u ordenar que se practiquen las diligencias necesarias para determinar si procede o no la apertura de

---

[287] De la Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 32.
[288] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 33.
[289] En De la Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 295 a 305.
[290] Moreno Catena, Victór y Cortés Domínguez, Valentín. "*Introducción al derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 23

juicio oral. Varios artículos de la LECrim aluden a este carácter de "oficialidad", mediante expresiones imperativas que determinan que sea el Juez de Instrucción el que, con independencia de la postura procesal de las partes personadas, tome la iniciativa en la práctica de las diligencias o actos instructorios.

Así, en el ámbito del procedimiento ordinario, "*la formación del sumario, ya empiece de oficio, ya a instancia de parte, corresponderá a los Jueces de Instrucción por los delitos que se comentan dentro de su partido o demarcación respectiva* (…)" (art. 303 LECrim); "*los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos* (…)" (art. 306 LECrim); "*cada delito de que conozca la Autoridad judicial será objeto de un sumario* (…)" (art. 300 LECrim)[291]; "*el Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales* (…)" (art. 311 LECrim); "*el Juez hará constar cuantas diligencias se practicaren a instancia de parte. De las ordenadas de oficio solamente constarán en el sumario aquellas cuyo resultado fuere conducente al objeto del mismo*" (art. 315 LECrim).

Lo mismo ocurre con la regulación de la función judicial en el ámbito del procedimiento abreviado. Así, "*el Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento* (…)" (art. 777.1 LECrim)

Más matizado es el papel del Juez de Instrucción en el procedimiento de la Ley del Jurado. En apariencia, la afirmación inicial establecida en el art. 24.1 LOTJ es similar a la prevista para los otros dos procedimientos penales ya analizados. Así, "*cuando de los términos de la denuncia o de la relación circunstanciada del hecho en la querella, y tan pronto como de cualquier actuación procesal, resulte contra*

[291] El art. 300 LECrim queda suprimido por la Ley 41/20151, de 5 de octubre*, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,* (BOE nº 239, de 6 de octubre), y queda sustituido por el art. 17.1 LECrim, que establece como regla general que "*cada delito dará lugar a la formación de una única causa*". Esta Ley tiene fecha prevista de entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE.

persona o personas determinadas la imputación de un delito, cuyo enjuiciamiento venga atribuido al Tribunal del Jurado, previa valoración de su verosimilitud, procederá el Juez de Instrucción a dictar resolución de incoación del procedimiento para el juicio ante el Tribunal del Jurado (…)". Sin embargo, el art. 27 recoge expresamente dos limitaciones relevantes para el Juez de Instrucción. En primer lugar, ordenará practicar o practicará por sí solamente aquellas diligencias que "*considere imprescindibles para decidir sobre la procedencia de la apertura del juicio oral y no pudiesen practicarse directamente en la audiencia preliminar* (…)" (art. 27.1 LOTJ). En segundo lugar, el Juez podrá ordenar, "*como complemento de las solicitadas por las partes, las diligencias que estime necesarias, limitadas a la comprobación del hecho justiciable y respeto de las personas objeto de imputación de las partes acusadoras*" (art. 27.3 LOTJ). Es decir, el ámbito decisorio del Juez de Instrucción en el procedimiento del Tribunal del Jurado está limitado, por un lado, a las diligencias estrictamente imprescindibles para decidir sobre la apertura o no de juicio oral, y por otro, únicamente respecto de las personas que las partes acusadoras estimen como presuntas responsables del hecho punible objeto de investigación.

Por otro lado, el principio de "oficialidad" como característica de la fase de instrucción penal encuentra, a su vez, una estrecha relación con otros principios inspiradores de la misma.

3.2.- La obligatoriedad.

El principio de oficialidad implica la imperatividad de la propia incoación del procedimiento. Los términos del art. 300 LECrim[292], ya reseñado, así lo indican. Sin embargo, en palabras de MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[293] "la doctrina está de acuerdo en que esta exigencia de la Ley no es meramente formal, sino que tiene un hondo contenido sustancial. En efecto, lo que el legislador pretende evitar es que las instrucciones se conviertan en investigaciones generales

[292] Ver nota anterior.
[293] Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág 198.

sobre la actuación de los presuntos delincuentes, lo que está muy en consonancia con la vigencia en nuestro proceso del principio acusatorio; de ahí que se ponga límite a la instrucción judicial, concentrando ésta en la investigación de unos hechos concretos y no de otros que puedan surgir con ocasión de aquélla, aunque bien entendido que si de la investigación surgiere la realización de otros hechos presuntamente delictivos nada impedirá que se incoe otro procedimiento con todas las garantías establecidas en la Ley".

3.3.- El principio de legalidad.

La oficialidad de la fase de instrucción también implica la vigencia irrenunciable del principio de legalidad, entendido como la imperatividad de la aplicación de las normas y la ausencia de margen alguno de disposición para las partes. En el ámbito del proceso penal no son de aplicación las figuras de la transacción, la renuncia, el desistimiento, el allanamiento o la satisfacción extraprocesal, que sí se admiten en los arts. 19 a 22 LEC, como expresión del poder de disposición de las partes sobre el objeto mismo del proceso civil, en el que se ejercitan derechos subjetivos. En el proceso penal, en cambio, la relevancia del interés público concurrente en la persecución y sanción de las conductas delictivas impide que la protección de los bienes jurídicos en juego puedan quedar condicionados a la libre voluntad de los intervinientes.

Ello no significa que no haya margen alguno para el acuerdo entre las partes, siempre que se lleve a efecto dentro del marco legal. Ocurre sin embargo, con frecuencia, que se contrapone el principio de legalidad procesal penal con el de oportunidad.

3.4.- Legalidad vs. oportunidad.

En efecto, para DE LA OLIVA SANTOS[294] el principio de oportunidad "es aquel en cuya virtud el deber estatal de imponer penas no habría de ser cumplido (o el denominado *ius puniendi*, satisfecho), siempre según los criterios legales, en todos los casos en que concurriesen sus presupuestos (…), sino que estaría condicionado al poder atribuido al Ministerio Fiscal (u órgano oficial similar) para disponer, con amplio arbitrio o bajo condiciones precisamente especificadas en la ley (la llamada <oportunidad reglada>), del ejercicio y del modo de ejercicio de la acción penal, independientemente de que se hubiese conocido la existencia de un hecho de apariencia punible y de que apareciesen unos presuntos autores del mismo".

Para este autor[295], "no cabe dentro de nuestro marco constitucional (art. 124.2 CE) atribuir al Ministerio Fiscal, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible según los criterios legales. (…) Cosa muy distinta de lo anterior (…) es que las consecuencias jurídicas anudadas a una acusación formulada con estricta sujeción a las pautas legales, puedan ser diversas, en presencia de diferentes circunstancias. Pero habría que dejar perfectamente claro que esa posible diversidad atañe al Derecho sustantivo penal y no al procesal (…) y que ha de ser (…) una diversidad legalmente prevista".

Para GIMENO SENDRA[296], sin embargo, "los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta el punto de que el Ministerio Fiscal esté obligado a interponer siempre la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible, ni de que, una vez instaurado el proceso penal no pueda en ningún caso desistir de la pretensión interpuesta". Este autor señala que el art. 105 LECrim precisa ser "reinterpretado" a la luz de lo dispuesto en el art. 124.1 CE que "otorga a este órgano colaborador de la Jurisdicción" (en el vigente art. 541 LOPJ) "la misión de <promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley> (…) el art. 105 no obliga al

[294] De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 44.
[295] De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 48
[296] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs 255 y 256.

Ministerio Fiscal al ejercicio de todas las acciones penales que surjan de la comisión de un delito público, sino <todas las acciones penales que considere procedentes>, con lo que el precepto autoriza –eso sí, siempre y cuando lo exijan los intereses protegidos por el art. 124.1 CE, esto es, el <interés público> o los <derechos de los ciudadanos> que, en el proceso penal hay que circunscribir a los derechos del imputado (así, por ejemplo, obtener su resocialización) y de la víctima (estimulando, por ejemplo, su pronta reparación previa a una conformidad negociada)- a que el Ministerio Fiscal pueda manifestar su acuerdo a una conformidad, instar un sobreseimiento o retirar una acusación. Lo que no puede (…) es archivar una denuncia por razones de oportunidad, ante él interpuesta, y ello, por prohibirlo expresamente el art. 773.2 (LECrim) que, como única causa de archivo, tan sólo contempla la falta de tipicidad del hecho".

Del mismo modo, RODRIGUEZ GARCIA y CONTRERAS ALFARO[297], analizando la intrínseca relación entre el principio de oportunidad y la política criminal del Estado, destacan la compatibilidad entre el principio de legalidad y el de oportunidad. Para estos autores, "la función principal de la política criminal del Estado (es) doble: por una parte, debe canalizar esta selección (de conductas susceptibles de sanción penal) jurídicamente y, muy relacionado con ello, debe impedir que los criterios de selección sean irregulares y deformantes. De este modo, idealmente el principio de oportunidad no debería estar en contraposición frontal con el principio de legalidad. Los criterios de selección no pueden estar diseñados como facultades que permitan la arbitrariedad de los órganos de persecución sino que deben formularse a través de requisitos procesales generales, redactados de manera abstracta pero con cierto grado de precisión para que lleguen a ser transparentes y revisables. (…) Dicho de otra manera, no deben ser los órganos de persecución los que determinen la política criminal del Estado; quien debe determinarla son los órganos políticos: el legislador a través de la ley penal procesal y sustantiva, y el Ejecutivo dentro del ámbito de sus competencias para diseñar la estrategia del Estado para enfrentar el fenómeno delictivo".

---

[297] Rodríguez García, Nicolás y Contreras Alfaro, Luis. "*Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal)*". Revista Diario La Ley. nº 6255. 18 de mayo de 2005.

En cualquier caso, se coincide en este punto con LOPEZ BARJA DE QUIROGA[298] para quien carece de significación la diferencia entre legalidad y oportunidad por cuanto ésta siempre ha de ser desarrollada en el marco legal. Efectivamente, este autor llama la atención sobre el hecho de que "se habla de principio de oportunidad por contraposición al de legalidad, para referirse a aquellos ordenamientos jurídicos en los que el ejercicio de la acción penal por los órganos encargados de su formulación no resulta imperativo para todo supuesto subsumible en una norma penal, sino que se permite un margen de apreciación en cuanto a la oportunidad de la persecución. Este margen puede encontrarse taxativamente establecido, esto es, previsto únicamente para casos concretos (en cuyo caso se habla de <oportunidad reglada>); o bien, cabe que carezca de previsión normativa específica (supuesto que se denomina: sistema de <oportunidad discrecional>). En cualquier caso, oportunidad no es sinónimo de oportunidad política o, al menos, no lo es en el sentido peyorativo que se le pretende dar al término. (…) si cabe admitir la oportunidad como manifestación de la legalidad cuando dicho principio está regulado legalmente, entonces tanto la oportunidad reglada como la discrecional son legalidad, cualquiera que sea su amplitud, con tal de que el principio se encuentre *legalmente previsto*". [299]

3.5.- La sumariedad.

Intimamente ligada al principio de "obligatoriedad", y derivado de la propia legalidad, se encontraría la nota de "sumariedad", que "no sólo es sinónimo de <brevedad> o <celeridad>" (…) sino que significa que "la instrucción dure el tiempo que sea necesario, esto es, ni más del que razonablemente sea conveniente, ni menos del preciso para preparar la acusación y la defensa", como resaltan

[298] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal penal*". 4ª Ed. Editorial Aranzadi. Navarra. 2010. Págs. 296 y 304.
[299] Ver, en el mismo sentido, Ruiz Vadillo, Enrique. "*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988; cuando señala que es "importante reafirmar el principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa".

ARAGONESES MARTINEZ Y TOME GARCIA[300]. Este principio se manifiesta en el hecho de que durante la fase de instrucción sólo deban practicarse aquellas diligencias que sean necesarias, útiles y pertinentes, como se deduce, *sensu contrario*, de lo dispuesto en los arts. 311, párrafo primero LECrim ("*El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales*") y 312 LECrim ("*Cuando se presentare querella, el Juez de instrucción, después de admitirla si fuere procedente, mandará practicar las diligencias que en ella se propusieren, salvo las que considere contrarias a las leyes, o innecesarias o perjudiciales para el objeto de la querella, las cuales denegará en resolución motivada*").

En esta idea insiste MORENO CATENA[301], cuando señala que "el juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que hubieran finalizado las diligencias que se hubiesen ordenado, bien para el esclarecimiento de los hechos, bien para el aseguramiento de las responsabilidades; porque supone una flagrante vulneración de las garantías procesales básicas tanto que si no existe actividad instructora alguna no se clausure rápidamente esta fase del procedimiento, como que se llegue a ordenar la práctica de diligencias que sean innecesarias o inútiles y se acuerden con fines meramente dilatorios, para no permitir que se gane la prescripción".

Ocurre, sin embargo, para este autor[302] que la "instrucción ha cobrado (…) una relevancia desmesurada" y una "desmedida duración", debido a su "exhaustividad", motivada a su vez por haber acrecentado "su valor y relevancia para el resultado del proceso (…) por la eficacia en el juicio y en la sentencia de las diligencias instructoras, en cuanto realizadas con la <garantía> de la presencia judicial (en) la instrucción". Sobre ello se insistirá en el Capítulo III.

---

[300] Aragoneses Martínez, Sara y Tomé García, José Antonio. En De La Oliva Santos y Otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 302.
[301] Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 81.
[302] Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Op. cit. Pág. 80.

3.6.- El carácter público.

Finalmente, MORENO CATENA[303] destaca la necesidad de que la fase de instrucción tenga carácter público, es decir, que sean los propios mecanismos del Estado los que deban recabar el material que se estime pertinente para valorar si procede o no la apertura de juicio oral. Con ello, en realidad, lo que se quiere dejar claro es que las partes no pueden verse abocadas a buscar "sus propios medios de defensa (…) sin la ayuda y en contra de todo el aparato estatal". Y particularmente, la persona del imputado, a quien "no se puede dejar en desamparo". En definitiva, es la estructura del Estado la que debe recabar "los medios necesarios tanto para la acusación como para la defensa".

En el mismo sentido se pronuncia ASENCIO MELLADO[304] cuando señala que "el carácter público del delito comporta la asunción por el Estado del deber de investigar y perseguir los delitos y sus autores, de tal manera que ha de arbitrar los medios necesarios al efecto, tanto humanos, cuanto materiales y legales. (…) no puede el Estado dejar en manos de las partes, especialmente cuando se trata de particulares, la investigación (…) habida cuenta de la falta de medios de que éstas disponen. Esta idea, propia del denominado proceso adversarial, es profundamente injusta y desigualitaria (…) cuando se habla de investigación, se está haciendo referencia en un Estado de Derecho a una investigación neutral y no interesada, de modo y manera que (…) el Estado ha de poner en manos de la defensa, igualmente, todos los datos que deriven de los hechos y que sean útiles para el ejercicio de tal derecho fundamental".

3.7.- Otras características. El carácter secreto de la instrucción.

Al margen de las notas que se acaban de describir, existe otra serie de características más formales o instrumentales que, por ello, son menos relevantes

---

[303] Moreno Catena, Víctor. "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008. Págs. 211 y 212. Ver la misma idea en Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Op. cit. Págs. 95 y 96.
[304] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 23.

desde el punto de vista de la estructura misma del proceso

Así, con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[305], se puede reseñar que las actuaciones instructorias no son predominantemente orales y no están regidas por el principio de concentración, sino que son fundamentalmente escritas; o que, además, todos los días son hábiles para la formación y tramitación del sumario (arts. 201 LECrim y 184.1 LOPJ)[306]. En el mismo sentido se pronuncia ASENCIO MELLADO[307].

Sin embargo, uno de los elementos relevantes y claramente diferenciadores de la fase de instrucción es el carácter secreto de la misma, en contraposición a la publicidad que debe regir los debates en la fase de juicio oral.

La Exposición de Motivos de la LECrim justificaba el mantenimiento del carácter secreto de la fase de instrucción en la necesidad de garantizar el éxito de la investigación. Así, propugnaba "*la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública ni estorba el descubrimiento de la verdad"*. De esta forma, el Juez instructor debe "*acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables (…) subsiste, pues, el secreto del sumario, pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público*".

---

[305] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 190 a 192.
[306] Art. 201 LECrim: "*Todos los días y horas del año serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial*". Art. 184.1 LOPJ: "*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, todos los días del año y todas las horas serán hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial*".
[307] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. Cit. Págs. 106 a 109.

Como se verá, el contexto histórico en que se promulga esta norma condicionaba esta regulación que, no obstante, era muy avanzada para su época. La gran novedad de la LECrim fue permitir que el entonces procesado pudiera intervenir en la fase de instrucción, ya que anteriormente "*no se* (daba) *intervención alguna al inculpado en el sumario*", según se hacía constar en la propia Exposición de Motivos.

La regulación sobre esta materia viene recogida en los arts. 301 y 302 LECrim, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre[308]. Dispone el art. 301 LECrim que: "*Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El Abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código penal señale en su lugar respectivo*".

Por su parte, el art. 302 LECrim establece que: **"***Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario*."

[308] Como señala Vives Antón, "la <prudente cautela> introducida por Alonso Martínez se basaba en una doble ficción: en la ficción de que el proceso penal propiamente dicho lo constituía sólo el juicio oral y en la ficción sobreañadida de que el imputado no era, en puridad, parte hasta que se dictaba contra él auto de procesamiento. Abandonadas estas dos ficciones, la posición del imputado no puede ser sino la que ahora ocupa, desde la que es sujeto de un procedimiento con todas las garantías y, además, con todas las ventajas". En Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

Parece claro, por tanto, que el sumario es secreto[309] para los ciudadanos en general y público para las partes, salvo cuando también sea declarado secreto para éstas.

Como destaca ASENCIO MELLADO[310] "constituye esta posibilidad una excepción que como tal debe ser usada con moderación y solo en los casos en que sea necesaria para cumplir con los fines propios del procesal penal". En tal sentido "aunque nada diga el precepto, es claro que sólo se justifica cuando la publicidad pueda poner en peligro la investigación misma sin que, por tanto, se pueda decretar por otras razones diferentes. (…) En tanto que el secreto limita, obviamente, el derecho de defensa, el órgano jurisdiccional debe tomar las medidas adecuadas para asegurar la contradicción en el momento inmediatamente más próximo en que sea posible".

Pero además de garantizar la eficacia de la investigación[311], el carácter secreto (frente a terceros) de la instrucción cumple otra finalidad que resaltan algunos autores.

---

[309] El art. 301 LECrIm ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, *del Estatuto de la víctima del delito* (BOE 101 de 28 de abril), con fecha de entrada en vigor el 28 de octubre de 2015. La nueva redacción del precepto es la siguiente: "*Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley. El abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, será corregido con multa de 500 a 10.000 euros. En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta. El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código Penal señale en su lugar respectivo*". Nótese que se sustituye la expresión "secretas" por "reservadas", y se actualizan las multas. En lo demás, el precepto se mantiene en los términos anteriores.
Se añade un nuevo art. 301 bis LECrim, del siguiente tenor literal: "*El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del artículo 681 cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia*".

[310] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 108.

[311] Precisamente, la finalidad de garantizar la eficacia de determinadas medidas de investigación es lo que justifica que la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica* (BOE nº 239, de 6 de octubre), con fecha de entrada en vigor a los dos meses de su publicación, haya establecido en el nuevo art. 588 bis d) el carácter secreto, *ope legis*, "*sin necesidad de que se acuerde expresamente el secreto de la causa*", de la pieza separada en la que habrá de sustanciarse tanto la solicitud como las actuaciones posteriores relativas a las medidas de investigación consistentes en: interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos, la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen, el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y los registros remotos sobre equipos informáticos.

Así, para MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[312] "el secreto de las actuaciones instructorias ayuda a conservar el honor y el buen nombre del acusado y lo aleja del daño que puede producir la publicidad, por lo que así entendido es un bien para el acusado".

En similares términos se pronuncia DE LA OLIVA SANTOS[313], para quien "el genérico secreto sumarial protege derechos (por ejemplo y, muy señaladamente, el derecho al honor) e intereses legítimos de sujetos implicados en el proceso penal sólo provisionalmente y amparados, en buenos conceptos, por la presunción de inocencia".

Como vemos, en consecuencia, el fundamento del secreto de la fase de instrucción puede ser entendido en un doble sentido: por un lado, pretende garantizar la eficacia de la investigación; y por otro, evitar la indudable estigmatización que supone el hecho de estar siendo objeto de una investigación penal.

La STS 4092/2014, de 23 de octubre (FJ 4º) resume la doctrina jurisprudencial sobre el secreto de sumario, en el sentido siguiente:

"*1. La Constitución reconoce el derecho de defensa, y la LECrim prevé la posibilidad de iniciar su ejercicio en el proceso desde el mismo momento de la imputación (artículo 767), sea cual fuera la forma en la que ésta se concrete. Como requisito imprescindible para tal ejercicio, se dispone el acceso de las partes a la causa. Así lo dispone el artículo 302 LECrim, párrafo primero, al decir que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.*

Como excepción, el juez de instrucción, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las partes personadas, podrá declarar el secreto de las actuaciones, total o parcial, por tiempo no superior a un mes, debiendo alzarse necesariamente

[312] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 191.
[313] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 69.

con diez días de antelación a la conclusión del sumario (artículo 302 LECrim, párrafo segundo).

El desarrollo de la efectividad del principio acusatorio y, sobre todo, del principio de contradicción, también en la fase de instrucción, impone que la declaración de secreto de las actuaciones, en cuanto impide a la defensa tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en ellas, no solo deba considerarse una excepción, sino que además deberá estar adecuadamente justificada. No es legítima la banalización de las consecuencias que esta clase de decisiones causan sobre los derechos que aparecen en juego en el proceso. En consecuencia, la previsión legal que autoriza la supresión temporal de este derecho, comprendido dentro del más amplio derecho de defensa, no puede utilizarse para convertir el proceso penal moderno en un nuevo proceso inquisitivo, en el que los derechos de la defensa solo pudieran ser efectivos una vez que la acusación haya acabado la investigación y, en su caso, preconstituido la prueba.

El auto que acuerda el secreto, pues, dadas sus graves consecuencias, debe ser adecuadamente motivado. Es evidente que en numerosos casos, la razón de acordar el secreto debe permanecer igualmente secreta, por lo que su comunicación a las partes al tiempo de notificar al auto decisorio, pudiera perjudicar precisamente aquello que con el secreto se trata de preservar. Por ello habría de considerarse la posibilidad de prever legalmente que los autos que acuerdan el secreto de las actuaciones contengan una motivación que solo se notifica parcialmente a las partes, en aquellos aspectos que no perjudiquen la investigación, permaneciendo dentro del secreto aquellos otros aspectos de la motivación que debieran permanecer temporalmente ignorados por las partes a las que la declaración de secreto afecta. De esta forma, el contenido total de la motivación podría ser examinado y valorado por el órgano jurisdiccional a quien correspondiera resolver en el plenario, o al que se atribuyera la competencia para la resolución de los recursos procedentes.

De otro lado, la falta de motivación del auto acordando el secreto no determinaría la

nulidad de todo el proceso, sino la imposibilidad de valorar como prueba el resultado de las diligencias de investigación tal como resultan de las diligencias".

Sentado lo anterior, y como ya se indicó, el carácter secreto de la fase de instrucción contrasta con el principio de publicidad de la fase de juicio oral, proclamado genéricamente en el art. 24.2 CE como derecho fundamental a un "*proceso público*", y en el art. 120 CE que proclama (en su apartado 1) que "*las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepcionales que prevén las normas de procedimiento*", y específicamente para el proceso penal (en su apartado 2) que dispone que "*el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal*".

No obstante, incluso en la fase de juicio oral se admiten excepciones al principio general de publicidad. Así, el art. 680 LECrim señala que: **"***Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad. Podrá, no obstante, el Presidente mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia. Para adoptar esta resolución, el Presidente, ya de oficio, ya a petición de los acusadores, consultará al Tribunal, el cual deliberará en secreto, consignando su acuerdo en auto motivado, contra el que no se dará recurso alguno*"[314].

[314] Los arts. 680, 681 y 682 LECrim han sido modificados por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101, de 28 de abril) con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. La nueva redacción de estos preceptos es la siguiente: Art. 680: "*Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente".* Art. 681: "1. *El Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. Sin embargo, el Juez o el Presidente del Tribunal podrán autorizar la presencia de personas que acrediten un especial interés en la causa. La anterior restricción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 707, no será aplicable al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores*.
2. *Asimismo, podrá acordar la adopción de las siguientes medidas para la protección de la intimidad de la víctima y de sus familiares: a) Prohibir la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección. b) Prohibir la obtención, divulgación o publicación de imágenes de la víctima o de sus familiares*. 3. *Queda prohibida, en todo caso, la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de víctimas menores de edad o víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus*

La STS 394/2015, de 29 de enero, resume la posición de la Sala Segunda del TS sobre esta cuestión, en los siguientes términos (FJ 3º):

"*1. El artículo 24.2 de la Constitución reconoce el derecho a un proceso público. Y el artículo 120 dispone que las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. El artículo 232 de la LOPJ admite que, excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones. En relación al juicio oral, el artículo 680 de la LECrim, luego de disponer la publicidad del plenario, bajo pena de nulidad, contempla la posibilidad de que el Tribunal pueda acordar, tras consulta del Presidente realizada de oficio o a petición de los acusadores, que las sesiones se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia, consignando su acuerdo en auto motivado.*

Generalmente, por lo tanto, el juicio oral será público, lo que constituye una garantía orientada al mejor control social del ejercicio de la jurisdicción, evitando así el desarrollo de una justicia oculta a los ojos de los ciudadanos. No obstante, este principio admite restricciones cuya razón de ser está bien recogida en el artículo 6.1 del CEDH , cuando, luego de establecer que la sentencia deberá ser pronunciada públicamente, dice que "el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la

---

necesidades de protección, así como la obtención, divulgación o publicación de imágenes suyas o de sus familiares". Art. 682: "*El Juez o Tribunal, previa audiencia de las partes, podrá restringir la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en las sesiones del juicio y prohibir que se graben todas o alguna de las audiencias cuando resulte imprescindible para preservar el orden de las sesiones y los derechos fundamentales de las partes y de los demás intervinientes, especialmente el derecho a la intimidad de las víctimas, el respeto debido a la misma o a su familia, o la necesidad de evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso. A estos efectos, podrá: a) Prohibir que se grabe el sonido o la imagen en la práctica de determinadas pruebas, o determinar qué diligencias o actuaciones pueden ser grabadas y difundidas. b) Prohibir que se tomen y difundan imágenes de alguna o algunas de las personas que en él intervengan. c) Prohibir que se facilite la identidad de las víctimas, de los testigos o peritos o de cualquier otra persona que intervenga en el juicio".*

prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia ".

Sea como fuere, parece evidente que cualquier decisión en materia de secreto de actuaciones (sea en fase de instrucción como en el juicio oral) supone una excepción a las reglas generales que, por su afectación a diversos derechos fundamentales (el derecho de defensa en la fase de instrucción o el derecho a un proceso público en la fase de juicio oral, ambos reconocidos en el art. 24.2 CE), requiere necesariamente un pronunciamiento jurisdiccional.

Pues bien, de todo lo expuesto hasta ahora se puede señalar que el carácter procesal de la fase de instrucción implica, entre otras cosas, que participa de algunas de las características básicas de todo proceso penal. De entre todas ellas interesa ahora destacar el principio de oficialidad y su derivada vertiente de la obligatoriedad.

Conforme a estos principios, cada hecho delictivo presuntamente cometido exige la incoación de un procedimiento penal que determina al Juez de Instrucción a practicar aquellas diligencias que estime necesarias para la averiguación de la existencia misma del hecho investigado y de su posible autor. Esto significa que cualquier *notitia criminis* obliga a la incoación de una causa, con las consecuencias que de ello se derivan para la burocratización del sistema, mediante la apertura de un considerable volumen de asuntos predeterminados a su archivo inmediato, por carecerse de competencia para su conocimiento o por la ausencia de mínimos elementos indiciarios para determinar el presunto autor de los hechos, como ya se expuso al comienzo de este capítulo.

Pero además, la actuación “de oficio” del Juez de Instrucción le coloca en una

posición en la que debe practicar las diligencias necesarias y suficientes para valorar indiciariamente la existencia del hecho punible y su posible autoría, además de garantizar los derechos de la persona que pueda estar siendo objeto de investigación. Esta actuación de oficio implica que el Juez de Instrucción debe mantener un propia línea de investigación al margen del parecer de las partes. De esta forma, no se coloca en una posición equidistante frente a ellas, lo que hace que su imparcialidad pueda ser considerada como más aparente que real, como se expondrá más detenidamente en el Capítulo III.

Precisamente por ello, el cumplimiento de los principios de oficialidad y obligatoriedad en la fase de instrucción no debería requerir necesariamente que la dirección de la investigación tenga una naturaleza jurisdiccional. Más bien todo lo contrario, ya que con el sistema vigente se puede poner en cuestión la verdadera imparcialidad del Juez de Instrucción en esta fase del proceso penal.

A mi juicio, el Ministerio Fiscal puede asumir el cumplimiento estricto del principio de oficialidad, unido a los de legalidad, obligatoriedad y sumariedad, sin merma alguna del carácter público de la investigación, y sin los efectos perturbadores que se deducen de la asunción de esta posición por el Juez de Instrucción, que puede restar intensidad y eficacia al ejercicio de la acción penal por parte de los distintos intervinientes en el proceso, como veremos seguidamente.

4.- El ejercicio de la acción penal.

4.1.- El concepto de acción penal.

Como señala SAAVEDRA GALLO[315], "la ciencia procesal, mayoritariamente, define a la acción como un derecho subjetivo público que permite a los ciudadanos hacer valer ante el Estado (jueces y tribunales), activa o pasivamente (en calidad de

[315] En Almagro Nosete, José; Saavedra Gallo, Pablo y otros. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008. Pág. 93

actor, demandado o reo), sus propios derechos en relación con una controversia jurídica específica, y exigir su resolución en una sentencia sobre el fondo (favorezca o no los intereses del peticionario). En definitiva, para la mayoría de la doctrina, la acción es un derecho subjetivo público de carácter abstracto", es decir, no se trata de obtener una determinada resolución favorable a la pretensión ejercitada, sino únicamente a obtener una resolución que resuelva la controversia planteada, sea o no favorable.

Para este autor[316], "el gran esfuerzo doctrinal, jurisprudencial y legislativo desplegado (a partir de 1946, especialmente en Europa)" como expresión de "una voluntad institucional y colectiva plenamente decidida a incorporar la bases del Derecho Procesal a los textos constitucionales y tratados-acuerdos sobre derechos humanos" tenía como "objetivo prioritario (…) conseguir que esas bases esenciales se (contemplaran) en la zona más protegida de las constituciones: la carta o sección de derechos fundamentales". En el caso español, el actualmente denominado derecho a la jurisdicción se reconoce en el art. 24.1 CE, y puede definirse como "un derecho subjetivo público dirigido a la obtención de la tutela necesaria para la resolución, fundada en Derecho, de una controversia jurídica, con eventual alcance de cosa juzgada y cosa ejecutada, (que) corresponde tanto a quien solicita la tutela como frente a quien se pide (carácter bilateral)".

Este derecho agrupa, a su vez, cuatro derechos o facultades esenciales, que se pueden concretar de la siguiente manera: "acceder a los órganos jurisdiccionales solicitando la tutela de sus derechos, en cuanto a una controversia jurídica específica; obtener una sentencia motivada y congruente, sea o no favorable, en relación con las pretensiones formuladas por las partes en conflicto; pedir y obtener una revisión, mediante los correspondientes recursos, de esa sentencia por otro juez o tribunal; y finalmente, conseguir, si resulta necesario, la intervención del Estado para que la sentencia se ejecute en todos sus términos".

---

[316] Saavedra Gallo, Pablo. En Almagro Nosete, José; Saavedra Gallo, Pablo y otros. "*El sistema de garantías procesales"* Op. cit. Págs. 99 a 103 y 107.

Se trata de un derecho[317] "a promover la actividad jurisdiccional y a ser parte en un proceso que finalice con una decisión judicial donde se resuelvan las pretensiones formuladas por aquellos. Eso no significa que se trate de un derecho genérico a la prestación jurisdiccional, sin más: necesita siempre ejercitarse por los cauces establecidos por el legislador" de forma que los ciudadanos "deben formular sus peticiones de tutela por las vías procedimentales previstas en las leyes". Y en este punto es esencial su ejercicio mediante la denominada "pretensión", es decir, "la exigencia del titular del derecho a la jurisdicción que le otorga su contenido en un caso concreto, delimitado objetiva y subjetivamente, mediante un específico *petitum*, apoyado en una también singular *causa petendi*, que se formula ante un juez o tribunal."

Tradicionalmente, la doctrina sobre el concepto de acción se desarrolló en el ámbito del proceso civil, desde la ya conocida polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, que determinó la progresiva generalización de la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo afirmado[318].

Sin embargo, el concepto de acción penal presenta unos contornos claramente diferenciados de la acción civil, precisamente basados en algunas de las características propias del proceso penal que fueron anteriormente expuestas.

Así, DE LA OLIVA SANTOS[319], para explicar las diferencias entre la acción civil y la acción penal, parte de la distinción entre el concepto de acción en sentido concreto y en sentido abstracto. Así, "se sostiene la tesis de la acción en sentido concreto

---

[317] Saavedra Gallo, Pablo. En Almagro Nosete, José; Saavedra Gallo, Pablo y otros. "*El sistema de garantías procesales"* Op. cit. Págs. 114 y 115.

[318] WINDSCHEID, "Die actio des römischen Zivilrechts von Standpunckte des heutigen Rechts,. Dusseldorf. 1856; WINDSCHEID, "Die actio abwehr gegen Dr. Theodor Muther. Dusseldorf,1857; MUTHER, "Zur Lehre von der römische actio, dem heutigen Klegerecht, des Litiscontestation und der singularsussesion in Obligationem. Erlangen, 1857. Polémica citada en López Barja de Quiroga ("*Tratado de derecho procesal penal*", op. cit., pág 665); De La Oliva Santos ("*Derecho procesal penal*", op. cit. pág. 183); Gimeno Sendra ("*Constitución y Proceso*". Ed. Tecnos. Madrid. 1988, pág. 73) y en Saavedra Gallo ("*El sistema de garantías procesales*", op. cit., págs.. 88 y 89), entre otros autores. Para este último, no obstante, el debate lo inicia HASSE en 1834, al proponer una tesis que rompía con la pretendida identidad de sujetos pertenecientes al derecho subjetivo y a la acción. "De acuerdo con esta tesis (…) el sujeto pasivo de la acción no era el ofensor que vulnera el derecho subjetivo, sino el Estado; éste era el auténtico obligado a resolver la controversia surgida con la violación del derecho subjetivo".

[319] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 181 a 196.

cuando se defiende la posible existencia de un derecho a una concreta tutela jurisdiccional (…) que puede estar relacionado (…) con un derecho subjetivo privado (…) pero que no se identifica con él, sino que constituye otro, de contenido diverso (…) que (…) ha de satisfacer (…) el Estado, a través de los Tribunales". Para este autor, en el ámbito penal y procesal penal, es casi unánime la apreciación de que el concepto de acción ha de ser entendido en sentido abstracto[320], es decir, como derecho "a que el proceso se ponga en marcha o a que se ponga en marcha y a que, además, se desarrolle y recaiga en él una sentencia sobre la pretensiones aducidas. (…) Del mismo modo que el proceso civil sirve al Derecho privado, y por consiguiente, en primer término a los legítimos intereses de concretos sujetos jurídicos (aunque también esté presente un interés público), el proceso penal se construye para servir inmediatamente al interés público claramente predominante (aunque estén presentes, secundariamente, bienes jurídicos de particulares). (…) Lo que surge de la comisión del delito es (…) el deber del Estado de dar la respuesta legalmente prevista: iniciar un proceso, reconstruir lo sucedido, atribuir, en su caso, responsabilidades, promover un juicio con oportunidades suficientes e iguales para acusador y acusado, y dictar una sentencia aplicando el Derecho penal (y procesal)". Ahora bien, "el inicio de un proceso penal no puede pertenecer a la sustancia necesaria o contenido esencial de la acción penal. Esto es así porque cabe ejercitar la acción cuando el proceso ya existe y porque cabe que el proceso se inicie (y continúe durante un tiempo mayor o menor) sin ejercicio de la acción. La función de la acción penal respecto del inicio de un proceso puede ser –es, a no dudarlo- de suma importancia, pero siempre debe entenderse como ocasional o eventual: para el evento o caso de que el proceso penal no esté pendiente. (…) Por tanto, la acción penal comprende, no sólo el poder de que se inicie el proceso (…) sino también el poder jurídico de mantener el proceso penal vivo, en tanto la acusación tenga sentido y no quede judicialmente desautorizada por una sentencia o un auto de sobreseimiento. El poder jurídico en que la acción penal consiste es un poder de acusar (y no cabe acusar sin proceso) en tanto el órgano jurisdiccional no tenga fundadas razones para decidir que el proceso debe terminar, definitiva o provisionalmente". En

[320] Así, también GIMENO SENDRA, VICENTE. "*Constitución y Proceso*". Ed. Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 74

consecuencia, la acción penal se concreta en el "poder jurídico de acusar, de constituirse en parte de un proceso penal y, antes, eventualmente, de provocar su comienzo".

Del mismo modo, LOPEZ BARJA DE QUIROGA[321] señala que "en derecho procesal penal no se puede hablar de acción penal en el mismo sentido que en derecho procesal civil se habla de acción civil. En el ámbito civil puede decirse (…) que la acción es el ejercicio en el ámbito procesal de un derecho subjetivo perteneciente al ciudadano. Tal derecho subjetivo no existe en el ámbito penal, por lo que difícilmente puede hablarse de acción penal en un sentido similar al de acción civil. (…) El derecho a penar corresponde al Estado, (…) y lo realiza a través de los Tribunales, (…) conforme al procedimiento previamente establecido, (…) y siendo para ello necesario que previamente se haya ejercitado una acusación. La acción penal no supone el ejercicio del *ius puniendi*, ya que el Ministerio Fiscal o los particulares no ostentan tal derecho. (…) La acción penal implica (…) la pretensión de que el Tribunal ejercite el derecho de penar. (…) El concepto de acción ha de concretarse en el ejercicio del derecho de acción, esto es, en el hecho de impetrar la actuación de los Tribunales penales. (…) Desde este punto de vista es perfectamente distinguible la acción de la pretensión (…). La acción penal como derecho a impetrar ante los Tribunales una resolución motivada en derecho, lo que supone el derecho al proceso y, por otra parte, la pretensión penal como la afirmación de que se ha producido un hecho que genera el *ius puniendi* y la petición de que por el Estado se ejerza el derecho de penar. (…) La pretensión penal se concreta en la declaración de voluntad tendente a solicitar la aplicación de una pena o de una medida de seguridad", y "se conforma en los escritos de calificación provisional y definitiva". En todo caso, lo que parece claro es que "no existe un derecho a una condena penal".[322]

En parecidos términos se pronuncia LATORRE LATORRE[323] cuando indica que

---

[321] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 665 a 668.
[322] En el mismo sentido, DE LA OLIVA SANTOS, ANDRES y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit., pág.33, para quien la acción penal "implica un mero ius persequendi, es decir, un derecho procesal de perseguir o procurar la aplicación del Derecho Penal mediante un proceso (…) no un derecho a obtener una condena."
[323] Latorre Latorre, Virgilio. "*Acción popular, acción colectiva*". Ed. Civitas. Madrid. 2000. Pág. 151.

"todas las acciones penales son públicas, la acción penal privada es incompatible con un Estado de Derecho, porque significaría que el particular dispone de un derecho para realizar su interés particular, que en el campo penal se traduce en un derecho privado a castigar. No existe tal derecho. Para esclarecer la cuestión es preciso abordar la naturaleza de la acción y de la pretensión penal. La acción promueve el proceso, la pretensión la acusación penal. Pero el proceso y la acusación desarrollada en su interior tiene como finalidad el *ius puniendi*, y éste pertenece al Estado. Todas las acciones penales, pues, son públicas porque instan la realización del *ius puniendi* al Estado, a unos organismos públicos -Tribunales- que tienen conferida esa potestad. Las distintas formas que adoptan sólo hacen mención a la cualificación del sujeto que las ejercita, cualificación que dimana de los derechos y obligaciones que tiene atribuidos"

Como se verá, el concepto de acción penal está íntimamente ligado al de la pretensión penal que, a su vez, presupone la condición de parte en el proceso penal. Lo explican así diversos autores.

Para GIMENO SENDRA[324], la acción penal "es un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de derecho y que se ejercita mediante la puesta en conocimiento del Juez de Instrucción de una *notitia criminis*, haciendo surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada y fundada sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal". Mientras que[325] son partes en el proceso penal "quienes, solicitando la actuación del *ius puniendi* del Estado, interponen una pretensión penal y quienes se defienden o se oponen a ella".[326] En parecidos términos se pronuncian MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[327], cuando definen el concepto de parte en el proceso penal como "quien pretende y frente a quien se ejercita la acción".

---

[324] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 235.
[325] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 203.
[326] En otra obra del mismo autor se define de la siguiente forma: "derecho subjetivo constitucional mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una *notitia criminis*, se solicita la apertura del proceso penal, haciendo surgir en aquél la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada". Gimeno Sendra, Vicente: "*Constitución y Proceso*". Editorial Tecnos. Madrid. 1988. Pág. 74.
[327] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 93.

Por su parte, ASENCIO MELLADO[328] señala que "sólo puede entenderse el proceso penal moderno, propio de un Estado de Derecho, desde la conceptualización del delito como fenómeno público y (…) desde la prohibición radical por parte del Estado de la autotutela como medio de resolver los conflictos de esta naturaleza". Por lo tanto, en el proceso penal[329] "nadie actúa ejercitando derechos propios". De esta forma, "el concepto de parte civil se asienta en la afirmación de la titularidad de un derecho o en la tenencia de un interés. Pero (…) en el proceso penal (…) todo intento de hacer gravitar el concepto de parte sobre la idea de pertenencia del derecho material ejercitado llevará inexorablemente a negar la existencia de tal concepto en este proceso. (…) La solución no es otra, pues, que construir (…) el concepto de parte desde una perspectiva procesal y desligada del derecho material (…). Como conclusión, pues, parte en el proceso penal es todo aquel que solicita la imposición de una pena o medida de seguridad o aquel frente a quien se solicita, al margen de la titularidad del derecho de penar, que nunca es propio, o de la existencia de intereses contrapuestos los cuales pueden no existir dada la imparcialidad exigible a los órganos del Estado encargados de la investigación de los delitos".

Para este autor[330], además, "(…) el objeto del proceso penal es la pretensión penal. Esta puede ser definida como la petición de una consecuencia jurídica (pena o medida de seguridad) dirigida al órgano jurisdiccional frente a una persona, fundamentada en unos hechos que se afirman coincidentes con el supuesto de hecho de una norma jurídica. (…) Forman parte de la pretensión: los hechos, que a su vez son el objeto de la pretensión; la pena solicitada o *petitum*; los sujetos, aunque solo la persona del imputado vincule o identifique la pretensión; y la calificación jurídica"[331]. Y continúa señalando que[332] "si la demanda, por lo común,

---

[328] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. Cit. Pág. 21 y 22.
[329] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 43 y 44.
[330] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op.cit. Pág. 85 y 86.
[331] En contra, DE LA OLIVA SANTOS (en De La Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 200), para quien el objeto del proceso es el hecho punible, desde el punto de vista material. Sin embargo, parece claro que sólo con la determinación de la relación jurídico procesal a través de la formulación de una pretensión en forma de acusación se podrá desarrollar la fase decisiva del proceso penal, que es el juicio oral.
[332] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 225 y 226.

constituye el primer acto del proceso civil de modo que el objeto procesal se define por las partes sin una actividad previa de investigación oficial; en el proceso penal la acusación, como acto mediante el cual se interpone la pretensión punitiva, tiene lugar una vez finalizada una fase como la de instrucción en la que se han llevado a cabo diligencias de investigación no sólo solicitadas por las partes, sino igualmente acordadas de oficio, de modo y manera que cabe afirmar la existencia de una intervención del Estado en la conformación misma de la pretensión penal (…). Mediante la acusación penal se introduce la pretensión en el proceso y se determina el objeto del mismo, vinculándose, pues, el órgano sentenciador a dicha pretensión (…). De la misma manera se garantiza la defensa (…) sin que en modo alguno pueda ser modificada a lo largo del proceso cualesquiera que sean los datos que aparezcan y que pudieran alterarla esencialmente".

Del mismo modo, PEDRAZ PENALVA[333] destaca que "el objeto del proceso penal es la pretensión, entendida como la afirmación del hecho calificado jurídico-penalmente por el acusador, afirmación que constituye el presupuesto necesario para el ejercicio del *ius persequendi* y eventualmente del *ius puniendi*[334]. Su debida concreción formal tiene lugar en los escritos de calificación provisional (…) o de acusación (…), así como en su caso en las conclusiones definitivas (…), siendo agregables los puntos introducidos en los respectivos escritos de defensa (…) y en las conclusiones definitivas de ésta (…)".

Sentado todo lo anterior, parece evidente que los conceptos de acción, pretensión y parte en el proceso penal presentan notorias diferencias en relación con el ámbito procesal civil, derivadas del hecho de que en el proceso penal no se ejercitan derechos subjetivos privados.

En el proceso civil, la mera presentación de una demanda, cumplidos los

---

[333] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Derecho procesal penal*". Tomo I. Ed. Colex. Madrid. 2000. Págs. 44 y 45.
[334] Para este autor, consciente de que el *ius puniendi* incluye el *ius persequendi*, considera no obstante que "cabe investigar y perseguir un hecho que tras el correspondiente juicio no dé lugar a imposición de pena alguna por considerarse no constitutivo de delito".

presupuestos procesales[335], genera el derecho a convertirse en parte y a obtener una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión planteada, en la que se afirma la titularidad de un derecho o interés subjetivo. No ocurre lo mismo en el proceso penal. La presentación de una denuncia o la interposición de una querella no da lugar, necesariamente, a la iniciación de un proceso y, por lo tanto, a la condición de parte, sino que requiere una previa valoración judicial sobre cuestiones que no son meramente formales. Así lo expresan claramente los arts. 269 y 313 LECrim[336].

En tal sentido, la acción penal como derecho de acceso a la jurisdicción es un derecho fundamental integrado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE, como derecho público subjetivo que consiste en el derecho a obtener una resolución judicial motivada ante una pretensión formulada (derecho de carácter abstracto). Este derecho consiste no sólo en provocar, si procede, la incoación de un procedimiento (*ius ut procedatur)*, sino en intervenir posteriormente en un proceso ya iniciado, y ejercitar en el mismo las pretensiones que se estimen procedentes (*ius persequendi*). La pretensión penal, por tanto, se configura no sólo como la vía a través de la cual se ejercita la acción penal, sino como el objeto del propio proceso penal, integrado por los hechos, los sujetos, la calificación jurídica y la petición de una consecuencia jurídica. Para ello es necesario ostentar la condición de parte que, en el proceso penal, siempre tendrá un carácter formal, por cuanto no se ejercitan derechos subjetivos propios, sino que se insta de los Tribunales la aplicación del Derecho penal, como manifestación del ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Este derecho al ejercicio de la acción penal se colma cuando se permite formular la pretensión ante el órgano judicial encargado de valorarla, y la pretensión que fija el objeto del proceso penal se ejercita a través de la acusación. En consecuencia, la

---

[335] Art. 403.1 LEC: **"***Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley*".

[336] Art. 269 LECrim: "*Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquélla indebidamente*".
Art. 313 LECrim: "*Desestimará (el Juez) en la misma forma la querella cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, o cuando no se considere competente para instruir el sumario objeto de la misma*".

acción penal no requiere necesariamente su ejercicio ante un Juez de Instrucción, en su actual configuración como director de la investigación, sino que se puede ejercitar ante otro tipo de órganos judiciales, lo que, a su vez, *puede* hacerse durante la fase de instrucción pero, sobre todo, *debe* poder hacerse ante el órgano judicial encargado de decidir sobre si procede o no la apertura de juicio oral mediante la previa formulación de la pretensión penal a través de un escrito de acusación.

En nuestro proceso penal, como es conocido, la configuración legal del ejercicio de la acción penal permite que, en general, cualquier ciudadano (en función de una serie de requisitos que luego se analizarán) pueda promover la actuación jurisdiccional para la persecución de un hecho delictivo, bajo la fórmula de las denominadas acusaciones particular o popular[337], cuyo régimen jurídico es sustancialmente diferente al previsto para el Ministerio Fiscal, ya que para éste la acción penal no es un derecho, sino un deber, cuyo ejercido ha de poder desarrollarse sin más limitaciones o condicionamientos que los derivados del principio de legalidad, como veremos a continuación.

4.2.- El ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal conforme al principio de legalidad.

Mucho se ha discutido sobre el concepto del Ministerio Fiscal y su ubicación institucional en el marco de las coordenadas constitucionales. En palabras de MARCHENA GOMEZ[338], "no es tarea fácil la aproximación dogmática a una figura transida de una sustancial ambigüedad y sobre la que han incidido los más dispares criterios de caracterización (…). Las dificultades se acrecientan cuando la oscuridad conceptual se detecta, no ya en las distintas normas procesales que reglamentan la actividad del Ministerio Fiscal ante los órganos de Justicia, sino en el diseño constitucional perfilado por el art. 124 CE que, lejos de contribuir a la

[337] Queda al margen la denominada acusación privada, ya que en los procedimientos instados por ésta no interviene el Ministerio Fiscal.
[338] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 15.

definición de la figura, le sume en una profunda indeterminación".

En el mismo sentido se expresa GIMENO SENDRA[339] cuando, después de destacar que "de todas las instituciones del Derecho procesal, la del Ministerio Fiscal es, sin duda, la que mayor dificultad reviste a la hora de pretender su conceptualización"; define como una "entelequia" la fórmula recogida en el art. 2.1 EOMF, al afirmar que el Ministerio Fiscal está "integrado en el Poder Judicial", pero con "autonomía funcional".

En efecto, dispone el art. 124 CE, en lo que ahora interesa, que: "*1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*".

Por su parte, el art. 2.1 EOMF, en su redacción vigente[340], establece que: "*El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad*".

El análisis de este marco normativo inicial del Ministerio Fiscal puede hacerse desde múltiples y muy variadas vertientes, entre las que destacan las de tipo orgánico o institucional, nada desdeñables. Sin embargo, en nuestro caso, nos vamos a centrar en determinar si este esquema estructural permite afirmar que la

[339] Gimeno Sendra, Vicente. "*Las partes acusadoras*", en "El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988". VVAA. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1989. Pág. 65.
[340] Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2007, de 9 de octubre.

acción penal que *debe* ejercitar el Ministerio Fiscal puede desarrollarse únicamente desde la perspectiva del cumplimiento del principio de legalidad y si, en tal sentido, puede ejercer las labores de investigación de los hechos delictivos sin merma alguna de los principios esenciales que deben presidir el desarrollo del proceso penal.

No faltan autores que consideran que los principios constitucionales que rigen el Ministerio Fiscal no permiten afirmar que esta institución vaya a ejercer sus funciones bajo el único norte del cumplimiento del principio del legalidad.

Así, ANDRES IBAÑEZ[341], quien afirma que "si algo puede predicarse del Ministerio Fiscal (…) es que se trata de una institución problemática. Un aparato de difícil caracterización, sometido a inevitable tensión entre sus fines constitucionales y su configuración orgánica, que responden, aquéllos y ésta, a paradigmas teórico-políticos y organizativos diversos e incluso contradictorios"; concretando esta última idea en el análisis inicial de lo dispuesto en el art. 124 CE, "que atribuye al Ministerio Fiscal el cometido esencial de <velar por la independencia de los Tribunales>, cuando el origen de su nombramiento está en la <propuesta del Gobierno>; y postula su <imparcialidad>, mientras le priva de independencia".

Para este autor[342], con cita de FERRAJOLI[343], en derecho penal, el principio de legalidad es "de estricta legalidad, en el sentido de que no sólo impone que la persecución de las conductas incriminables acontezca en un marco legal, sino también, y muy especialmente, que el mismo se articule sólo en previsiones típicas formuladas mediante proposiciones lingüísticas dotadas de significado unívoco y preciso". De manera que "el principio de legalidad se manifiesta incompatible con la discrecionalidad política en el uso del *ius puniendi*".

En el caso del Ministerio Fiscal, no basta solo con la mera afirmación de que estará

---

[341] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Ministerio Fiscal entre <viejo> y <nuevo> proceso*", en "La reforma del proceso penal". VVAA. Ed. Tecnos. Madrid. 1990. Pág. 81.
[342] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Pág. 16.
[343] L. Ferrajoli, "Derecho y razón. Teoría del garantismo penal". Trotta. Madrid. 1995. Pag. 95.

guiado en su actuación por el principio del legalidad. Para ANDRES IBAÑEZ[344], "las exigencias garantistas del Estado constitucional de derecho en materia de proceso penal no resultan satisfechas en el plano normativo con la sola observancia del principio de legalidad en sentido formal. (…) De la atribución de rango constitucional al principio de legalidad y de la preordenación de la actividad jurisdiccional a su satisfacción efectiva, se derivan, pues, precisas exigencias, orgánicas y funcionales, para el Ministerio Fiscal, al que, cuando menos en el orden teórico, nadie escatima el título de agente y defensor de la legalidad. Entre las exigencias del primer tipo se cuenta la colocación institucional en condiciones que hagan posible su sometimiento exclusivo a la ley. Y a este respecto, no cabe duda, el único diseño orgánico realmente idóneo a tal efecto es el que, como en el caso de los jueces, goce de aptitud suficiente para asegurar la independencia". En definitiva, para este autor, el Ministerio Fiscal sólo estará en condiciones de ejercer sus funciones con el único sometimiento a la legalidad si se confiere a sus miembros un estatuto jurídico de independencia como el reconocido a los miembros del Poder Judicial. En última instancia, la legalidad estricta es una condición indisolublemente unida a la jurisdiccionalidad.

De la misma opinión es MONTERO AROCA[345], para quien la invocación al principio de legalidad como guía o norte de actuación del Ministerio Fiscal es similar al que se establece en el art. 103 CE para la Administración Pública. Según este autor, "cuando el art. 103 dice que la Administración Pública actúa <con sometimiento pleno a la ley y al Derecho> está diciendo algo muy distinto que lo que expresa el art. 117.1 CE al disponer que los jueces y magistrados están <sometidos únicamente al imperio de la ley> (…). La Administración (…) actúa sometida a la ley, desde luego, pero no con el exclusivo fin de aplicarla. (…) El sometimiento de jueces y de magistrados al imperio de la ley no es cobertura o límite de una decisión jurisdiccional: es fin. El juez no actúa al servicio de los intereses generales; (…) se limita a tutelar o garantizar los derechos individuales de las personas y lo hace con sometimiento exclusivo a la ley. (…) De otra manera, puede decirse que

[344] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal*" Cuadernos de Derecho Judicial. nº 28. 1995. Consejo General del Poder Judicial. 1995.
[345] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. ….".* Op. Cit. Pág. 53.

la distinción entre Jurisdicción y Administración radica en que la primera no persigue fines propios, no gestiona ni dirige intereses ajenos a la ley en sí misma considerada, mientras que el Gobierno siempre persigue un interés propio".

Pero, si se analiza bien el fundamento de este tipo de opiniones, el problema de fondo que, en última instancia, señalan estos autores tiene más que ver con los criterios de actuación en asuntos concretos que con el marco normativo que debe regir la actuación del Ministerio Fiscal. En efecto, en ambos textos se pone de manifiesto la desconfianza generada por determinadas actuaciones que pueden poner en duda su estricta vinculación a la ley, y su sometimiento al área de influencia del poder ejecutivo[346]. Y en ambos casos, la razón última de la controversia viene determinada por el sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado[347] que, como es conocido, es "*nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído del Consejo General del Poder Judicial*" (art. 124.4 CE)[348] y la extensión del principio de dependencia jerárquica que rige el funcionamiento interno de la institución, a las relaciones entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno[349], que "patentiza su vinculación con éste"[350].

---

[346] Así, Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Ministerio Fiscal entre viejo y nuevo proceso*". Op. cit. Pág. 83. Nota 9. "a las consideraciones de orden formal se añade ahora la forma harto plástica en que la experiencia reciente ha demostrado que se da la incidencia del ejecutivo en el Ministerio Fiscal; y en Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal*" Op. cit. Pág. 65. "Precisamente en estos días (en el mes de marzo de 2007) estamos viendo como el Ministerio Fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones de no acusar o de pedir absoluciones que llegan a causar perplejidad a quienes creemos de buena fe que la misión del fiscal es la que dispone la Constitución, promover la acción de la justicia y no dificultarla o impedirla. (…) Ha sido el Ministerio Fiscal el que con su comportamiento ha convertido el sueño de unos sobre la investigación por el fiscal en pesadilla de muchos".

[347] Ver, en el mismo sentido, RODRIGUEZ BAHAMONDE, ROSA. En Almagro Nosete, José y Saavedra Gallo, Pablo. "*El sistema de garantías procesales*". Op. cit. Pág. 151. Para esta autora, "el centro del debate se encuentra en la forma y tiempo de duración del nombramiento del FGE".

[348] Tras la reforma del art. 29 EOMF, llevada a cabo por la Ley 24/2007, de 9 de octubre, el candidato a Fiscal General del Estado propuesto por el Gobierno e informado por el Consejo General del Poder Judicial, comparecerá ante la comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, a los efectos de que se puedan valorar sus méritos e idoneidad; convirtiendo así al Fiscal General del Estado en el único cargo institucional en cuyo nombramiento intervienen los tres poderes del Estado. Además, no podrá ser cesado sino por causas tasadas previstas en el art. 31 EOMF.

[349] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*Entre política y Derecho*: ….". Op. cit.; y Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 51

[350] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". VVAA. (Coord: Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo). Ed. Colex. Madrid. 2015. Pág 341.

Frente a estas tesis, CRESPO BARQUERO[351] señala que "la independencia judicial aparece como garantía de la imparcialidad. Se trata de sustraer al Juez en lo posible de las presiones externas que pueden afectar a su capacidad de decidir libremente dentro del margen que le ofrece la ley. Pero puede comprobarse fácilmente cómo, en contra de lo que comúnmente suele darse por supuesto (…), esa independencia que pretende reforzar la imparcialidad objetiva (entendida como garantía orgánica y funcional de la no injerencia externa y de la consiguiente libertad de acción) no sólo no produce el mismo efecto respecto de la imparcialidad subjetiva (es decir, el actuar anteponiendo la letra y el espíritu de la ley a las propias y personales convicciones y posiciones ideológicas), sino que, al contrario, la necesidad de garantizar una esfera de libertad al Juez comporta inevitablemente la posibilidad de que dentro de esa esfera puedan cobrar vida impulsos de subjetividad y de parcialidad difícilmente controlables en cuanto surgen de cada uno de los individuos que en su acción encarnan un poder del Estado. (…) De hecho, el propio ordenamiento jurídico establece mecanismos de limitación o control de actos judiciales realizados en el marco de esa independencia para evitar que precisamente pueda ser utilizada en perjuicio de la imparcialidad que en principio tiende a asegurar. No es otra cosa, por ejemplo, el sistema de recusaciones".

No obstante, como se ha señalado, no se trata de analizar aquí las posibles reformas orgánicas o institucionales del Ministerio Fiscal[352], o las *patologías* del sistema vigente que, como señala DE OÑA NAVARRO[353], "en casos determinados dependen de las personas concretas y no de las instituciones (…)" y "que, de existir (…) podrían ser predicables de todos los órganos del Estado, jueces incluidos, pues

[351] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Págs. 214 a 221.
[352] Sobre las que tanto se ha escrito por diversos autores. Entre otros muchos: Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit; Del Moral García, Antonio. "*El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto Orgánico*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Editorial La Ley. Madrid. 2008; Herrero-Tejedor Algar, Fernando. "*La reforma del Ministerio Fiscal*". Editorial Colex. Madrid. 2003; Fuentes Soriano, Olga. "*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal".* Op. cit.; o Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*. Op. cit.
[353] Oña Navarro, Juan Manuel de. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Op. cit. Pág. 233.

ninguna institución está al margen de las tensiones del poder"[354].

Se trata de determinar si el marco normativo general permite que la actuación del Ministerio Fiscal se someta únicamente al principio de legalidad. Y la respuesta, a nuestro juicio, sólo puede ser positiva.

Como destaca MORENO CATENA[355], "la autonomía aparece (…) como la situación que debe definir al Ministerio Fiscal en sus relaciones con el Ejecutivo: es autónomo orgánicamente del Gobierno porque actúa mediante sus propios órganos (…) y carece de toda inserción en el entramado de los diferentes órganos que conforman las Administraciones Públicas. Y también es funcionalmente autónomo del Poder Ejecutivo, pues al no estar subordinado a él no puede recibir órdenes de obligado cumplimiento, ya que el principio de autonomía actúa como filtro y garantía de la legalidad en la ejecución de la política criminal diseñada por el Gobierno[356]".

En otra obra del mismo autor[357] ya se destacaba que "el Ministerio Fiscal no pertenece desde luego al Poder Judicial por mucho que en el Estatuto de 1980 se dijera que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ya que ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado; pero tampoco el Ministerio Fiscal en España pertenece al Ejecutivo, como una suerte de apéndice del Ministerio de Justicia. El Ministerio Fiscal sólo actúa ante los tribunales impulsando la acción de la justicia, y lo hace con órganos propios, que no son los del Ejecutivo, por más que la designación del Fiscal General del Estado corresponda al Gobierno (art. 124 CE).

---

[354] Como señala ROXIN, CLAUS. "*Pasado, presente y futuro del Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 19: "la verdad y la justicia no representan sólo ideales defendibles, sino, antes bien, problemas de decisión individual y escrupulosa". Citado por López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

[355] Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 77 y 78.

[356] "(…) la Constitución atribuye al Gobierno la responsabilidad de la política interior (art. 97), y dentro de ella se comprende sin lugar a dudas la política criminal; (…) si convenimos en que existe la política criminal, y que no puede reducirse a asistir como un espectador pasivo a lo que ocurra en los órganos jurisdiccionales para la persecución de las conductas delictivas, será preciso permitir al Gobierno que realice algún género de indicaciones e incluso pueda conocer de primera mano e intervenir en los procesos penales, no ya defendiendo los intereses patrimoniales del Estado, sino ejerciendo la acción política". Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002

[357] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit.

Parece necesario insistir, finalmente, en que la situación del Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo no implica sumisión a órdenes del Gobierno, que sólo podrá, de acuerdo con el Estatuto, "interesar" su actuación (art. 8)".

En palabras de RUIZ VADILLO[358], "en un Estado de Derecho como el nuestro, asignar a la actuación del Ministerio Fiscal la exigencia de legalidad es tan obvio que casi hubiera sido innecesaria su proclamación, aunque su expresa incorporación nos parece del todo acertada. Si la Ley Fundamental obliga a la Administración Pública a servir con objetividad los intereses generales y a actuar son sometimiento pleno a la ley y al Derecho, según su artículo 103 (…) sería inconcebible e inaceptable que el Ministerio Fiscal pudiera tener un distinto comportamiento (…). El Ministerio Fiscal no sólo es que haya de actuar cuando informa o actúa a requerimiento de alguien, conforme a la legalidad, sino que ha de tomar la iniciativa, es decir, ha de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, impidiendo, a través de los tribunales, que otros actúen ilegalmente, sobre todo, pero no sólo en él, en el campo penal. (…) Parece, por consiguiente, importante reafirmar el principio de legalidad como contrapuesto a arbitrariedad, expresión distinta de la de oportunidad en sentido más estricto y limitado, si ésta viene establecida por la ley y está sujeta a determinadas reglas o pautas de comportamiento, porque entonces la oportunidad reglada se hace legalidad y su aplicación es correcta y ortodoxa. (…) Pensar que el Fiscal, y con ello nos adelantamos a posibles objeciones, no va a actuar con legalidad e imparcialidad en la investigación (y en la acusación o defensa), cuando la Constitución, la LECrim, su Estatuto, la Ley Orgánica del Poder judicial y todo el Ordenamiento jurídico establecen incondicionalmente lo contrario, implica cuestionar la rectitud de procedencia de una institución básica en el proceso y de tradición ejemplar, incluso en regímenes autoritarios. Con análoga apoyatura y carencia de justificación podría ponerse en tela de juicio el comportamiento del juez o tribunal, refiriéndonos siempre a las instituciones, no a las personas, que, como tales, podemos

[358] Ruiz Vadillo, Enrique. "*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.

equivocarnos y actuar mal"[359].

En efecto, el marco constitucional y estatutario del Ministerio Fiscal permiten afirmar, sin caer en una aparente ingenuidad, que existen mecanismos suficientes que garantizan que la actuación de los miembros de esta institución no sólo puede, sino que debe, guiarse únicamente por el principio de legalidad.

Los términos del art. 124.2 CE son meridianamente claros: la actuación del Ministerio Fiscal ha de sujetarse "*en todo caso"* a los principios de legalidad e imparcialidad. Como señala el art. 6 EOMF: "*Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan* (…); mientras que el art. 7 EOMF dispone que: "*Por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le están encomendados*".

Frente a estos principios de legalidad e imparcialidad, no pueden oponerse los de unidad de actuación y dependencia jerárquica, por cuanto éstos son meramente instrumentales de aquéllos, y sólo rigen en el ámbito interno de la institución. El principio de "dependencia jerárquica" no es un fin en sí mismo[360], sino un instrumento necesario para la efectividad del principio de "unidad de actuación",

---

[359] Sobre la organización y el funcionamiento del Ministerio Fiscal pueden consultarse igualmente, entre otras, las siguientes obras: ALAMILLO CANILLAS, FERNANDO. "*El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento*)". Ed. Colex. Madrid. 1990; LOPEZ LOPEZ, ALBERTO MANUEL. "Ministerio Fiscal español (principios orgánicos y funcionales)". Ed. Colex. Madrid. 2001; y SANCHIS CRESPO, CAROLINA. "*El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*". Ed. Comares. Granada. 1995.

[360] Ningún Fiscal puede ser obligado a cumplir un orden interna que considere ilegal o improcedente. El art. 27 EOMF dispone lo siguiente: "1. *El Fiscal que recibiere una orden o instrucción que considere contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo estime improcedente, se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su Fiscal Jefe. De proceder la orden o instrucción de éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscalía y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. De proceder de un superior, elevará informe a éste, el cual, de no admitir las razones alegadas, resolverá de igual manera oyendo previamente a la Junta de Fiscalía. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala.*
2. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro Fiscal el despacho del asunto a que se refiera".

que sólo pretende asegurar la aplicación uniforme e igualitaria de la norma en la búsqueda de la necesaria seguridad jurídica que garantiza la CE en su art. 9.3[361].

Por último, y quizá lo más importante, el Ministerio Fiscal no puede recibir órdenes del Gobierno[362]. Así se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 8 EOMF, según el cual: "*El Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinente en orden a la defensa del interés público* (…). *El Fiscal General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada* (…)".

De nuevo en palabras de RUIZ VADILLO[363], "el Fiscal debe considerar las indicaciones que reciba del Gobierno desde el punto de vista de su perfecta adecuación a la legalidad. El Gobierno puede instar al Fiscal, en zonas que puede conocer mejor que nadie, para que éste actúe conforme a Derecho, es decir, en defensa de la legalidad, pero el examen de la legalidad corresponde y debe corresponder al Fiscal, no al Gobierno". En su opinión, "a nadie puede convenir más que esto sea así que al propio Gobierno. Esta es la gran diferencia entre el Abogado que defiende a un particular o a una Institución y el Fiscal. Este no defiende a nadie salvo en la medida en que la defensa se identifica con la ley, entendida ésta en su expresión más profundamente jurídica y humana. Otra cosa significaría (…) vulnerar el ordenamiento jurídico en uno de sus puntos más esenciales".[364]

---

[361] En palabras de CRESPO BARQUERO, PEDRO. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Pág. 216: el principio de unidad de actuación es "esencial en la organización del Estado de Derecho para la pervivencia de un marco razonable de igualdad efectiva en la aplicación de la ley penal".

[362] Diferencia relevante respecto de otros sistemas como el francés o el alemán, como se describió en el Capítulo I.

[363] Ruiz Vadillo, Enrique. "*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Op. cit.

[364] En parecidos términos se pronuncian MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ ("*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 97), cuando señalan que "Teniendo en cuenta la tradición legislativa española y dado que el nombramiento del Fiscal General del Estado se hace a propuesta del Gobierno, se ha defendido por algunos que el MF es un apéndice del Ejecutivo, lo que no puede cabalmente sostenerse. Si bien es cierto que el Gobierno puede interesar actuaciones del MF, es el Fiscal General del Estado quien ha de resolver sobre la viabilidad o procedencia de lo interesado, exponiendo su resolución al Gobierno de forma razonada (art. 8 EOMF)".

En definitiva, como destaca CRESPO BARQUERO[365], "la independencia (no) conduce automáticamente (como luego veremos) a los resultados que es preciso obtener en materia de imparcialidad objetiva", sino que lo esencial es que "existan mecanismos eficaces de control de (la) imparcialidad objetiva, entendida como apariencia objetiva y formal de actuar conforme a criterios de estricta legalidad". Unos mecanismos que, aunque siempre puedan ser susceptibles de mejora, ya existen, como hemos visto, y que se concretan fundamentalmente en los arts. 8 y 27 EOMF, ya reseñados[366].

Pues bien, sentado lo anterior, cobra todo su sentido la redacción del art. 105 LECrim, según el cual: *"1.- Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querella privada. 2.- También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención".*[367].

Como se verá, el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal se

---

[365] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)".* Op. cit. Págs. 229 y 230.

[366] A estos preceptos podrían añadirse lo dispuesto en los arts. 23 y 25 EOMF. Conforme al art. 23: "(…) *En cualquier momento de la actividad que un Fiscal esté realizando en cumplimiento de sus funciones o antes de iniciar la que le estuviese asignada en virtud del sistema de distribución de asuntos entre los miembros de la Fiscalía, podrá su superior jerárquico inmediato, mediante resolución motivada, avocar para sí el asunto o designar a otro Fiscal para que lo despache. Si existe discrepancia resolverá el superior jerárquico común a ambos. La sustitución será comunicada en todo caso al Consejo Fiscal, que podrá expresar su parecer*". Por su parte, conforme al art. 25: "(…) *El Fiscal que reciba una orden o instrucción concerciente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes pero podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la justicia*".

[367] Redacción vigente, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.* La redacción inmediatamente anterior, en su segundo inciso, señalaba que: "*También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código Penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio Fiscal deba, a su vez, denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad".*

configura como un deber, no como un derecho, aunque no faltan autores que, como GIMENO SENDRA[368], lo califican de *derecho-deber* .

Este deber, indisolublemente unido al principio de legalidad, ha determinado la controversia, ya apuntada anteriormente, sobre la posible vigencia del principio de oportunidad en nuestro derecho procesal[369].

Así, autores como DE LA OLIVA SANTOS[370] son claramente contrarios a la posible vigencia de este principio, sobre todo si va unido a una potestad conferida al Ministerio Fiscal[371]. En tal sentido, señala que "el Derecho español excluye en la actualidad que en los procesos penales se siga el principio de oportunidad. Sólo un fortísimo voluntarismo puede negar que cuando la CE dispone en su art. 124,2 que el MF ejerza sus funciones con sujeción al principio de legalidad está imperando, sin lugar a dudas, que el MF impulse el proceso penal y acuse siempre que se encuentre ante un hecho con apariencia delictiva y que ajuste estrictamente su acusación –configuración del hecho imputado, calificación jurídica y solicitud de pena- a los parámetros legales". Para este autor[372], el Ministerio Fiscal tiene la acción penal como un "poder jurídico que necesariamente ha de ejercitar en presencia de cualquier conducta subsumible en el tipo de un delito que no sea sólo perseguible a instancia de parte. (…) Ante la *notitia criminis*, el Juez <debe iniciar el proceso> y el MF tiene el deber de pedir que se inicie. El inicio de un proceso no se puede disponer. El MF tiene el <deber de impulsar la actividad jurisdiccional mientras no desaparezca por completo el interés público de responder jurídicamente a una conducta que parece criminal>. (…) Lo que se ventila es dar la respuesta jurídica, ajustada a la legalidad, a un hecho con caracteres de delito o falta y, naturalmente, eso no es compatible con desfigurar ese hecho, transformarlo o sustituirlo por otro, hacerlo desaparecer procesalmente o prescindir de cualquiera

[368] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Pág. 236.
[369] Principio plenamente vigente en algunos países como Francia, pero no en otros, como Italia, como ya se expuso en el Capítulo I.
[370] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 45.
[371] En el mismo sentido, ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO en "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva*…" (op. cit., pág. 16) cuando contrapone el principio de estricta legalidad con el "acto representado por la decisión sobre si conviene, es oportuno o no, perseguir una conducta descrita en la ley como delito".
[372] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 33 a 36

de sus rasgos que sea jurídicamente relevante. (…) Por lo tanto, no cabe renuncia (…), transacción (…), o allanamiento".

Insiste este autor en la misma idea cuando señala que[373] "el principio de necesidad referido al ejercicio de la acción penal es, a nuestro entender, insoslayable consecuencia o expresión parcial de la exigencia constitucional (art. 124.2 CE) de que el MF actúe con sujeción al principio de legalidad. Como antes se ha dicho, no cabe dentro de nuestro marco constitucional atribuir al MF, en virtud de un juicio de oportunidad, la facultad de dejar de acusar o dejar de calificar la conducta aparentemente punible según los criterios legales". Y concluye destacando que "aunque la oportunidad sea una oportunidad reglada, no deja de ser oportunidad. El juicio de oportunidad siempre consiste en decidir lo que se considera oportuno (…). La oportunidad reglada significa, <bien un círculo o ámbito objetivo dentro del cual cabe que se formulen y sean eficaces los juicios de oportunidad (…), bien unos requisitos o presupuestos diferentes>".

Sin embargo, otros autores como LOPEZ BARJA DE QUIROGA[374] concluyen que la CE no impide de raíz la introducción del principio de oportunidad, no solamente en su modalidad de oportunidad reglada (es decir, en los casos y en la forma predeterminada por la propia ley), ampliamente admitida, sino incluso en su forma de "oportunidad discrecional". Para este autor, admitida la "verdad forense", que "no es otra cosa que la certeza adquirida por medios legalmente admitidos", es posible también que una ley permita que, "cuando concurran criterios (que no supuestos) que amparen la oportunidad, no sea ejercitada la acción pública en supuestos en principio delictivos", por cuanto en estos casos "es evidente que (…) el Ministerio Fiscal (…) actuará también dentro de la legalidad". En definitiva, la cuestión no es si la CE admite o no el principio de oportunidad, sino su "amplitud y límites".

Al margen de lo anterior, y con independencia del ámbito de aplicación más o menos amplio del principio de "oportunidad" (que, desde luego, tendrá que venir

[373] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs.. 45 y 46.
[374] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 684 y 685.

predeterminado por la ley), lo relevante a los efectos que nos ocupan es que la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal viene fundamentada por el interés público en la persecución de las infracciones penales. Como señala DE LA OLIVA SANTOS [375], se trata de "una función pública, que le impone deberes y que explica, dirige y legitima las facultades que la ley le otorga. El Fiscal no puede disponer jurídicamente de nada que afecte al cumplimiento de esa función, íntimamente vinculada al interés público ya tantas veces mencionado". En palabras de GIMENO SENDRA[376], el Ministerio Fiscal "asume la función de defensa de la sociedad, instando la reinstauración del orden jurídico perturbado por la comisión del delito".

De esta manera, el Estado, que es el titular del *ius puniendi*, confiere a un órgano estatal el ejercicio de una función esencial en la estructura del proceso penal, como es la de promover la actuación de los Tribunales para la aplicación del Derecho penal.

Precisamente por ello, el Ministerio Fiscal es parte necesaria en todo proceso penal (con la única excepción de los denominados "delitos privados", que luego veremos). Es decir, que su legitimación es siempre "originaria"[377], de manera que no requiere un acto específico de personación, sino que por el mero hecho de la incoación del procedimiento, el Ministerio Fiscal puede actuar en él desde el primer momento y las diligencias nunca le serán secretas. Ello se deduce, fundamentalmente, de lo dispuesto en el art. 306 LECrim, cuando señala que "(…) *los Jueces de Instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente*". Se trata de una facultad de "inspección" que sólo puede ser interpretada como lo que es: la posibilidad de tomar conocimiento de lo actuado en cualquier momento, así como de promover las acciones que considere pertinentes[378]. Para ello se habrá de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal no

[375] De La Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 36.
[376] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 216 y 217.
[377] GIMENO SENDRA, VICENTE. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 217.
[378] Así lo indican el resto de párrafos del propio art. 306: "*La inspección será ejercida, bien constituyéndose el Fiscal por sí o por medio de sus auxiliares al lado del Juez instructor, bien por medio de testimonios en relación, suficientemente expresivos, que le remitirá el Juez instructor periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo en este caso el Fiscal hacer presente sus observaciones en atenta comunicación y formular sus*

sólo la incoación del procedimiento, sino la mera noticia de la perpetración del delito, conforme señala el art. 308 LECrim[379].

La necesidad de la intervención del Ministerio Fiscal viene determinada, por lo tanto, por la vigencia del principio de legalidad, enmarcado en el principio de oficialidad que, a su vez, implica la obligatoriedad y el carácter público de la acción penal. Una acción penal que, en el caso del Ministerio Fiscal, se ha de ejercitar bajo las coordenadas del principio de imparcialidad.

Este principio de imparcialidad de los miembros del Ministerio Fiscal significa no sólo un desinterés subjetivo[380] en el objeto del procedimiento, sino que debe ser entendido también como corolario lógico de la defensa de la legalidad, de manera que ha de actuar "tanto instando la condena del culpable, como la absolución del inocente"[381], siéndole de plena aplicación lo dispuesto en el art. 2 LECrim, según el cual: "*Todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento penal cuidarán, dentro de los límites de su respectiva competencia, de consignar y apreciar las circunstancias así adversas como favorables al presunto reo; y estarán obligados, a falta de disposición expresa, a instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor*".

En definitiva, el principio de legalidad impuesto al Ministerio Fiscal por la CE y por su propio EOMF, supone que ha de promover la acción penal bajo el único parámetro que puede y debe condicionarle, que es el de la propia ley. En

---

pretensiones por requerimientos igualmente atentos. También podrá delegar sus funciones en los Fiscales municipales.
Tan pronto como se ordene la incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal quien comparecerá en intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.
Cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido".

[379] "*Inmediatamente que los Jueces de instrucción o de Paz, en su caso, tuvieren noticia de la perpetración de un delito, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y dará, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientes al en que hubieren principiado a instruirle".*

[380] MONTERO AROCA, JUAN. "*Investigación e instrucción en el proceso penal*…." Op. cit. Pág. 55.

[381] GIMENO SENDRA, VICENTE. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 216. En el mismo sentido, MUERZA ESPARZA, JULIO. En De la Oliva Santos y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 149.

consecuencia, el principio de legalidad actúa como criterio y límite a la actuación del Ministerio Fiscal. Aunque también puede tener otra vertiente.

En efecto, en nuestro derecho procesal, el Ministerio Fiscal no ostenta el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio, ya que la CE y la LECrim atribuyen esta posibilidad a todos los ciudadanos[382]. Se trata, como veremos, de un derecho reconocido en la Carta Magna, pero de configuración legal, es decir, para cuyo ejercicio se podrán establecer las condiciones que el legislador estime pertinentes, siempre que con ello no se limite el contenido esencial de este derecho, que consiste (como ya se expuso) en obtener una respuesta jurisdiccional motivada ante el ejercicio de una pretensión.

En este marco, el principio de legalidad ha de servir también al Ministerio Fiscal como límite frente a cualquier condicionante que pudiera venir impuesto por el resto de los intervinientes en el proceso y, señaladamente, por las partes acusadoras.

4.3.- El ejercicio de la acción penal por parte del ofendido o perjudicado por el hecho delictivo: la acusación particular.

Una de las características más relevantes del proceso penal en nuestro país, que lo diferencia de los de nuestro entorno[383], es que los ciudadanos pueden participar en el ejercicio de la acción penal. Los autores emplean diversos criterios de clasificación para sistematizar el régimen jurídico de las acusaciones que, junto con el Ministerio Fiscal, pueden formular una pretensión penal.

Y así, para ASENCIO MELLADO[384], se puede distinguir entre acusador particular y acusador privado. Para este autor, dentro de la categoría de acusador particular se encuentran, a su vez, tres supuestos:

---

[382] Diferencia notoria con los sistemas de derecho comparado analizados en el Capítulo I.
[383] GIMENO SENDRA, VICENTE. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág 204. "La práctica totalidad de los países que integran la Unión Europea (…) se rigen por el principio de oficialidad o monopolio de la acción penal por el Ministerio Fiscal".
[384] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 44 y 45.

-El ofendido o perjudicado por un hecho delictivo de carácter público, es decir, que puede ser perseguido de oficio.
-El ofendido o perjudicado por un hecho delictivo de carácter semipúblico, es decir, que sólo puede ser perseguido previa denuncia del ofendido o perjudicado.
-El acusador popular, es decir, cualquier ciudadano no ofendido ni perjudicado por un hecho delictivo de carácter público.

Por su parte, el acusador privado sería el ofendido o perjudicado por un hecho delictivo de carácter privado, es decir, que sólo puede ser perseguido por el ofendido o perjudicado quien, a su vez, es el único que puede ejercitar la pretensión penal.

Por otro lado, GIMENO SENDRA[385] distingue entre la que denomina acción popular y la acción privada. A su vez, dentro de la acción privada se englobaría la acción privada exclusiva, que es la que deriva de la comisión de un hecho delictivo de carácter privado; y la relativa, que se corresponde con los denominados delitos de carácter semipúblicos. Dentro de estos últimos distingue, además, entre los delitos semipúblicos con interés público, semipúblicos puros y semipúblicos con interés privado. Para este autor, los delitos semipúblicos con interés público son aquellos en que, además del bien jurídico relevante para el ofendido o perjudicado, el hecho delictivo ha comprometido igualmente un bien o interés de carácter público, que se concreta en los supuestos recogidos en los arts. 191 CP (agresiones, abusos y acoso sexual), 287 CP (determinados delitos contra el mercado y los consumidores) y 296 CP (delitos societarios). Los delitos semipúblicos puros serían aquellos en los que el ofendido ostenta la titularidad de la acción penal pero no la disponibilidad de la pretensión, ya que, una vez iniciado el procedimiento, éste puede seguir con independencia de la posición procesal del perjudicado (en la actualidad, se trataría de los supuestos recogidos en el art. 161.2 CP -reproducción asistida- y 228 CP -abandono de familia-). Finalmente, los delitos semipúblicos con interés privado son aquellos en los que el ofendido no sólo dispone de la acción

[385] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 239 a 247.

penal para el inicio del procedimiento, sino también la disponibilidad de la pretensión, de manera que el perdón del ofendido extingue la acción penal (art 130-5º CP). Se asemejan, por tanto, a los delitos privados, de los que se diferencian en que no requieren la interposición de querella, ni excluyen la intervención del Ministerio Fiscal. En la actualidad, estos delitos se concretan en los supuestos previstos en los arts. 201 CP (descubrimiento y relevación de secretos); 267 CP (daños por imprudencia) y 639 CP (determinadas faltas de los arts. 620, 621 y 624 CP)[386].

La regulación procesal vigente está recogida en los arts. 100 y ss. LECrim, en una redacción que, en ciertos aspectos, no ha sido actualizada en paralelo con las sucesivas modificaciones llevadas a cabo en el Código Penal.

Y así, en lo que ahora interesa, el art. 104 LECrim regula la denominada acción o acusación privada de la siguiente manera: "*Las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria, tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas, ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal (…)".*

Actualmente, sólo los delitos de injurias y calumnias tienen la consideración de delitos privados, conforme a lo dispuesto en el art. 215.1 CP, por cuanto exigen previa querella de la persona ofendida o de su representante legal. No obstante, cuando las ofensas se dirijan contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, pueden ser perseguidas de oficio, careciendo por tanto del carácter de delito privado.

---

[386] Hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77 de 31 de marzo), se ha suprimido el Libro III relativo a las faltas. Algunas de estas infracciones se han transformado en los denominados "delitos leves". Y a su vez, algunos de estos delitos leves requieren para su persecución la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. En concreto, son los siguientes: lesiones dolosas que no requieran tratamiento médico o quirúrgico (art. 147.2); maltrato de obra sin causar lesión (art. 147.3); lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2); amenaza de carácter leve (art. 171.7); coacción de carácter leve (art. 172.3); injuria o vejación injusta de carácter leve (art. 173.4). Por otro lado, la reforma ha introducido nuevos delitos que, en algún caso, también requiere denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Se trata del delito de acoso u hostigamiento (art. 172 ter).

Por su parte, la figura de la acción o acusación particular viene recogida, en sus aspectos esenciales, en los arts. 109 y 110 LECrim. El art. 109 LECrim[387] regula el denominado ofrecimiento de acciones, es decir, la información que debe suministrarse al ofendido o perjudicado precisamente para que pueda ejercitar su derecho a la acción penal y civil. A su vez, el art. 110 LECrim establece la regla general en esta materia, consistente en que "*Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito, y ejercitar las acciones civiles y penales que procedan o solamente unas u otras, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo menester que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera expresa y terminante*"[388].

---

[387] Art. 109 LECrim: "*En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible".* Previsión legal semejante se recoge en el art. 776 para las diligencias previas del procedimiento abreviado; en el art. 797.1-6ª para las diligencias urgentes del juicio rápido; y en el art. 25.2 LOTJ para el procedimiento del Tribunal del Jurado.

[388] Los arts. 109 y 110 han sido modificados por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101, de 28 de abril) con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. Se añade además un nuevo art. 109 bis. La nueva redacción de estos preceptos es la siguiente: Art. 109: "*En el acto de recibirse declaración por el Juez al ofendido que tuviese la capacidad legal necesaria, el Secretario judicial le instruirá del derecho que le asiste para mostrarse parte en el proceso y renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del perjuicio causado por el hecho punible. Asimismo le informará de los derechos recogidos en la legislación vigente, pudiendo delegar esta función en personal especializado en la asistencia a víctimas. Si fuera menor o tuviera la capacidad judicialmente modificada, se practicará igual diligencia con su representante legal o la persona que le asista. Fuera de los casos previstos en los dos párrafos anteriores, no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Secretario judicial procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente. En cualquier caso, en los procesos que se sigan por delitos comprendidos en el artículo 57 del Código Penal, el Secretario judicial asegurará la comunicación a la víctima de los actos procesales que puedan afectar a su seguridad*". Art. 109 bis: "1. *Las víctimas del delito que no hubieran renunciado a su derecho podrán ejercer la acción penal en cualquier momento antes del trámite de calificación del delito, si bien ello no permitirá retrotraer ni reiterar las actuaciones ya practicadas antes de su personación. En el caso de muerte o desaparición de la víctima a consecuencia del delito, la acción penal podrá ser ejercida por su cónyuge no separado legalmente o de hecho y por los hijos de ésta o del cónyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; por la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y por los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; por sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda, personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. En caso de no existir los anteriores, podrá ser ejercida por los demás parientes en línea recta y por sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima.*
2. El ejercicio de la acción penal por alguna de las personas legitimadas conforme a este artículo no impide su ejercicio posterior por cualquier otro de los legitimados. Cuando exista una pluralidad de víctimas, todas ellas podrán personarse independientemente con su propia representación. Sin embargo, en estos casos, cuando pueda verse afectado el buen orden del proceso o el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el Juez o

Esta regulación de la acusación particular, a su vez, debe ser puesta en relación con la posición procesal del Ministerio Fiscal, quien tiene la obligación de ejercitar conjuntamente las acciones penales y civiles derivadas del delito (art. 105 LECrim, ya reseñado), salvo renuncia expresa del perjudicado (art. 108 LECrim[389]). En todo caso, la renuncia del ofendido no extingue la acción penal, sino la civil, salvo en los casos de delito privado, en los que la renuncia del perjudicado extingue las acciones penales y civiles, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 106, 107 y 112 LECrim[390].

La mayoría de la doctrina coincide en señalar que el fundamento constitucional de la acción o acusación particular es el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a "todas las personas" en el art. 24.1 CE. Así, MUERZA ESPARZA[391], GIMENO SENDRA[392], o MONTERO AROCA[393], para quienes el perjudicado u ofendido, como titular del bien jurídico protegido por el hecho punible, no ostenta en tal condición un derecho a obtener una condena, sino el denominado "i*us ut*

Tribunal, en resolución motivada y tras oír a todas las partes, podrá imponer que se agrupen en una o varias representaciones y que sean dirigidos por la misma o varias defensas, en razón de sus respectivos intereses.
3. La acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas, siempre que ello fuera autorizado por la víctima del delito. Cuando el delito o falta cometida tenga por finalidad impedir u obstaculizar a los miembros de las corporaciones locales el ejercicio de sus funciones públicas, podrá también personarse en la causa la Administración local en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho punible". Art. 110: "*Los perjudicados por un delito o falta que no hubieren renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa si lo hicieran antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan, según les conviniere, sin que por ello se retroceda en el curso de las actuaciones. Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante*".

[389] Art. 108 LECrim: "*La acción civil ha de entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular; pero si el ofendido renunciare expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización, el Ministerio Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables*".

[390] Art. 106 LECrim: "*La acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.*
Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no puedan ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan".
Art. 107 LECrim: "*La renuncia de la acción civil o de la penal renunciable no perjudicará más que al renunciante; pudiendo continuar el ejercicio de la penal en el estado en que se halle la causa, o ejercitarla nuevamente los demás a quienes también correspondiere".*
Art. 112 LECrim: "*Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar.*
Si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querella particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal".

[391] Muerza Esparza, Julio. En De La Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 153.

[392] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 205.

[393] Montero Aroca, Juan. En Gómez Colomer, Juan Luis y otros. "*Derecho Jurisdiccional*". Op. cit. Pág. 74.

procedatur", es decir, el derecho de acceso a la jurisdicción. Se trata, en todo caso, de un derecho de configuración legal, es decir, que puede ser ejercido en la forma y en los casos previstos en las leyes procedimentales, siempre que se respete el contenido esencial del mismo.

En tal sentido se ha pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional. Así, por todas, en la STC 9/2008, de 21 de enero (FJ 3º), se declara que: "(…) *hemos de tener en cuenta que, si bien la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales, ello no implica que la víctima del delito no tenga derecho, en los términos que prevea la legislación procesal pertinente, a acudir a un procedimiento judicial para la defensa de los mismos; y tampoco comporta que en el seno de dicho proceso no puedan verse lesionados sus derechos. Por ello, este Tribunal ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un ius ut procedatur, es decir, estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción, que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del art. 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del art. 24.2 CE (SSTC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4; 81/2002, de 22 de abril, FJ 2; 93/2003, de 19 de mayo, FJ 3; 21/2005, de 1 de febrero, FJ 4; 176/2006, de 5 de junio, FJ 2).*

Ciertamente, como recuerda la STC 179/2004, de 21 de octubre (FJ 4º), no existe una exigencia constitucional derivada del art. 24.1 CE que imponga la presencia en el proceso penal como parte de la acusación particular, pues en nuestro ordenamiento jurídico, la función acusadora aparece encomendada de manera primordial al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE y art. 3.4 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que era entonces el vigente). Ahora bien, el legislador ha optado por reconocer el derecho al ejercicio de la acción penal también a los particulares, y en concreto al agraviado o perjudicado por el delito o falta (acusador particular). Por tanto, el Ministerio Fiscal <no monopoliza la iniciativa y el ejercicio de la acción penal; en todo caso, junto a la acción pública, se reconoce al perjudicado el ius ut procedatur>. (…) Y efectuado por el legislador el reconocimiento del derecho de la víctima del delito al ejercicio de las acciones penales y civiles que del mismo deriven, ese derecho a acceder a la

jurisdicción, personándose como acusación particular, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)".

Sin embargo, otros autores han incidido en una vertiente diferente para fundamentar el ejercicio de la acción penal por los perjudicados. Se trata del principio de protección de las víctimas, basado en el conflicto derivado de la propia comisión del hecho delictivo.

Así, MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[394] señalan que "con frecuencia se sostiene, en un alarde dogmático que pretende encerrar al derecho y al proceso penal en sí mismos, que el respeto al principio de legalidad penal impide absolutamente considerar otras posibilidades de aplicación del sistema penal que no estén específicamente previstas en la norma, si no se quiere traicionar los cimientos del Estado de Derecho. De este modo se está olvidando que el proceso penal es la manifestación de un conflicto en el que están concernidos diferentes sujetos, y debe proporcionar una respuesta jurídica justa a ese conflicto, por lo que no se pueden orillar legítimas finalidades del sistema penal, como la reparación de la víctima, por encima incluso de la prevención general, porque el proceso penal no puede desamparar a ninguno de los que están o deben estar en él. En otro caso, partiendo de una idea de legalidad estricta, que no pudiera ceder ante ningún otro interés, a pretexto de que entonces se estaría debilitando la autoridad del derecho penal y vulnerando el principio de igualdad, en realidad se estarían traicionando finalidades esenciales que el sistema penal está llamado a cumplir"[395].

Del mismo modo, ARAQUE IZAGUIRRE[396] incide en esta especial posición que

---

[394] Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. Cit. Págs. 37 a 41.

[395] En parecidos términos se expresa de nuevo MORENO CATENA, en "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación…*". Op. cit. Págs. 79 a 82. "Con el proceso penal (…) se deben pretender dos cosas: por un lado, esclarecer los hechos, es decir, proporcionar a las partes los elementos necesarios para sustentar el juicio, para determinar finalmente si el Estado, en el caso concreto, tiene derecho a imponer un castigo al acusado; por otro lado, el proceso penal tiene que resolver el conflicto que ha surgido como consecuencia de esos hechos y debe proporcionar una respuesta jurídica justa a ese conflicto. Es verdad que con demasiada frecuencia esta segunda finalidad no se toma en consideración y, centrados en la estricta idea del cumplimiento de la ley penal, se olvida que en el proceso, junto al conflicto entre la sociedad afectada por el delito y el responsable de los hechos, que efectivamente otorga a la persecución penal una consideración pública, hay otro conflicto, el que se entabla entre la víctima (el ofendido o el perjudicado) y el autor del daño. (…)

[396] Araque Izaguirre, Tania. "*Acusación particular y protección de intereses de grupo en el proceso penal*". Revista Diario La Ley. nº 6621. 3 de enero de 2007.

puede y debe tener la víctima del hecho delictivo, cuando señala que "para que la víctima del delito alcance el status de parte procesal activa es necesaria su personación en el proceso penal correspondiente desde alguna de las figuras acusadoras reconocidas procesalmente; lo que, en cuanto a los delitos perseguibles de oficio se refiere, entraña que el ofendido se haga presente en el juicio en la posición de acusador particular; para que, en tal calidad, se le considere una parte activa del proceso. De modo que, ante la ausencia de personación, y también incluso en estos excepcionales casos de atribución de algunos derechos en el proceso, la víctima se cuenta de alguna forma como un <apéndice>, y paradójicamente como una figura <extraña> que, pese a ser, por un lado, un protagonista del ilícito penal en su vertiente material, por otro lado no tiene un lugar preciso dentro de las categorías de sujetos ya determinadas en la esfera procesal y entre las que cada uno se ha de ubicar dentro del proceso; aunque ineludiblemente, si no ha perdido la vida como consecuencia del delito, la víctima suele ser asimilada a una figura testifical; eso sí, un testigo especial por su potencial para aportar información de primera mano".

Para otros autores, sin embargo, la posibilidad de personación del ofendido o perjudicado entraña el riesgo de una cierta "privatización" del derecho penal, al margen de la sobrecarga de trabajo para la Administración de Justicia. Así lo expone RIAÑO BRUN[397] quien, no obstante, señala que el "legislador, consciente de ello, ha intentado evitar tal complicación mediante la exigencia recogida en el art. 113 LECrim, en la que se establece la necesidad de que, cuando ello sea posible, los sujetos actúen en el proceso bajo una misma dirección y representación". Sin embargo, el mismo autor señala (con cita de la STC 193/1991, de 14 de octubre) que "no podemos olvidar que, en la ponderación del interés del derecho a la defensa y asistencia de Letrado libremente elegido por el interesado y un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por reiteración de actuaciones de idéntica finalidad, debe prevalecer el derecho a la libre designación de abogado y procurador".

[397] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 58

Sea como fuere, el derecho a la acción penal por parte del perjudicado u ofendido por el hecho delictivo está ampliamente reconocido desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por más que pudiera entenderse como contrario a los fines propios del proceso penal, en el que no se ejercitan derechos subjetivos propios, sino el *ius puniendi* que corresponde al Estado. Esta contradicción es más aparente que real, por cuanto precisamente el ofendido o perjudicado no está ejerciendo un derecho propio, que no ostenta, sino un derecho o interés "legítimo" (como previene el art. 24.1 CE), legitimidad que le viene dada por el hecho de haber sido el sujeto pasivo del delito (ofendido) o haber sufrido en su esfera patrimonial los efectos nocivos derivados de su comisión (perjudicado).

La acusación particular puede ser ejercitada por una persona física o jurídica, pública o privada; y su intervención en el proceso puede ser originaria, es decir, desde el inicio del proceso a través de la presentación de una querella, o sobrevenida, mediante la personación tras el preceptivo ofrecimiento de acciones, con independencia de cómo se haya iniciado el proceso (de oficio o tras presentación de denuncia por el propio perjudicado). En todo caso, el art. 110 LECrim fija como límite preclusivo para la intervención de la acusación particular el trámite de "calificación" del delito. A juicio de GIMENO SENDRA[398], la "finalidad de este límite temporal es obvia. Siendo el trámite de calificación o de acusación el acto procesal a través del cual se ejercita la pretensión, es natural que la norma procure la intervención de las partes acusadoras con anterioridad al momento de formalización del objeto procesal". Ahora bien, la interpretación de este precepto ha sido modulada por el TC, para no causar situaciones de indefensión material. Por ello se ha exigido la notificación al perjudicado de los autos de archivo o sobreseimiento, con independencia de que se haya personado o no en la causa (STC 115/1984, de 3 de diciembre), y su consiguiente intervención en segunda instancia (STC 173/1987, de 3 de noviembre).

En cualquier caso, el carácter de derecho público subjetivo, con anclaje constitucional desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial

[398] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 254.

efectiva, pero de configuración legal, es lo que explica que, a pesar del amplio margen de actuación concedido a la acusación particular en el proceso penal, su régimen no sea equiparable al establecido para el Ministerio Fiscal. Una característica que comparte con la denominada acción o acusación popular, como ahora veremos.

4.4.- El reconocimiento de la acción popular en el ámbito del proceso penal.

La "extremada generosidad" que, a juicio de GIMENO SENDRA[399], caracteriza el régimen de legitimación activa existente en nuestro proceso penal se pone de manifiesto de manera particularmente expresiva con el reconocimiento de la denominada acción popular, figura singular y exclusiva de nuestro país, desconocida para el resto de ordenamientos jurídicos europeos.

Dispone el art. 125 CE que: "*Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales*".

Por su parte, el art. 101 LECrim señala que: "*La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley*".

De conformidad con ambos preceptos, cualquier ciudadano, haya sido o no ofendido o perjudicado por un hecho delictivo, puede ejercitar la acción penal mediante su personación en el proceso para la formulación de la pretensión que considere pertinente.

Esta institución peculiar ha generado no poca controversia entre los diversos autores, que coinciden en señalar tanto sus aspectos positivos como los problemas y riesgos que plantea, así como el hecho de que, desde el punto de vista de su

[399] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 204.

configuración jurídica, su ejercicio puede y debe ser modulado por el legislador ordinario.

Así, ASENCIO MELLADO[400] admite que "la llamada acción popular (es) una opción que, si bien podría ser suprimida (…) es compatible con el hecho evidente del reconocimiento de intereses a los ciudadanos en la condena de los autores de algún delito, así como se constituye en una medida que garantiza o limita un excesivo y peligroso poder del Estado en caso contrario (…)". Para este autor, frente a la "corriente de opinión tendente a menoscabar o reducir el ámbito de operatividad de la acción popular" esta figura se convierte en una "garantía frente a la inactividad del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que el mismo muestre pasividad ante delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con el Poder Ejecutivo"; y como "tal garantía debe ser, pues, mantenida e incluso fortalecida pues ningún beneficio cabe extraer de su supresión o minoración a salvo la posible impunidad de quienes, por el contrario, y por su función deben estar sujetos a un mayor número de controles".

Por su parte, GIMENO SENDRA también destaca este papel frente a la posible inactividad y consiguiente desconfianza en la labor desempeñada por el Ministerio Fiscal[401], cuando señala que[402] "la acción popular fue instaurada para reforzar el principio de legalidad, frente a una posible burocratización del Ministerio Fiscal en punto al ejercicio de la acción penal". Para este autor, la acción popular "puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los

---

[400] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 22, 52 y 53.

[401] La propia Exposición de Motivos de la LECrim señalaba las bondades de atribuir a los ciudadanos la facultad de "*coadyuvar activamente a (la) recta administración*" de la Justicia, pretendiendo incluso "*como el ciudadano inglés*", hacer "*inútil la institución del Ministerio Fiscal*". Aunque, como aclaraba muchos años más tarde la Exposición de Motivos del Anteproyecto de reforma de la LECrim del año 2011 "*se trató, por tanto, de invertir esta tendencia poniendo a disposición de los ciudadanos un mecanismo cívico y activo de participación en la justicia penal que les permitiera instar la persecución de las conductas que pudieran resultar más reprochables socialmente. Un mecanismo, por cierto, que no tiene parangón en los demás ordenamientos jurídicos europeos del ámbito continental, con los que el Derecho español guarda semejanza en tantos otros aspectos. De hecho, tampoco respondía el sistema introducido en 1882 a la matriz anglosajona invocada por el ministro firmante. En Inglaterra el ciudadano ejercía la acción pública en tanto que representante eventual de la Corona. Cuando ésta procedía a actuar por sí misma en el proceso, la acusación del ciudadano quedaba inmediatamente excluida. La Corona no podía estar representada por dos personas al mismo tiempo*."

[402] Gimeno Sendra, Vicente. "*Constitución y proceso*". Op. cit. Pág. 85.

cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal". Y también destaca su función como método de control social de la labor de los jueces y tribunales, ya que[403] "si es cierto que, en una democracia, tal y como señala el artículo 117.1 de la CE <la justicia emana del pueblo> y si lo que se pretende es que las decisiones de los Tribunales se impongan por su propia <auctoritas>, preciso será, hasta donde sea posible, (es decir, hasta donde lo permita la legitimación judicial que, como se ha dicho, estriba en la independencia y sumisión a la Ley de quienes haya de aplicarla) que el pueblo participe en la Administración de la Justicia".

Sin embargo, en otra obra del mismo autor se ponen de manifiesto los inconvenientes que su ejercicio ha supuesto en la práctica. Y así, admite que[404] "desgraciadamente los abusos producidos (…) en la utilización de esta institución con fines políticos, crematísticos y, en cualquier caso, espurios, obligan a los tribunales a examinar esta institución con cierto recelo (…) y debieran inducir al legislador a una reforma que, siendo respetuosa con la CE, impidiera las corruptelas que evidencia nuestra práctica forense".

Para DE LA OLIVA SANTOS[405], "que nuestra CE haya consagrado la acción popular (art. 125 CE) no significa que esa acción, que reputamos institución beneficiosa y de gran importancia, sea necesaria o esencial en el proceso penal. Los numerosos regímenes jurídicos en que el MF goza prácticamente del monopolio de la acusación demuestran que cabe prescindir, no ya de este analogado de la *actio quivis ex populo*, sino también de las víctimas del delito como partes procesales".

MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ[406] inciden en el aspecto positivo que supone la figura de la acción penal, aún admitiendo que ha sufrido "fundadas críticas", por cuanto "permite conjugar todos los intereses posibles que inciden en

---

[403] Gimeno Sendra, Vicente. "*El control de los jueces por la sociedad".* Revista del Poder Judicial. nº 48. 1997. Consejo General del Poder Judicial. 1997.
[404] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 240.
[405] De La Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 57.
[406] Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 100 a 105.

una procedimiento penal, pues da entrada a la víctima para que pueda instar la sanción de la conducta que le ha dañado, a cualquier ciudadano que pretenda intervenir acusando, en la medida en que forma parte de la sociedad agredida por el delito, y no descuida la protección de la sociedad, de modo que corresponsabiliza de alguna medida a todos los componentes de la sociedad y al propio tiempo sirve de control a la actuación del Estado".

De la misma manera, GOMEZ COLOMER[407] pone de manifiesto las ventajas e inconvenientes de la acción popular, destacando que "no existen grandes dificultades de interpretación respecto al tema del fundamento de la acción popular, pues se admite por la generalidad de la doctrina española que significando el delito como mínimo una puesta en peligro de los bienes sociales tutelados por el Estado, especialmente del orden social (y en la mayoría de las ocasiones una lesión auténtica), cualquiera de los miembros de esa sociedad puede pedir al órgano competente que haga lo necesario para restablecer el orden puesto en peligro o lesionado, la paz social en definitiva". A juicio de este autor, "la acción popular representa potencialmente dos desventajas que pueden llegar a ser importantes. Una de ellas (…) hace referencia a su influencia en la sobrecarga de la Administración de justicia penal. La otra es, sin duda, el favorecimiento de intereses extraños a los propios del proceso penal que genera. (…) Pero al lado de estas dos desventajas, que el español no ofendido por el delito pueda querellarse implica o lleva consigo una gran ventaja técnica y una importante ventaja práctica, entre otros argumentos en pro, que también se pueden extender lógicamente al ofendido por el delito. Desde el punto de vista práctico, el acusador popular está en condiciones de controlar el ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal. Dicho con otras palabras, elimina los peligros que en cuanto al ejercicio de la acción penal puede significar el monopolio de la misma por parte de un órgano público, aunque la verdad es que ese monopolio nunca se conoce sin excepciones por los Ordenamientos jurídicos. (…) En cuanto a la razón técnica, contribuye (o puede contribuir) a una mejor delimitación del objeto del proceso penal, especialmente en lo relativo al

[407] Gómez Colomer, Juan Luis. "*Acción particular, acción popular y sobrecarga de la administración de justicia penal*". Revista del Poder Judicial. nº 8. 1987. Consejo General del Poder Judicial. 1987.

esclarecimiento del difícil problema de la identificación de la acción penal".

Una posición que puede entenderse como contraria a la figura de la acusación popular la encontramos en LOPEZ BARJA DE QUIROGA[408]. Para este autor, la regulación vigente en esta materia incurre en una notable incoherencia derivada de la desconexión temporal entre la LECrim y la CE. En efecto, el art. 125 CE remite a la ley para determinar la amplitud y la forma del ejercicio de la acción popular. Sin embargo, los arts. 101 y 270 LECrim son anteriores a la propia CE, admitiendo la acusación popular en todo tipo de supuestos, lo que, según este autor, es contrario al espíritu constitucional. "Esto quiere decir que para dar carta de naturaleza a la institución de la acción popular es preciso que el legislador la regule y hasta entonces habría que considerar las dos disposiciones de la LECrim (arts. 101 y 270) como inexistentes. Esto no significa que entre tanto se produzca un vacío preocupante, pues, basta con darse cuenta que en ningún país con ordenamientos jurídicos asimilables al nuestro existe la acción popular. No existe en Alemania, ni en Austria, ni en Italia, ni en Francia, etc; tampoco en EEUU".

No es esa, desde luego, la posición del TC quien, en su STC 67/2011 de 16 de mayo, señaló (FJ 2º) que: "*Este Tribunal tiene declarado que "entre los derechos e intereses legítimos para los que se tiene el derecho a recabar la tutela judicial efectiva, figura el derecho a ejercitar la acción pública consagrado en el art. 125 CE (SSTC 62/1983, 147/1985 y 40/1994).* (…) *Ahora bien, también hemos declarado que ni el art. 125 CE ni el art. 24.1 CE imponen el establecimiento de la acción popular en todo tipo de procesos (SSTC 64/1999, de 26 de abril, FJ 5; 81/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), sino que ésta es una decisión que corresponde al legislador, de modo que si la ley establece la acción popular en un determinado proceso, como la Ley de enjuiciamiento criminal hace para el proceso penal, la interpretación restrictiva que los órganos judiciales realicen sobre las condiciones de su ejercicio resultará lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión si no respeta el principio pro actione que rige en el ámbito del derecho de acceso a la jurisdicción "para resolver, precisamente, los*

[408] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 691 y 692.

problemas del enjuiciamiento que puedan recibir las normas obstaculizadoras o impeditivas del acceso a la jurisdicción" (por todas STC 280/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

Para LOPEZ BARJA DE QUIROGA[409], además, son rechazables las "argumentaciones que parten de afirmar que la acción popular es la base o se encuentra en la base de un régimen democrático. Al contrario, la acción popular supone que todo el mundo vigile a todo el mundo, que cualquiera considere que puede perseguir a cualquiera. La acusación popular y la denuncia anónima son dos posibilidades que, unidas, son fundamentales para un buen sistema inquisitorial; y si a ello se une un premio por la delación la situación no puede ser más inquietante". Pero al margen de esta severa crítica a esta figura, este autor considera que "la cuestión es (…) completamente distinta cuando quien ejercita la acción penal es el perjudicado por el delito (…) (porque) la fundamentación es distinta".

Precisamente, las diferencias entre la acusación particular y la popular son descritas de forma nítida por MUERZA ESPARZA[410], quien las concreta de la siguiente manera: El ejercicio de la acusación particular no requiere la prestación de fianza (art. 270 LECrim, *sensu contrario*) y permite la asistencia de un abogado de oficio ya que su fundamentación deriva directamente del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); mientras que la acusación popular exige fianza y no permite la asistencia de un abogado de oficio, puesto que su fundamento deriva de lo dispuesto en el art. 125 CE, siéndole de aplicación, además, las limitaciones recogidas en los arts. 102 y 103 LECrim[411].

---

[409] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 692
[410] Muerza Esparza, Julio. En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 153
[411] Art. 102 LECrim: "*Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, no podrán ejercitar la acción penal:*
1º El que no goce de la plenitud de los derechos civiles.
2º El que hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querella calumniosas.
3º El Juez o Magistrado.
Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.
Los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal.
Artículo 103: "*Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:*

Estas diferencias, a su vez, deben ser puestas en relación con la diferente posición procesal del Ministerio Fiscal en el marco del proceso penal.

En efecto, al tratarse de derechos públicos subjetivos de configuración legal, el ejercicio de las acciones particular y popular puede ser objeto de regulación por el legislador ordinario en términos diferentes a los de la acusación pública ejercida por el Ministerio Fiscal, debido a la distinta naturaleza y fundamento de su intervención.

En la regulación vigente, estas diferencias se manifiestan, entre otros extremos, en las denominadas diligencias complementarias (art. 780.2 LECrim[412]) y en la apertura de juicio oral (art. 782 LECrim[413]). Ambos supuestos han contado con respaldo jurisprudencial.

Efectivamente, la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 8º) admite la constitucionalidad de las diligencias complementarias, destacando su carácter excepcional, la finalidad de permitir el cumplimiento de las funciones constitucionalmente reconocidas al Ministerio Fiscal y la necesaria garantía de

---

1º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.
2º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros".

[412] Art. 780.2 LECrim: "*Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado.*
El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas".

[413] Art. 782 LECrim: "1. *Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.*
Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.
2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:
a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.
b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días".

contradicción de la defensa del imputado mediante la notificación de la resolución judicial por la que se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado. En el mismo sentido se había pronunciado la Circular de la Fiscalía General del Estado nº 1/1989, de 8 de marzo, so*bre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*, afirmando que la igualdad de armas se refiere a la relación entre acusación y defensa, pero no entre la representación pública, regida por los principios de legalidad e imparcialidad, y las acusaciones particulares, movidas por un interés parcial y ajenas al interés público.

Por otro lado, es conocida la polémica surgida como consecuencia de la doctrina sentada por las SSTS 1045/2007, de 17 de diciembre (Caso "Botín") y 54/2008, de 8 de abril (Caso "Atutxa"). En la primera de ellas, se fijó el criterio de que la expresión "acusador particular" recogida en el art. 782.1 LECrim debía entenderse referida exclusivamente al ofendido o perjudicado, de manera que la petición de sobreseimiento del Ministerio Fiscal y de la acusación particular debía provocar la imposibilidad de apertura del juicio oral, con independencia de la postura adoptada por la acusación popular. La segunda sentencia complementa la anterior, en el sentido de admitir la posible apertura de juicio oral por la sola petición de la acusación popular, en el caso de delitos que afecten a bienes de titularidad colectiva, de naturaleza difusa o de carácter metaindividual[414].

En definitiva, y sea como fuere, el ejercicio de las acciones particular y popular es, como cualquier otra acción penal, un derecho público subjetivo de configuración legal. Esto significa que las condiciones de ejercicio pueden venir moduladas por la ley. En el caso de la acción popular, ello se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 125 CE, con la expresión "*en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine*". Es decir, que no es necesario un reconocimiento pleno para todo tipo de delitos o en todo tipo de procedimientos, ya que una

[414] Dos comentarios discrepantes sobre estas sentencias pueden verse en:
-Gimeno Sendra, Vicente. "*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos Botín y Atutxa*". Revista Diario La Ley. nº 6970. 18 de junio de 2008.
-Ortego Pérez, Francisco. "*Restricciones jurisprudenciales al ejercicio de la acción popular (un apunte crítico a la controvertida "doctrina Botín"*). Revista Diario La Ley. nº 6912. 27 de marzo de 2008.

interpretación literal y sistemática de este precepto permite afirmar que estos condicionantes no son predicables únicamente de la institución del Jurado, sino también de la acción popular[415].

La cuestión puede ser diferente en el caso de la acción particular, por cuanto ésta ha de ser reconocida, al menos, en todos aquellos supuestos en los que existe una persona ofendida o perjudicada por el hecho delictivo, al considerarse que tiene un "interés legítimo" en su persecución que le habilita para el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por lo tanto, el derecho de acción penal, como derecho de configuración legal, no tendría por qué suponer necesariamente la intervención plena y directa de las acusaciones particular o popular en todo tipo de actuaciones durante todas las fases del procedimiento y en cualquier clase de investigaciones. En primer lugar, porque cabría la posibilidad de limitar el ejercicio de la acción popular para determinados tipos delictivos (por ejemplo, aquellos en los que pueda entenderse que existe un bien jurídico protegido de carácter público o colectivo). En segundo lugar, porque el ejercicio de la acción particular sólo podría venir justificada por la existencia de un concreto perjudicado u ofendido por la infracción penal. Y sobre todo, en tercer lugar, porque –siempre que se respete el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en los términos ya expuestos anteriormente- la CE no exige que el ejercicio de este tipo de acciones venga configurado en absoluta igualdad de condiciones que el Ministerio Fiscal. Sobre todo ello se insistirá en el Capítulo IV.

[415] Sobre el ejercicio de la acción popular y su posible reforma, ver también OROMI VALL-LLONERA, SUSANA. "*El ejercicio de la acción popular: pautas para una futura regulación legal*": Ed. Marcial Pons. Madrid. 2003.

CAPITULO III.- EL ACTUAL MODELO DE INSTRUCCIÓN PENAL: ALGUNAS DEFICIENCIAS Y PROYECTOS ALTERNATIVOS DE REFORMA.

El estudio de los principios generales que caracterizan la instrucción penal permite afrontar en este Capítulo el análisis de algunos de los elementos que se pueden considerar como estructurales, ya que determinan la configuración de todo el modelo del proceso penal español. De entre ellos, el elemento más relevante es la actual regulación de la figura del Juez de Instrucción, que debe ser valorada desde la perspectiva de la progresiva profundización en las garantías procesales derivadas de la protección de los derechos fundamentales, pero también desde la eficacia en la persecución de las infracciones penales. En ambos aspectos, se expondrán algunas de las deficiencias que se observan en el diseño vigente, que han generado la opinión extendida sobre la necesidad de conformar un nuevo modelo de proceso. En tal sentido, en los últimos años se han elaborado sendos proyectos de reforma sustancial del sistema actualmente vigente, que serán igualmente objeto de análisis, precisamente en cuanto pretenden superar algunas de las deficiencias expuestas.

1.- Sobre la necesidad de una reforma del proceso penal.

Pudiera considerarse como un tópico recurrente entre los profesionales del Derecho la necesidad de abordar una reforma integral del proceso penal en nuestro país. Varias son las causas que se argumentan para ello. Así, la existencia de varios tipos de procedimientos ordinarios y especiales que no responden a criterios o principios homogéneos[416]; la todavía deficiente regulación de la figura del imputado[417]; la necesidad de modular la intervención de las acusaciones, y particularmente, de la popular[418]; la prácticamente inexistente regulación de

[416]Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Págs. 335 y 336.
[417] Asencio Mellado, José María. "*El imputado en el proceso penal español*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 29. 1993. Consejo General del Poder Judicial. 1993.
[418] Gimeno Sendra, Vicente. "*La acusación popular*". Revista del Poder Jugicial. Nº 31. 1993. Consejo General del Poder Judicial. 1993.

algunos medios de investigación como los relacionados con las nuevas tecnologías y las intervenciones corporales[419]; la ausencia de un verdadero "juicio de acusación"[420]; la reiteración de recursos contra resoluciones interlocutorias que contrasta con la paradoja de la deficiente regulación de la segunda instancia[421]; la necesidad de clarificar el tratamiento de la prueba ilícita en la fase de instrucción[422]; o la insuficiencia del recurso de casación para unificar doctrina en todos los tipos penales[423].

Lógicamente, como en toda obra humana, el análisis de la vigente regulación del proceso penal debe hacerse de manera equilibrada, resaltando no sólo los aspectos necesitados de una reforma, sino también aquéllos que puedan ser considerados como positivos, sobre todo desde la perspectiva histórica. Como señaló en su día PEDRAZ PENALVA[424], a pesar de encontrarnos ante un ordenamiento jurídico que (en su conjunto) es el más "complejo, caótico, denso, totalizante, asistemático, contradictorio, protector y deshumanizante de todos los tiempos (…)", no puede desconocerse que, al mismo tiempo, ha sido también "el ordenamiento jurídico que ha constitucionalizado las libertades individuales, institucionalizando pues niveles democráticos y jurídicos mínimos verdaderos", superando así los catálogos de derechos y libertades fundamentales que tradicionalmente habían tenido un valor meramente programático.

---

[419] Marchena Gómez, Manuel. "*Proceso penal y nuevas tecnologías: las razones de una inaplazable reforma*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". VVAA. (Coord: Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo). Ed. Colex. Madrid. 2015. Págs. 567 y 568.

[420] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En "Hacia un nuevo proceso penal". VVAA. Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. Madrid. 2005

[421] Ver, en tal sentido, las monografías de Pérez Martell, Rosa: "*Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*". Ed. Marcial Pons. Madrid. 2001; y de Gómez de Liaño Polo, J. Carlos. "*Los recursos en la instrucción penal*". Ed. Forum. Oviedo. 1997.

[422] Esta polémica tuvo su reflejo, entre otras manifestaciones, en una serie de artículos publicados en el Diario La Ley. En concreto, los siguientes:

-Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Revista Diario La Ley. nº 7990. 26 de diciembre de 2012.

-Asencio Mellado, José María. "*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*". Revista Diario La Ley. nº 8009. 25 de enero de 2013.

-Gimeno Sendra, Vicente "*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)".* Revista Diario La Ley. nº 8021. 12 de febrero de 2013.

-Asencio Mellado, José María. "*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*". Revista Diario La Ley. nº 8026. 19 de febrero de 2013.

-Gimeno Sendra, Vicente. "*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio)".* Revista Diario La Ley. nº 8027. 20 de febrero de 2013.

[423] Magro Servet, Vicente. "*La unificación de criterios: una anhelada aspiración*". Revista Diario La Ley. Nº 6458. 7 de abril de 2006.

[424] Pedraz Penalva, Ernesto. "*Constitución, Jurisdicción y proceso*". Op. cit. Págs. 245 y 246.

Ello no puede obviar, sin embargo, el hecho de que la reforma del proceso penal haya sido objeto de preocupación desde diversos sectores doctrinales[425]. Algunos de estos debates se han sistematizado en trabajos colectivos que han contado con la difusión de las mismas instituciones que, paradójicamente, tienen el encargo constitucional y legal de contribuir a superar las deficiencias observadas. Un ejemplo de ello fueron las jornadas celebradas con motivo del I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León que, bajo el título "Crisis de la Justicia y reformas procesales", fue publicado por el Ministerio de Justicia en el año 1988[426]. En esta obra colectiva se analizan algunos de los problemas que, entonces como ahora, eran objeto de controversia doctrinal.

Así, MORENO CATENA[427] se centraba en la vertiente de la organización judicial, mientras que GIMENO SENDRA[428] ponía el énfasis en la necesidad de garantizar de una manera más efectiva el derecho de defensa. Por su parte, VAZQUEZ SOTELO[429] incidía en los aspectos presupuestarios y humanos (vinculados con la

---

[425] Ver, en tal sentido, entre otros muchos trabajos:
-Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Angel José. "*La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2008.
-Asencio Mellado, José María y Fuentes Soriano, Olga (Coord.). "*Nuevos retos de la Justicia Penal*". Ed. La Ley. Madrid. 2008.
-Burgos Ladrón de Guevara, Juan. "*La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio*". Revista Diario La Ley. nº 7548. 17 de enero de 2011.
-Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
-De La Oliva Santos, Andrés. "*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona. 1988.
-Gimeno Sendra, Vicente. "*Hacia un nuevo modelo de proceso penal*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008.
-Gómez Colomer, Juan Luis. "*Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. I-2002. Ministerio de Justicia. Madrid. 2002.
-Lorca Navarrete, Antonio María. "*Algunas propuestas para una necesaria reforma de la LECr*". Revista Diario La Ley. nº 6057. 8 de julio de 2004.
-Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit.
-Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*" Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.

[426] "*Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA (Coord: Nicolás González-Cuéllar Serrano). I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988

[427] Moreno Catena, Víctor. *"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988. Págs. 81 a 97.

[428] Gimeno Sendra, Vicente. *"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988. Págs. 249 a 265.

[429] Vázquez Sotelo, José Luis. *"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988. Págs. 335 a 399.

formación); y RUIZ VADILLO[430] hacía referencia a la íntima relación existente entre el proceso penal y el derecho penal sustantivo, así como a las deficiencias del sistema de recursos y, particularmente, de la apelación y la casación penales.

Como se verá, eran muy variados los autores que, procedentes de diferentes ámbitos, coincidían en advertir algunas de las deficiencias más significativas de la regulación del proceso penal en nuestro país.

Pero además, en ese trabajo ya se recogían algunos datos estadísticos[431] que ponían de manifiesto la ineficiencia del modelo. Una reflexión que, a tenor de las cifras ya reseñadas en el Capítulo II, sigue hoy vigente.

Ahora bien, la necesaria valoración de los parámetros numéricos del sistema de Justicia penal en nuestro país no puede reducir su análisis a criterios meramente cuantitativos. En este punto parece necesario coincidir con PEDRAZ PENALVA[432] cuando señala que "hay un grave riesgo en que la búsqueda de la simplicidad y eficacia procesales connote un sacrificio de las garantías fundamentales del proceso y que, queriendo que el sistema jurídico llegue a ser menos opresivo y que los procesos sean menos costosos económicamente, se ponga en peligro <la esencia misma de los valores del proceso tradicional>". Para este autor[433], la Justicia en general, y desde luego la penal, no puede ser concebida sólo como un (mero) "servicio público". En tal sentido, "el cumplimiento por el Estado de su deber de administrar Justicia" (el ejercicio del "*ius puniendi*", en el caso del proceso penal) "no es discrecional. (…) La discrecionalidad de la Administración se extiende al reconocimiento de su plena potestad para modificar o suprimir (un) servicio público (…); esto no es factible respecto de la Jurisdicción" conforme a lo dispuesto en diversos preceptos de la CE (arts. 24 o 117 y ss, entre otros).

---

[430] Ruiz Vadillo, Enrique. *"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988. Págs. 318 a 333.
[431] González-Cuéllar García, Antonio. "*Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". Op. cit. Págs. 271 a 278.
[432] Pedraz Penalva, Enrique. "*Constitución, jurisdicción y proceso*". Op. cit. Pág. 273.
[433] Pedraz Penalva, Enrique. "*Constitución, jurisdicción y proceso*". Op. cit. Págs. 263 y 264.

No obstante lo anterior, también se coincide con VIVES ANTON cuando pone de manifiesto la falsa apariencia de contraposición entre la eficacia y las garantías. Para este autor[434] "eficacia y garantías *se oponen* desde ciertas perspectivas. Esa oposición no debe minimizarse aunque, en el fondo, es menor de lo que a primera vista pudiera parecer y no excluye el hecho innegable de que, como se pone de manifiesto especialmente en la temática de la duración del proce*so, la eficacia es, a su vez, una garantía.* El aspecto de garantía de la eficacia se revela aún más claramente si se considera que la Constitución confiere el derecho a la tutela judicial *efectiva* (art. 24.1): que la efectividad de la tutela depende de la eficacia del proceso es algo que, por tautológico, no precisa demostración alguna"[435].

Pues bien, como ya se expuso en el Capítulo II, algunas de las deficiencias observadas en el proceso penal vigente en nuestro país no pueden entenderse al margen de los principios estructurales del propio sistema, sino más bien como una mera consecuencia de los mismos. Así, el principio de oficialidad determina la obligación de incoar un proceso penal respecto de cualquier hecho que revista una indiciaria apariencia delictiva, lo que a su vez genera una burocratización del proceso penal manifiestamente injustificada, ya que provoca un número significativo de procedimientos duplicados y/o de innecesaria tramitación[436]. A ello se une que los procesos que superan este primer filtro muestran una exhaustividad impropia de la naturaleza y finalidad de la instrucción[437], situación que viene propiciada por una excesiva relevancia del valor de lo actuado en esta fase, que determina el

---

[434] Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

[435] En esta línea se pronuncia Lorca Navarrete, Antonio María. "*Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor*". Revista Diario La Ley. nº 7158. 21 de abril de 2009. Para este autor, "en el mundo del Derecho procesal penal hay que conciliar el máximo posible de respeto a las garantías individuales con la indiscutible necesidad de otorgar y garantizar un espacio razonable para que la persecución penal se desarrolle con eficiencia y para que la víctima pueda ejercer plenamente los derechos que se le otorgan".

[436] Como señala VIVES ANTON, "un proceso -y un proceso básicamente escrito- requiere toda una serie de formalidades que dificultan y retrasan los progresos de la investigación y es susceptible de ser paralizado o retardado en muy diversos modos. Pero es que, además, toda sospecha de criminalidad da lugar, en cuanto inicia el curso de la investigación, a la apertura inmediata de un proceso penal, con los trámites consiguientes. La tarea de los órganos judiciales se multiplica". Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

[437] Así se expresa Damián Moreno, Juan; en *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Revista Diario La Ley. nº 7032. 13 de octubre de 2008. "Por lo general animados por un comprensible afán de exhaustividad, los jueces de instrucción llegan muchas veces a convertir al sumario en una sucesión interminable de diligencias, de forma que, inadvertidamente, la fase investigación acaba siendo un estorbo burocrático que lo único que consigue es prolongar el sufrimiento de las víctimas y menoscabar las garantías procesales de quienes, como imputados, se ven obligados a comparecer ante los tribunales".

agotamiento y/o reiteración de diligencias de investigación que, en muchos casos, no son necesarias para valorar si procede o no la apertura de juicio oral que, en definitiva, es el objetivo intrínseco de la instrucción. Esta relevancia, a su vez, deriva del extraordinario valor probatorio conferido a las diligencias practicadas ante el Juez de Instrucción[438], por cuanto se supone que se llevan a cabo ante un órgano imparcial. Una imparcialidad que, como se verá, es más aparente que real.

2.- La crisis de la figura del Juez de Instrucción: la discutible posición de garante de los derechos fundamentales.

2.1.- La controvertida constitucionalidad del Juez de Instrucción.

Uno de los primeros aspectos que deben ser abordados cuando se analiza la figura del Juez de Instrucción es su controvertida constitucionalidad. Se trata de una cuestión que ha sido objeto de una cierta polémica en el ámbito doctrinal, pero no desde la perspectiva jurisprudencial. Así, diversos autores coinciden en discutir el acomodo de esta figura a lo establecido en la CE, por diferentes motivos.

En primer lugar se encuentran quienes consideran que las funciones del Juez de Instrucción no se corresponden con las encomendadas a la jurisdicción en el art. 117.3 CE, cuando señala que "*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos*" se lleva a cabo "*juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*".

Para RODRIGUEZ RAMOS[439] instruir no es una función jurisdiccional en el sentido expuesto en el art. 117.3 CE, por cuanto que "instruir no es juzgar, ni hacer ejecutar lo juzgado ni, en fin, proteger derechos fundamentales o inclusive no fundamentales —meramente procesales— de las personas, salvo en casos muy concretos,

[438] Ver, en tal sentido, los trabajos de Lorca Navarrete, Antonio María. "*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Op. cit.; López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I):…".* Op. cit.; y Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit. Todos ellos citados en el Capítulo anterior.

[439] Rodríguez Ramos, Luis. "*¿El Juez de Instrucción es inconstitucional*?". Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 261. Navarra. 1996.

supuestos en los que sí tendría que intervenir un órgano jurisdiccional; instruir es más bien una actividad policial investigadora, encaminada al esclarecimiento de los hechos para poder constatar *prima facie* si hay apariencia de delito y de posible autoría y de participación en el mismo, y en caso positivo, aportar las investigaciones al órgano jurisdiccional que tendrá que enjuiciar —juzgar— tales hechos y personas; si finalmente hay condena, el mismo órgano deberá hacer ejecutar lo juzgado".

De la misma idea participa VIVES ANTON[440], para quien "la investigación, como tal, no es ejercicio de la jurisdicción. El que investiga no juzga, sino que más bien <prejuzga>". O dicho con las concisas palabras de DE MENDIZABAL ALLENDE[441], el Poder Judicial tiene a su cargo, con carácter exclusivo y excluyente, juzgar y ejecutar lo juzgado, "nada menos pero nada más".

En el mismo sentido se pronuncian algunos de los autores que, no obstante, defienden el mantenimiento de esta figura sin eludir la dificultad de encajarla en las coordenadas constitucionales. Así, GOMEZ COLOMER[442], cuando señala que la atribución de la fase de investigación al Juez de Instrucción se "podría entender que es consecuencia de los arts. 117.3 y 24.1 CE, pero este fundamento constitucional no es absolutamente claro, pues lo constitucionalmente ordenado es que el proceso y la sentencia, es decir, donde se ejerce la función jurisdiccional realmente, donde se juzga, sea realizado y dictada por un Juez (…). De la Constitución no se desprende literalmente que sea el Juez (otro Juez naturalmente) quien deba realizar la instrucción, de modo que no se impide que la preparación del juicio oral se confíe a órgano distinto del judicial (…)". En otra obra del mismo autor[443] se señala que el art. 117.3 CE, "al definir la función jurisdiccional, según la terminología clásica española, como <juzgar y hacer ejecutar lo juzgado>,

---

[440] Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.
[441] De Mendizábal Allende, Rafael. "*La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. IV-1999. Ministerio de Justicia. Madrid. 1999. Pág. 62.
[442] Gómez Colomer, Juan Luis, y otros. "*Derecho Jurisdiccional (III)*". Op. cit. Pág. 124.
[443] Gómez Colomer, Juan Luis. "*Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia*". Op. cit. Pág. 132.

atribuyéndola en exclusiva a los órganos jurisdiccionales, lo que está pidiendo en realidad al legislador ordinario es que, en sentido estricto, la decisión de condenar o absolver a un acusado, con todos los actos que la fundamentan (prueba), la tome un juez, pero no impide que para llegar a la decisión de si se puede abrir el juicio oral contra una persona se acuda a personas y normas no sometidas al Derecho Jurisdiccional (…)".

En segundo lugar, otros autores discuten la constitucionalidad de esta figura desde el plano de la imputación. Así, LORCA NAVARRETE[444] destaca que "el juez de instrucción no puede realizar otras imputaciones que las que las partes hayan procedido a imputar por ser, ese modo de actuar, una característica esencial del principio acusatorio que también ha de ser respetado en la mismísima instrucción. Pensarlo de otro modo sería ir en contra del texto constitucional y violentar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)".

En el mismo sentido se pronuncia MORENO CATENA[445], para quien el Juez de Instrucción no realiza una función estrictamente judicial. Para este autor, "el mismo juez, es decir, la misma persona, que está comprometido con el éxito de su papel de investigador y que tiene que lograr el total esclarecimiento de los hechos, debe desempeñar, al propio tiempo, un papel que sólo puede hacer un órgano que sea, no sólo independiente, sino también imparcial. Y el juez de instrucción no es imparcial". El Juez de Instrucción "no enjuicia los hechos con efectos de cosa juzgada ni interviene exclusivamente en garantías de derechos, sino en aras de culminar una investigación llamada a ser utilizada por otros. Por lo tanto, todas estas funciones de investigador no hacen al Juez, que es independiente, imparcial". Este defecto estructural del sistema se pone de manifiesto de manera evidente cuando es el juez quien debe formular una imputación, que es un "cometido completamente ajeno a la función judicial", ya que "formular una imputación implica tomar partido por una concreta idea de responsabilidad criminal de un sujeto sin

[444] Lorca Navarrete, Antonio María. "*La inconstitucionalidad de la instrucción sumarial penal".* Revista Diario La Ley. nº 7831. 3 de abril de 2012

[445] Moreno Catena, Víctor. "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Editorial La Ley. Madrid. 2008. Págs. 203 a 207.

que haya precedido un juicio contradictorio, sino unas actuaciones de investigación llevadas a cabo por el juez ante sí mismo"[446].

Pero, como antes se mencionó, la doctrina del TC sobre esta materia no ofrece duda alguna sobre la constitucionalidad de la figura, aunque lo hace de una manera tan abierta y genérica que, a la postre, provoca la existencia del propio debate. Como muestra de ello se encuentra la STC 41/1998, de 24 de febrero (FJ 14º), cuando destaca lo siguiente:

"*El art. 24 de la Constitución no impone un único sistema para la persecución de los delitos, y para evitar la apertura de juicios orales por acusaciones sin fundamento. El modelo del Juez de instrucción pasivo, que se limita a acordar las diligencias que proponen los acusadores o, en su caso, las defensas, que propugna la demanda del actor, podría perfectamente ser uno de ellos. Como también podría serlo el del Juez de garantías, que no lleva a cabo ninguna investigación, limitándose a decidir sobre medidas cautelares y a controlar las diligencias que interfieren derechos y libertades fundamentales. Mas también se ajusta a la Constitución el modelo vigente, en el cual es el Juez quien dirige la investigación criminal, que no ha sido modificado ni por la Constitución ni por la Ley Orgánica 7/1988 (STC 32/1994, fundamento jurídico 3º). La opción entre estos, u otros, modelos de justicia penal corresponde al Legislador, que puede configurar el sistema que resulte más conveniente para la satisfacción de los intereses públicos, siempre que respete los derechos fundamentales de las personas afectadas*".

Y precisamente este último inciso del razonamiento es el que debe ser objeto de especial atención. En tal sentido, la doctrina constitucional expuesta no ofrece una respuesta satisfactoria, ya que no profundiza en la verdadera dimensión del problema. No se trata solo de una mera opción sobre el diseño de un modelo. Se trata de valorar si el concreto modelo por el que se opte permite garantizar de manera real y efectiva los derechos fundamentales de las personas afectadas. Es

[446] Ver, en el mismo sentido, Moreno Catena, Víctor. "*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. 2005. Págs. 70 a 75.

decir, la cuestión a determinar es si el ámbito funcional del Juez de Instrucción le coloca objetivamente en la posición de garante de los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación del hecho delictivo, y singularmente, del imputado. En esta línea, a mi juicio, la objeción más relevante que, desde el plano de las garantías procesales, se puede hacer a la constitucionalidad de la figura del Juez de Instrucción está directamente relacionada con la ausencia de imparcialidad objetiva, como se expondrá en los apartados siguientes.

2.2.- El Juez legal y el Juez imparcial.

Como señala DE DIEGO DÍEZ[447], siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT[448], el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, también conocido como "Juez legal", es un "derecho público, subjetivo y constitucional, de carácter fundamental y, en buena medida, de configuración legal, que asiste a todos los sujetos que han adquirido la condición de parte en cualesquiera procesos jurisdiccionales y cuyo contenido esencial radica en preservar la vigencia y efectividad del principio de legalidad en la creación, constitución, competencia y composición de los órganos judiciales con el fin de asegurar su plena independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional".

En esta definición se recogen los elementos que configuran el contenido esencial de este derecho fundamental reconocido expresamente en el primer inciso del art. 24.2 CE. En tal sentido, como expone MONTAÑÉS PARDO[449], el derecho al juez legal implica que el órgano judicial ha de estar creado e investido de jurisdicción y competencia con carácter previo al hecho u objeto del juicio, de manera que la predeterminación por ley ha de abarcar la titularidad y composición del órgano judicial, cuyo régimen orgánico y procesal no puede ser considerado como especial o excepcional.

---

[447] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Ed. Tecnos. Madrid. 1998. Pág 27.
[448] Garberí Llobregat, José. "*El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*". Jurisdicción y competencia penal. Colección Cuadernos del Poder Judicial. CGPJ. Madrid. 1996. T VI. Pág. 16
[449] Montañés Pardo, Miguel Angel. "*El derecho al juez imparcial en el proceso penal*". Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Número I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995. Págs. 343 y 344.

Del mismo modo, DE OTTO[450] señala que "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 CE) y la prohibición de los Tribunales de excepción (art. 117.6 CE)" (son) "concreciones a su vez del mandato del art. 117.3 CE en cuanto éste establece que los Juzgados y Tribunales a los que corresponde el ejercicio de la potestad jurisdiccional en exclusiva serán los <determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan>. (…) El derecho al juez predeterminado por la ley implica: a) la predeterminación del Juzgado o Tribunal; b) la predeterminación dentro de este último del órgano jurisdiccional propiamente dicho –Sala o Sección- y c) la predeterminación del titular o titulares del órgano. (…) Tal predeterminación ha de satisfacer la exigencia de la generalidad, de modo que la atribución de competencia opere por igual para todos los casos en los que concurran las notas legalmente establecidas, eliminándose la posibilidad de discrecionalidad en la atribución de un asunto a un órgano u otro".

En definitiva, como apunta RUIZ RUIZ[451], este derecho "implica un grado tal de concreción de la estructura, composición y competencia de los órganos judiciales que evite designaciones libérrimas o arbitrarias". O bien, en expresión de DE DIEGO DIEZ[452], el grado de predeterminación del juez implica que "el supuesto normativo ha de fijar parámetros objetivos que consigan que la designación del juez dependa efectivamente de la norma preexistente y no de una ulterior opción discrecional de un órgano gubernativo o jurisdiccional."

La doctrina del TC sobre el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley ha venido reiterando sus contornos en los siguientes términos (STC 47/1983, de 26 de noviembre, en su FJ 2º):

---

[450] De Otto, Ignacio. "*Estudios sobre el Poder Judicial*". Ministerio de Justicia. Madrid. 1989. Págs. 102 a 107.
[451] Ruiz Ruiz, Gregorio. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Ed. Civitas. Madrid. 1991. Págs. 189 a 195.
[452] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Pág. 165.

"*El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la Ley, consagrado en dicho artículo, exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.*

Pero exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta -y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales-, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse.

Es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas <necesidades del servicio>-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado".

De forma parecida se pronuncia el ATC 324/1993, de 26 de octubre (FJ Unico), con cita de otras SSTC: "*La garantía del <Juez ordinario> supone entre nosotros: a) en*

primer lugar, una interdicción del <Juez excepcional> (avocaciones no determinadas por Ley, Jueces ex post facto, Jueces ad hoc...), así como también del <Juez especial> entendido, eso sí, como un Juez sito fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella -con excepción de la jurisdicción militar y con las restricciones que el art. 117.5 de la Constitución impone-, pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por Ley se centralicen ciertas competencias; b) al tiempo, dicha garantía implica una <predeterminación legal>, una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de Ley (SSTC 101/1984, fundamento jurídico 4.°, y 93/1988, fundamento jurídico 4.°), entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los Tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y c) por otro lado, la mencionada garantía supone también que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titulares del órgano, aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un Juez en concreto (SSTC 47/1983, fundamento jurídico 2.°; 23/1986, fundamento jurídico 3.°, etc...)".

De hecho, como señala DE DIEGO DIEZ[453], las cuestiones de competencia entre órganos de la misma jurisdicción común no afectan al juez legal, como tampoco las normas de reparto afectan al contenido esencial del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, ya que "el repartimiento puramente cuantitativo de la carga de trabajo entre los diferentes Juzgados y Secciones (o entre los Magistrados Ponentes dentro de cada una de éstas), efectuado una vez aplicadas las normas sobre competencia objetiva, funcional y territorial es sustancialmente distinto de la distribución de trabajo por razón de la competencia. El reparto así concebido, es decir, el practicado sin acudir a criterios sobre exclusividad de materias, permite cohonestar la existencia de una pluralidad de órganos del mismo tipo con el más

[453] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Págs. 91 a 94 y 204.

absoluto y genuino respeto a las normas legales de competencia"[454]. En el mismo sentido se pronuncia DE OTTO[455], quien considera compatible con la predeterminación legal del Juez que la asignación de los asuntos a las diversas Salas se haga mediante normas de reparto aprobadas anualmente por las Salas de Gobierno y que su composición se regule por esas mismas Salas de Gobierno mediante turnos aprobados anualmente. El motivo no es otro que el hecho de que "no es posible una absoluta predeterminación legal" debido "a la influencia de circunstancias cambiantes que difícilmente se pueden prever en una regulación legal, siempre necesariamente rígida". Incluso el TC llegó a admitir que la indeterminación de una norma en esta materia no implicaba vulneración de este derecho fundamental si la facultad discrecional establecida en la norma era ejercida sin arbitrariedad alguna (STC 47/1983, de 31 de mayo, en su FJ 5º)[456]. Y lo mismo ocurre con los Jueces de refuerzo, en comisión de servicios o de apoyo, cuya constitucionalidad ha sido reconocida en varias resoluciones del TC[457].

Por lo demás, el carácter "ordinario" del Juez legal no supone la prohibición de la existencia de Tribunales especiales, sino de Tribunales de Excepción, entendidos como *ex post facto*[458]. Como señala BURGOS LADRÓN DE GUEVARA[459], el Juez ordinario supone la "exclusión del Juez especial, pero no de la jurisdicción

---

[454] Así se ha pronunciado el TC en diversas resoluciones. Entre otras, en ATC 13/1989, de 16 de enero (FJ 2) y STC 205/1994, de 11 de julio (FJ 3). En esta última se dice lo siguiente: "*como ha venido afirmando este Tribunal, la predeterminación legal del Juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional, en este caso la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas ex lege de la misma competencia material, en relación con las cuales basta con que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad. En virtud de todo ello, no existe indicio alguno que permita sostener que, en el presente caso, se haya vulnerado el derecho del demandante al juez lega*l".

[455] De Otto, Ignacio. "*Estudios sobre el Poder Judicial*". Op. cit. Págs. 102 a 107.

[456] "*No basta, sin embargo, con que se respete el mecanismo previsto por la Ley para la designación de los titulares de los órganos colegiados. Es preciso que este mecanismo posea el grado de concreción necesario para asegurar la independencia e imparcialidad de los Tribunales que el derecho fundamental garantiza. Y en este sentido no cabe desconocer que la normativa actual, preconstitucional, no responde plenamente a dicha exigencia constitucional. Pero del grado de indeterminación existente en ella no se deriva forzosamente la lesión del derecho fundamental en cuestión, pues tal indeterminación, indebidamente contenida en las normas, puede reducirse por el que las aplica, utilizando criterios objetivos. En el presente caso, los nombramientos realizados no aparecen como irracionales o arbitrarios en función de las circunstancias que se conocen del caso y el propio recurrente no pone en duda la imparcialidad de los titulares del correspondiente órgano -a ella se refiere de forma expresa-, centrando sus alegaciones exclusivamente en la cobertura legal de los nombramientos*".

[457] Así, ATC 42/1996, de 14 de febrero (FJ 2,3 y 4) y STC 193/1996, de 26 de noviembre (FJ 5).

[458] Ruiz Ruiz, Gregorio. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Op. cit. Págs. 189 a 195.

[459] Burgos Ladrón de Guevara, Juan. "*El Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Ed. Civitas. Madrid. 1990. Págs. 129 a 131.

especial". Y como indica RUIZ RUIZ[460], el principio del Juez ordinario predeterminado por la ley se aplica a todas las jurisdicciones, incluyendo las que puedan considerarse como especiales, tales como la militar así como el Tribunal de Cuentas y el propio Tribunal Constitucional. En el mismo sentido se pronuncia DE DIEGO DIEZ[461], para quien el Juez "ordinario es compatible con los órganos especializados", entendidos éstos, según expone DE OTTO[462], como los tribunales especializados compatibles con la unidad jurisdiccional (art. 117.5 CE), es decir, "aquéllos en los que la atribución de un determinado tipo de asuntos, sustraídos así a los tribunales a los que en principio corresponderían, no se debe a razones políticas, sino a razones técnicas".

Cuestión distinta es el denominado "Juez natural"[463], es decir, no sólo el predeterminado por la ley, "sino el que, además, resulta más idóneo o adecuado para realizar el enjuiciamiento" normalmente por razón del lugar de comisión del hecho delictivo". Como señala el ATC 324/1993, de 26 de octubre (FJ Unico): "*Nuestra Constitución, según ha expuesto este Tribunal, no garantiza el derecho a un hipotético Juez natural o <Juez del lugar> como ocurre en otros ordenamientos, sino al <Juez ordinario predeterminado por la Ley>*"[464].

Pues bien, a pesar de la aparente claridad de la doctrina emanada del TC, en ocasiones se ha producido una cierta confusión entre los conceptos de Juez legal y de Juez imparcial. A ello ha podido contribuir el hecho de que hasta la STC 145/1988, de 12 de julio[465], el derecho al juez imparcial venía siendo encuadrado en el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (sirva como ejemplo la

---

[460] Ruiz Ruiz, Gregorio. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Op. cit. Págs. 189 a 195.
[461] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Págs. 91 a 94.
[462] De Otto, Ignacio. "*Estudios sobre el Poder Judicial*". Op. cit. Págs. 102 a 107.
[463] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Págs. 82 a 85
[464] Sobre la doctrina del derecho al Juez natural, ver SAAVEDRA GALLO, PABLO; con Almagro Nosete, José. "*El sistema de garantías procesales*". Op. cit. Pág. 28 y ss. También, en la misma obra, GOMEZ DEL CASTILLO GOMEZ, MANUEL. Págs. 208 y ss.
[465] Montañés Pardo, Miguel Angel ("*El derecho al juez imparcial en el proceso penal* op. cit. pág. 343) sitúa el inicio de esta nueva línea jurisprudencial en la STC 113/1987, de 3 de julio (FJ 2), que señala lo siguiente: "*La Constitución reconoce ciertamente el derecho de todos a ser juzgados por un órgano judicial imparcial, si bien, en contra de lo alegado por la recurrente, este reconocimiento ha de entenderse comprendido no tanto en el apartado 1 cuanto en el enunciado del apartado 2 del art. 24 que consagra el derecho a un proceso público «con todas las garantías», entre las que hay que incluir, sin duda, la que concierne a la imparcialidad del Juez o Tribunal sentenciador*". No obstante, esta doctrina se consolida en la ya citada STC 145/1988.

STC 47/1983, de 26 de noviembre, ya reseñada). Sin embargo, a partir de la STC 145/1988, el TC ubica sistemáticamente el derecho al Juez imparcial como integrante del derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías. Precisamente en una sentencia referida a la figura del Juez de Instrucción, el TC razona que (FJ 5º) el "*sistema de procedimiento penal regulado por la L.E.Cr., (…) en la que un Juez lleva a cabo la instrucción (…) no es (…) 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 figura 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*".

La confusión también ha podido venir determinada por el hecho de que la doctrina del Juez legal ha sido analizada desde sendas vertientes objetiva y subjetiva. Y así, siguiendo a DE DIEGO DIEZ[466], se puede distinguir entre el "Juez-órgano" (vertiente objetiva) y el "Juez-persona" (vertiente subjetiva). Para este autor, "desde esta vertiente subjetiva, el derecho al <juez legal> comprende, por un lado, la predeterminación legal del régimen de constitución de los órganos judiciales, esto es, su composición en abstracto; y, por otro lado, la predeterminación legal de los procedimientos de asignación o destino de los Jueces y Magistrados a los concretos órganos judiciales, es decir, su composición en concreto".

Esta distinción se recoge, entre otras resoluciones, en el ATC 42/1996, de 14 de febrero (FJ 2º), cuando señala que "(…) *La doctrina constitucional ha conferido el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley un contenido dual, detallando una serie de exigencias que se proyectan tanto en el plano del <Juez-órgano*

[466] De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Págs. 91 a 94 y 226.

predeterminado> como en la vertiente del <Juez-persona predeterminado>. Así, desde la primera de las señaladas perspectivas, la STC 47/1983, pudo declarar que el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la Ley <exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia, con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional> (vid., en el mismo sentido, SSTC 23/1986 y 148/1987)". (…) "*La impugnación, así, se funda en la alegación del incumplimiento, en este caso, de las exigencias inherentes al <Juez-persona predeterminado>, categoría con respecto a la cual este Tribunal ha declarado fundamentalmente:*

a) En primer lugar, que el derecho del art. 24.2 C.E. <exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por Ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta.... garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse> (STC 47/1983).

b) En segundo término, que <no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas "necesidades de servicio"-, de que los distintos miembros del Poder Judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia, en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al

Juez ordinario predeterminado> (STC 47/1983, AATC 586/1984, 138/1989, 421/1990 y 324/1993) (…)".

Y es que, en efecto, la imparcialidad judicial tiene también una doble vertiente, comúnmente conocidas como "subjetiva" y "objetiva". Lo explica bien la STC 162/1999, de 27 de septiembre (FJ 5)º, que indica lo siguiente: "*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 resumirse 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. (…) El método de apreciación de estas exigencias empleado por el TEDH (…) se caracteriza por distinguir dos perspectivas –subjetiva y objetiva-, desde las que valorar si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial*".

Esta afirmación proviene de la doctrina emanada del TEDH, que en las sentencias conocidas como "Caso Piersack" (1 de octubre de 1982) y "Caso De Cubber" (26 de octubre de 1984), interpretaron lo dispuesto en el art. 6.1 CEDH, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 10 de octubre de 1979), según el cual toda persona tiene derecho a que su causa "*sea oída (…) por un Tribunal independiente e imparcial*". Como señala el TC en la citada sentencia 162/1999, la jurisprudencia del TEDH "*constituye un obligado y valioso medio hermenéutico para configurar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales"*, por aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, que dispone: "*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*".

Las SSTEDH ya citadas, y otras posteriores como la de 22 de junio de 1999 ("Caso Langborger") y 25 de noviembre de 1993 ("Caso Holm") vienen a señalar, según la

STC 162/1999, que "*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 (…); 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*". No obstante, esta clasificación es matizada a continuación por el propio TC cuando señala que "*nuestra jurisprudencia, siguiendo un criterio de clasificación diverso 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>*".

En palabras de MONTAÑES PARDO[467], desde la vertiente subjetiva la imparcialidad consiste en la "ausencia de prejuicios o parcialidades del Juez respecto de un caso concreto"; mientras que la vertiente objetiva "se refiere a si el órgano judicial ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable y legítima" sobre su imparcialidad. Dicho en términos más reduccionistas, siguiendo a NIETO GARCIA[468], "la imparcialidad se empaña por dos tipos de sospechas: unas de índole subjetiva que afectan a las indebidas relaciones personales que median entre el juez y las partes o justiciables, y otras de índole objetiva que afectan a las relaciones entre el juez y el objeto del proceso o de su tramitación".

[467] Montañés Pardo, Miguel Angel. "*El derecho al juez imparcial en el proceso penal.* Op. cit. Pág. 345.
[468] Nieto García, Alejandro. "El desgobierno judicial". Ed. Trotta. Madrid. 2004. Pág. 150.

Sea como fuere, los conceptos de Juez legal y de Juez imparcial deben ser distinguidos, en cuanto que parten de bases diferenciadas. Como señala BURGOS LADRÓN DE GUEVARA[469] la "independencia" judicial es el "presupuesto del Juez ordinario", mientras que la imparcialidad es una "garantía del justiciable". En otras palabras, la independencia "alude a la jurisdicción como potestad y la imparcialidad a la jurisdicción como función".

Es decir, el Juez imparcial también está predeterminado por la ley, pero su encaje constitucional se residencia en el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, debiendo estar investido de un régimen jurídico que, subjetiva y objetivamente, le coloque funcionalmente en una posición frente a las partes que le permita la adecuada protección de los derechos fundamentales de las mismas.

Trasladando estos principios generales al proceso penal, la doctrina sentada por el TEDH, y seguida por el TC, se ha reducido tradicionalmente a la máxima de que "quien instruye no puede fallar". De hecho, la STC 145/1988, de 12 de julio (FJ 5º) declaró 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*". Acogiendo expresamente la doctrina sentada por el TEDH en la sentencia del Caso De Cubber, el TC señalaba que "*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*".

Sin embargo, a nuestro juicio, una visión verdaderamente garantista del proceso penal no puede reducirse a esta regla. La imparcialidad del Juez de Instrucción debe ser garantizada precisamente durante una de las fases relevantes del

[469] Burgos Ladrón de Guevara, Juan. "*El Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Op. cit. Págs. 129 a 131.

proceso, como es la instrucción, ya que durante la misma se pueden adoptar decisiones que afectan a derechos fundamentales, de forma que la verdadera imparcialidad del Juez de Instrucción, también en esta fase, se convierte así en una exigencia irrenunciable.

La cuestión, entonces, es analizar si la actual configuración de la competencia funcional del Juez de Instrucción le coloca objetiva y subjetivamente en esa posición verdaderamente imparcial.

2.3.- La pretendida imparcialidad del Juez de Instrucción.

El estudio de la figura del Juez de Instrucción en el marco del proceso penal ha sido objeto de tratamiento exhaustivo por parte de la doctrina. Y en el plano concreto de su dimensión funcional, su configuración como órgano verdaderamente imparcialidad no ha estado exenta de una notable polémica.

En esta controversia se puede distinguir entre los autores que defienden la imparcialidad del Juez de Instrucción y los que la descartan. Y en no pocas ocasiones, las posiciones de unos y de otros han de ser puestas en relación con las posibles ineficiencias del modelo vigente, o de las alternativas planteadas. De esta forma, algunos de los autores que se posicionan a favor del mantenimiento del régimen actual, en realidad lo hacen porque no encuentran avances significativos con un hipotético cambio de sistema, mientras que los que apuestan por un modelo alternativo toman como base el funcionamiento deficiente del proceso, en el que la figura del Juez de Instrucción es sólo una de las aristas del problema.

2.3.1.- Posiciones favorables al mantenimiento de la configuración actual del Juez de Instrucción.

Entre los autores que se han manifestado a favor del mantenimiento del Juez de Instrucción, en su actual configuración, se encuentra MONTERO AROCA[470], quien ha matizado el concepto de imparcialidad del Juez de Instrucción, relacionándolo con el sometimiento al principio de legalidad y al interés o desinterés objetivo o subjetivo, contraponiendo las diferencias entre quienes ejercen la jurisdicción y quienes actúan en el ámbito de las administraciones públicas. En tal sentido, se pone de relieve que "cuando el artículo 103 (de la CE) dice que la Administración Pública actúa <con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho> está diciendo algo muy distinto que lo que expresa el artículo 117,1 al disponer que los jueces y magistrados están <sometidos únicamente al imperio de la ley>". Para este autor, la "distinción entre Jurisdicción y Administración radica en que la primera no persigue fines propios, no gestiona ni dirige intereses ajenos a la ley en sí misma considerada (…)" mientras que la "Administración pública sirve a los intereses generales (…) desde una perspectiva necesariamente parcial, por cuanto se corresponde con lo que el Gobierno entiende que son esos intereses generales en cada caso (…)". De esta forma, "la Administración es siempre juez y parte, esto es, está objetivamente interesada en los asuntos que gestiona, mientras que la Jurisdicción es únicamente juez y está desinteresada objetivamente de los asuntos que decide. En cualquier caso, hay que advertir que el desinterés objetivo de la Jurisdicción y el interés objetivo de la Administración no atienden a la persona (…) sino que se refieren a la función misma que ejercen (…)". En tal sentido, "la imparcialidad implica exigencia de desinterés subjetivo en la persona determinada que ha de conocer de un caso concreto para adoptar en él la necesaria decisión (…); se trata de que quien debe tomar una decisión no puede servir a la finalidad subjetiva de alguna de las partes en un proceso o en un procedimiento determinado (…). En este sentido de desinterés subjetivo la imparcialidad afecta a todos los que en el ejercicio de alguna de las funciones del Estado deben tomar una decisión (…)" pero "sólo los titulares de la potestad jurisdiccional actúan con desinterés objetivo".

[470] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Op. cit. Págs. 53 a 55.

Ya en el aspecto estrictamente procesal, y en relación con la figura del Juez de Instrucción, DE LA OLIVA SANTOS[471] destaca que la STC 145/88, de 12 de julio (FJ 7º), afirma que "es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material, lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora". Para este autor, "reunir el material o estar en contacto con las fuentes del mismo no es lo relevante: lo relevante son los prejuicios o prevenciones y si bien es verdad lo que afirma el TC y cabe que esas operaciones engendren el prejuicio o prevención que quiebra la imparcialidad, hay que atender más, como elemento de muy superior importancia, a las resoluciones, por modestas que parezcan, que el Juez de Instrucción haya de adoptar en vista del material reunido (por quien sea), enjuiciándolo, valorándolo y comparándolo con preceptos legales y máximas de la experiencia. Porque respecto de esas resoluciones" (entre las que destaca llevar a cabo actos de investigación tales como entradas y registros y escuchas telefónicas) "no es que pueda quizá o que tal vez quepa el prejuicio: es que las resoluciones lo entrañan, lo presuponen".

Sin embargo, para LOPEZ LOPEZ[472] la valoración sobre la posible imparcialidad o no del Juez de Instrucción no debe realizarse en esta fase del proceso, sino en su relación con el enjuiciamiento posterior. Así, "desde la perspectiva constitucional, el derecho a un Juez imparcial en su vertiente objetiva se afirma únicamente respecto del acusado (STC 136/1992) por lo que el mismo no es alegable en la fase de instrucción del sumario o de las diligencias previas ya que, en esta sede constitucional, la lesión del derecho a la imparcialidad solo se consuma tras el fallo de la causa por el titular del órgano judicial en primera instancia (SSTC 136/1989 y 170/1993), es decir, cuando se constata efectivamente que el Juez o Magistrado

[471] De la Oliva Santos, Andrés. "*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Op. cit. Pág. 35.
[472] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.

que ha realizado auténticas actividades de instrucción, ha intervenido también en el enjuiciamiento del acusado. En su consecuencia, la superación del actual sistema, no debería venir inspirado en una sospecha de constitucionalidad del Juez de Instrucción en su concepción actual".

Otros autores defienden abiertamente la imparcialidad del Juez en la fase de instrucción, sobre la base de la distinción entre actos de investigación y actos de instrucción, y dentro de éstos, muy particularmente, la que conlleva la imputación del hecho delictivo. Así, RIAÑO BRUN[473] considera que debe mantenerse la figura del Juez de Instrucción, porque "la instrucción se encuentra referida a determinar la condición de imputado con vistas a que pueda procederse al desarrollo de la fase de juicio oral", añadiendo que "resulta conveniente que el Juez de Instrucción tenga un conocimiento preciso acerca del desarrollo concreto de la investigación criminal desde su mismo inicio". En tal sentido, considera que el Juez de Instrucción "no debe actuar sólo como juez de garantías (…) sino que debe asumir (…) una función de control sobre el desarrollo de la investigación. (…) Se trata en definitiva de obtener una separación efectiva entre la función de investigar" (que entiende razonable atribuir a la Policía Judicial) "y la superior dirección y control del Juez que debe autorizar cualquier acto de investigación que amplíe lo que es objeto de las diligencias criminales". En definitiva, para este autor, es el Juez quien debe valorar y autorizar las líneas de investigación, que ejecuta materialmente la Policía, y que a la postre determinarán una imputación.

En contra de esta tesis se posiciona ASENCIO MELLADO[474], ya que para este autor "la imputación, (…) en lo que se refiere al derecho de defensa, no puede verse supeditada a resolución judicial o fiscal alguna, sino que ha de ser automática y dependiente, simplemente, de la existencia de una sospecha aunque esté escasamente fundamentada". Se basa para ello en el siguiente inciso del art. 118 LECrim: "*Desde que se produzca cualquier actuación procesal en la que se impute*

[473] Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Op. cit. Págs. 72 y 73.
[474] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 58 y 59 .

un delito a persona o personas determinadas"[475]. Esta redacción le sugiere que "no parece adecuado (…) ordenar cualquier investigación para analizar si la imputación es o no verosímil o creíble. (…) El Tribunal Constitucional, entre otras en la STC 137/1989, ha interpretado este criterio en una forma que se puede estimar inadecuada en tanto ha establecido la posibilidad de que el Juez de Instrucción retrase el conferimiento de la imputación hasta, mediante las oportunas investigaciones, valorar la credibilidad o entidad de la imputación. (…) en la práctica vale tanto como decir que se puede investigar para saber si se puede investigar".

En la línea de distinguir entre los diferentes actos que integran la fase de instrucción se encuentra MARTIN Y MARTIN[476], ya que "si se entiende que la instrucción es sólo para servir de base a la formulación de la acusación lo congruente sería que la llevara a cabo quien haya de acusar" mientras que "si se entiende que en ella hay otras finalidades y contenidos diversos, afectantes sobre todo a tutela de derechos y a la determinación de si hay base para ir al juicio plenario, y que lo que es meramente investigación puede incluso realizarse por otros sujetos, entonces su carácter jurisdiccional parece más evidente".

Pero, como antes se mencionó, algunos de los autores que se posicionan abiertamente por el mantenimiento del Juez de Instrucción en su actual configuración, inciden en la falta de una alternativa convincente frente al modelo vigente, por diversos motivos. Particularmente, en la hipótesis de una atribución de la dirección de esta fase del proceso al Ministerio Fiscal, se considera que éste tampoco se encuentra en una posición de verdadera imparcialidad.

Así, para GOMEZ COLOMER[477], la alternativa al Juez de Instrucción que podría representar el Ministerio Fiscal no podría obviar "una contradicción insalvable (…), imposible de superar porque no vemos cómo, partiendo de nuestra cultura, de

---

[475] Según este autor ("*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 58 y 59) "para comprender en toda su extensión el mencionado precepto debe conocerse la razón de ser de su actual redacción dada por medio de la Ley de 4 de diciembre de 1978. (…) La idea que movió al legislador –preconstitucional aún- no fue otra que adelantar el momento en que se producía en la vida práctica la imputación".
[476] Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". Op. cit. Págs. 90 y 91.
[477] Gómez Colomer, Juan Luis. "*Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia*". Op. cit. Págs. 132 y 133.

nuestra tradición y, sobre todo, de ser España un país incardinado en el sistema de *civil law* o Derecho continental, podríamos admitir que quien luego va a acusar a una persona si encuentra méritos para ello, sea el que previamente ha investigado si concurren esos méritos. ¿Dónde está la imparcialidad entonces?. Porque no olvidemos que el Juez que investiga luego no nos va a juzgar, y al menos la imparcialidad formal queda garantizada, y (…) también la material, con la separación judicial de funciones investigadoras y cognoscitivas. En resumen, investiga quien es parte, y por ello mismo, con toda la nobleza del término, el que es parcial". En otra obra del mismo autor[478] se expresa esta misma idea, considerando que "todavía no ha llegado el momento de emprender el cambio" (la sustitución del Juez de Instrucción por el Fiscal) "al menos en tanto en cuanto no se cumplan" algunos "requisitos", entre otros, "mientras el Ministerio Fiscal sea parte y tenga como principal función en el proceso penal la de acusar, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico"[479].

En la misma línea se posiciona DIEZ-PICAZO[480], ya que para este autor "la Constitución no exige que la investigación de los delitos y, más en general, toda la fase del proceso penal anterior a la apertura del juicio estén encomendadas a la Fiscalía"[481]. Para ello se basa en la genérica definición de las funciones atribuidas al Ministerio Fiscal en el art. 124 CE[482], así como en el hecho de que, a su juicio, "tampoco de las garantías constitucionales del proceso penal, recogidas principalmente en el art. 24.2 CE, se desprende un determinado modelo de esclarecimiento de los delitos y preparación del juicio". Pero además, considera que "la máxima preocupación del constitucionalismo en materia de proceso penal ha sido asegurar una separación efectiva entre acusador y juez. Esta es la esencia del principio acusatorio". Pero "mucha menos atención se ha prestado (…) al problema

---

[478] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. págs.. 340 y 341.
[479] Con cita de otra obra del mismo autor: Gómez Colomer, Juan Luis. "*La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado*". Op. cit.
[480] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Págs. 29 a 31.
[481] Aunque tampoco "la figura del Fiscal investigador sería necesariamente contraria a la definición que el art. 124 CE hace de las funciones del Ministerio Fiscal". Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Pág. 36.
[482] Que contrasta, según este mismo autor, "con la notable precisión de que el propio art. 124 CE haga gala para diseñar la estructura de la institución". Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Pág. 30

de si es conveniente que el acusador también esté separado del investigador. (…) La separación entre investigación y acusación, aunque sea relativa, presenta una ventaja: tiende a excluir el apasionamiento del Fiscal. (…) Quien se limita a sostener la acusación en juicio sobre la base del material probatorio preparado por otros tiene normalmente una implicación personal menor que quien ya está familiarizado con el asunto, por haber conducido las pesquisas tendentes a esclarecer los hechos. (…) la separación entre investigación y acusación casa bien con la concepción del Ministerio Fiscal como una institución al servicio objetivo de la legalidad"[483].

En el mismo sentido se pronuncia MONTERO AROCA[484], cuando tras negar la existencia del denominado "fallo estructural" del Juez de Instrucción, que es su pretendida parcialidad, se pregunta por qué esos mismos autores que defienden esta tesis "no aluden a la imparcialidad del Fiscal"[485]. Para este autor, el Ministerio Fiscal es parte, y por lo tanto interviene "siempre con interés objetivo" en el cumplimiento de sus fines, porque "no existe una pretendida parte imparcial (…) aunque el Fiscal concreto que actúa en un asunto deba carecer de interés subjetivo en el mismo".

Y de la misma forma, GARBERÍ LLOBREGAT[486], tras admitir la discutible imparcialidad del Juez de Instrucción, entiende que la atribución al Fiscal de la investigación penal no soluciona el problema, fundamentalmente por dos razones, una de tipo institucional[487], y otra que podría resolverse con medidas de carácter

---

[483] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Págs. 35 y 36.
[484] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Op. cit. Págs. 64 y 65.
[485] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Op. cit. Pág. 55.
[486] Garberí Llobregat, José. *"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente"*. Revista Diario La Ley. nº 6799. 15 de octubre de 2007.
[487] "(…) porque, si bien las labores de investigación penal que habría de acometer el MF no comprometerían, en efecto, su imparcialidad, no es menos cierto que sobre su figura y mientras se mantenga su dependencia del Poder Ejecutivo, pesa sociológicamente una sospecha general de parcialidad (una sospecha de sometimiento, no a la legalidad, sino a la voluntad del Gobierno de turno), de la que negar su existencia, por mucho que muchos no la compartamos, es tanto como negar la evidencia. Se pasaría, pues, de un Juez técnicamente no imparcial a un Fiscal sociológicamente no imparcial, lo cual, quien estas líneas escribe desconoce si es mejor o es peor para el proceso penal, pero está seguro de que, en todo caso, no resuelve satisfactoriamente la cuestión (mucho más aún si se considerase aplicable a todo el ámbito judicial --MF incluido-- la doctrina del TEDH sobre la imparcialidad subjetiva, es decir, aquella que considera parcial a quien es objetivamente

orgánico, por cuanto "la parcialidad del actual Juez de Instrucción podría perfectamente solventarse sin necesidad de implantar la figura del MF instructor. Bastaría con conferir las labores de adopción de las medidas cautelares y de sobreseimiento del proceso o de apertura del juicio oral a un Juez de Instrucción distinto del que ha llevado a cabo la fase instructora para que tal defecto de imparcialidad se esfumase"[488].

Abunda en esta última línea ANDRES IBAÑEZ[489], para quien la necesidad de que la fase de instrucción deba ser contradictoria exige que el Fiscal no pueda ser el órgano encargado de la misma. Para este autor, este papel debe ser desempeñado por "un tercero en posición no-parcial: la única idónea para garantizar a cada una de las partes la posibilidad de ocupar todo el espacio que le corresponde en ese momento procesal, como presupuesto de una interlocución equilibrada". Pero va más allá. No solamente sería necesario un tercero que "no tendría por qué llamarse <juez de instrucción>, ya que ejerce funciones de dirección de ésta, con imparcialidad. (…) funciones no jurisdiccionales *sensu stricto,* que son las propias del enjuiciamiento, para las que, precisamente por su implicación en la instrucción, estaría inhabilitado". Junto a este Juez "encargado del control de la investigación, en directa interlocución con las partes, y obligado a tratar con tendencial objetividad sus pretensiones y aportaciones", entiende necesaria además la figura del <Juez de garantías>, encargado de adoptar la medida de prisión provisional, ya que "implica un juicio previo de condenabilidad" por lo que "debería estar a cargo de otro sujeto institucional no prevenido y tampoco contaminable, por externo a la investigación que, igualmente, estaría "encargado de conocer de los incidentes probatorios y sobre el envío a juicio de la causa, una vez concluida la instrucción".

En definitiva, como resumen de todas estas posiciones se puede señalar que, para estos autores, las funciones que se desarrollan en la fase de instrucción llevan

---

imparcial pero no lo parece a ojos de la sociedad)". Garberí Llobregat, José. *"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente".* Op. cit.

[488] Para este autor, además, "es harto discutible que las labores de instrucción judicial no puedan acomodarse adecuadamente en la cláusula del art. 117.4 CE". Garberí Llobregat, José. *"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente".* Op. cit.

[489] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Op. cit. Pág. 20.

implícitas su jurisdiccionalidad, bajo el sometimiento estricto al principio de legalidad, por cuanto suponen, por un lado, labores de valoración y decisión sobre medidas que afectan a derechos fundamentales; o bien sobre diligencias que puedan tener valor probatorio en el acto del juicio oral (prueba anticipada); y finalmente, que implican tareas de enjuiciamiento -aunque sea provisional- sobre la existencia de un hecho delictivo y de su presunto autor (imputación o apertura de juicio oral).

Según esta posición, la imparcialidad que debe presidir esta actividad está salvaguardada en el sistema vigente, por cuanto quien instruye no realiza funciones de enjuiciamiento, que es la única regla que debe tenerse en cuenta a estos efectos según la doctrina constitucional. Y en todo caso, el Fiscal no garantiza en mayor medida la debida imparcialidad en la dirección de esta fase procesal ya que, al margen de su configuración institucional, el Ministerio Fiscal es, por definición, parcial.

Finalmente, frente a las fundadas alegaciones de que las funciones ejercidas por el Juez de Instrucción exceden del marco establecido en el art. 117.3 CE ("juzgar y hacer ejecutar lo juzgado") se responde con el argumento de que el mismo art. 117, en su apartado 4, dispone que los Juzgados y Tribunales ejercerán las funciones "*que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho*", lo que abarcaría la fase de instrucción.

Sin embargo, como antes se mencionó, esta es precisamente la cuestión: si la configuración funcional del Juez de Instrucción le coloca en una situación de verdadera garantía de los derechos de los implicados en esta fase del proceso penal. Y en tal sentido, son muchos los autores que, desde muy variadas posiciones, se pronuncian en sentido negativo.

2.3.2.- Posiciones contrarias a la configuración actual del Juez de Instrucción.

Los autores que se han mostrado claramente en contra de la vigente configuración del Juez de Instrucción utilizan argumentos variados. Alguno ya ha sido expuesto, como la contradicción insalvable entre sus contornos funcionales y lo dispuesto en el art. 117.3 CE, que concreta el ejercicio de la potestad jurisdiccional en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este apartado, sin embargo, nos centraremos en las objeciones ya apuntadas sobre la vulneración de algunos elementos esenciales inherentes al derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, y singularmente, el de la necesaria imparcialidad del órgano judicial.

Así, para MORENO CATENA[490], el "juez de instrucción no es imparcial". La "doble responsabilidad del juez (…) que tiene como objetivo el triunfo de la investigación y que debe proteger los derechos de quien puede intentar que esa labor de descubrimiento de los hechos no culmine con éxito, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías y la protección constitucional de derechos fundamentales de forma casi tan perniciosa como la asunción por un mismo juez de las funciones de investigación y enjuiciamiento". Y continúa señalando que "el juez no concluye la instrucción o la investigación desde una posición de imparcialidad" por cuanto "no sólo toma en consideración los elementos que le hubiera presentado la Policía o el Ministerio Fiscal o las demás partes, sino también lo que él mismo haya investigado"[491].

Otro de los autores que se pronuncian más claramente en este sentido es LORCA NAVARRETE[492], concretando este déficit constitucional en el hecho de que el Juez de Instrucción puede realizar imputaciones al margen de la posición de las partes, lo que a su juicio supone "ir en contra del texto constitucional y violentar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE)", ya que el principio acusatorio "ha de ser respetado en la mismísima instrucción".

---

[490] Moreno Catena, Víctor. "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". Op. cit. Págs. 203 a 208.
[491] Ver, en el mismo sentido, y del mismo autor: "*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. 2005. Págs. 70 a 76; y "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Op. cit. Págs. 84 y 85.
[492] Lorca Navarrete, Antonio María. "*La inconstitucionalidad de la instrucción sumarial penal".* Op. cit.

Con anterioridad, este mismo autor se había manifestado a favor de la "más absoluta desaparición del actual modelo de juez instructor de la decimonónica Ley de enjuiciamiento criminal"[493], propugnando "la abolición del modelo inquisitivo, aún presente en la vigente LECrim.", modelo que ya "no es sostenible a la vista de nuestro texto constitucional (…) por su desconexión con el art. 24 Constitución (CE) (en cuanto que no se otorga prioridad o se desconoce el valor constitucional del derecho a un <proceso público> y <con todas las garantías>), en el que el imputado es concebido como un objeto de persecución penal y no como un sujeto de derecho titular de garantías frente al poder punitivo del Estado". De hecho, señala en otra obra[494], "hay que desmantelar todo el andamiaje del inquisitivo en la infausta instrucción sumarial (…) eliminándose el producto más emblemático del inquisitivo instructor como es el auto de procesamiento, auténtico <juicio sin juicio> producto de una investigación no jurisdiccional (…) del instructor que se ha de desmantelar sin paliativos".

Para GIMENO SENDRA[495] "la causa de los graves males de los que adolece nuestra Justicia penal estriba (…) en el mantenimiento de un caduco modelo, el del Juez Instructor francés (…)" que "no actúa como un tercero *imparcial* entre la acusación y la defensa, sino que, tal y como su nombre indica, lleva a la práctica de oficio no pocos actos de investigación". En otra obra del mismo autor[496] ya se apuntaba que el Juez tiene un "interés objetivo" en la futura condena del procesado, sobre todo cuando éste se encuentra sometido a prisión provisional, ya que "realizará (…) una actividad inquisitiva dirigida a justificar su necesidad y a recabar la prueba, que en su día servirá al Juez o al Tribunal sentenciador para fundamentar una sentencia de condena".

Precisamente, en esta línea incide LÓPEZ BARJA DE QUIROGA[497]. Para este autor "es perfectamente coherente afirmar que el Juez de Instrucción es una pieza

---

[493] Lorca Navarrete, Antonio María. "*Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor*". Op. cit.
[494] Lorca Navarrete, Antonio María. "*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Op. cit.
[495] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[496] Gimeno Sendra, Vicente. "*Las partes acusadoras*", en "El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988". VVAA. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1989. Págs. 98 a 100.
[497] López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal*". Op. cit. Págs. 589 a 594.

del sistema inquisitivo y que su encaje constitucional es tremendamente dificultoso". Se basa para ello en varios aspectos, uno de los cuales es el problema de la "hipervaloración de las diligencias de investigación realizadas durante la instrucción" ya que es fácil llegar a la conclusión de que un sistema que acepta como pruebas las practicadas en un periodo sumarial regido por el principio inquisitivo "no respeta o cumple con el principio acusatorio. (…) Esta confusión entre los actos de investigación y los actos de prueba (…) es una consecuencia directa del sistema. En tanto en cuanto al Juez de Instrucción se le atribuyan competencias en orden a la recogida de <pruebas> será muy difícil que, posteriormente, no surjan interpretaciones que (…) propugnen la apreciación de las mismas (…) basándose precisamente en el hecho de que fueron obtenidas a presencia judicial". Pero tras la promulgación de la CE, y la aplicación directa (art. 10.2 CE) de los tratados y convenios internacionales, "el principio acusatorio forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal incluidas en el art. 24 CE." Por tanto, no es admisible un sistema de enjuiciamiento que no responda a las exigencias de este principio. Y "todavía subsisten algunas manifestaciones del sistema inquisitivo que es preciso desterrar (…) entre las que se encuentra (…) la confusión entre los actos de investigación y los actos de prueba"[498].

En la idea de falta de imparcialidad insisten otros autores. Así, DAMIÁN MORENO[499], para quien "un juez que se vea forzado a asumir la doble condición de tener que tomar la iniciativa en la investigación y, al propio tiempo, garantizar los derechos del inculpado no está en condiciones de tomar decisiones justas en el proceso penal"; ASENCIO MELLADO[500], cuando señala que el Juez de Instrucción "no es plenamente imparcial" al tener "iniciativas propias en orden a la restricción de derechos fundamentales o la conformación indirecta de la acusación"; CRESPO BARQUERO[501], al indicar que el Juez "revestido de su manto de independencia, se

[498] Para este autor, además, la figura del Juez de Instrucción no responde a los parámetros funcionales establecidos en los arts. 117, apartados 3 y 4, CE, ya que "si a los Jueces y Tribunales únicamente pueden serles encomendadas las tareas de juzgar y hacer ejecutar los juzgado o la de realizar actuaciones en garantía de cualquier derecho, es fácil concluir que la instrucción queda fuera de esa declaración constitucional".
[499] Damián Moreno, Juan. *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Op. cit.
[500] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 46.
[501] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Págs. 202 y 203.

ve obligado a estar por encima de las partes al mismo tiempo que en frente –o a favor- de una de ellas, tarea (…) que en la práctica supone o que el Juez se dedica a preparar la acusación –actividad dudosamente propia del Juez imparcial- o a contemplar cómo lo hacen las partes, y entonces no <instruye> como le exige la ley"; o PORTERO GARCÍA[502], que afirmaba la "aconstitucionalidad de que un mismo órgano jurisdiccional instruya y decida en la fase preparatoria del proceso penal, no sólo por ceñir el art. 117 del texto constitucional la función jurisdiccional a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino porque su art. 24.2 incluye como derecho fundamental que el proceso se desarrolle con todas las garantías, entre las que se cuenta el derecho a un Juez objetiva y subjetivamente imparcial".

Y del mismo modo se pronuncia VIVES ANTÓN[503], cuando señala 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". Toma para ello como referencia la STC 310/2000, de 18 de diciembre, que en su FJ 3º (con cita del FJ 7º de la STC 145/1988), señala lo siguiente: "*son auténticos actos instructorios, a los efectos de la pérdida de 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 querella; la celebración anticipada de pruebas que no puedan realizarse en el juicio oral y todas las que, además, puede realizar de oficio* (…). 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

[502] Portero García, Luis. "*La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998. Pág. 108.
[503] Vives Antón, Tomás Salvador. "Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007. Págs. 102, 109, 110, 114 y 115.

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". En consecuencia, concluye VIVES ANTON, "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 solicitada por las acusaciones se hallan fundadas adecuadamente (esto es, en una probable causa) no queda contaminado. (…) Dicho de otro modo, el que dirige, ordena y realiza la investigación no puede, a la vez, enjuiciarla imparcialmente (…). 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"[504].

De la misma idea son LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNÁNDEZ[505], ya que para estos autores "el principal riesgo que acarrea el sistema de <instrucción> es la pérdida de imparcialidad en el ejercicio de la función de garantía. El sistema vigente

[504] En otra obra del mismo autor se señala que "la garantía de los derechos" es la "misión esencial del juez, porque así se desprende del núm. 4 del artículo 117 de la Constitución española. En el ámbito del proceso penal esa garantía de los derechos es, ante todo, una garantía ante el poder de la investigación oficial. Los derechos representan límites de la potestad investigadora. El Juez Instructor, el juez titular de la investigación oficial, se halla, por eso sólo, colocado en una situación contradictoria: ha de garantizar los derechos; pero, a la vez, ha de culminar con éxito la investigación. Atribuir a la misma persona la garantía de los derechos y la potestad que podría vulnerarlos no parece, en modo alguno, coherente". Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

[505] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

impone a los jueces una misión hercúlea, rayana en lo imposible, como es ejercer conjuntamente dos funciones radicalmente opuestas: la de dirigir la investigación y la de fijar los límites de la misma en garantía de los derechos del investigado. En el actual sistema, el juez ha de ser el investigador que esclarezca el delito y para ello se le otorga la capacidad unilateral de utilizar los medios de indagación que pueden incidir en los derechos y en las libertades ciudadanas. Al mismo tiempo, se le pide que asegure la efectividad de los derechos de los investigados haciendo valer unas garantías que, en principio, debieran servir de escudo frente al interés del Estado en esclarecer lo acontecido con todos los medios a su alcance. Puesto que se atribuye al juez el deber de concluir con éxito la investigación, no se le sitúa en la posición funcional más idónea para tomar las decisiones de garantía. No puede examinar la posible injerencia en un derecho fundamental con la suficiente distancia psicológica. Carece de la imprescindible perspectiva de alteridad de sus propios fines institucionales, como garante, respecto de los objetivos de esclarecimiento del hecho que le alcanzan como director de la investigación. Así, el sistema actual obliga al juez a realizar una extraordinaria disociación intelectual de su misión de averiguación y de su tarea de garantía. En cada una de las actividades de injerencia en derechos que la investigación precisa se convierte, por tanto, en juez y parte"[506].

Incluso algunos de los autores que se han manifestado a favor del mantenimiento de la configuración actual del Juez de Instrucción admiten –al menos- su discutible posición de imparcialidad.

Así, GOMEZ COLOMER[507] considera que el "argumento más importante a favor de que instruya el Ministerio Fiscal es (…) que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad. En esencia

---

[506] "Tampoco puede ignorarse el efecto perjudicial que el sistema de instrucción genera en el derecho a la presunción de inocencia. En la regulación vigente, el juez instructor ha de dictar, en un determinado momento, una resolución en la que atribuye la comisión del hecho delictivo al imputado y en la que valora las diligencias practicadas como indicativas de la existencia de responsabilidad penal. Puesto que quien adopta esta resolución de «imputación» es tan juez como el que debe resolver el asunto, este sistema crea un severo estigma para la persona imputada antes de que sea sometida a juicio —ya que una autoridad judicial sostiene previamente como propia la tesis de la culpabilidad—".

[507] Gómez Colomer, Juan Luis. "*Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia*". Op. cit. Pág. 131.

el argumento se concreta de la siguiente manera: (…) el Juez es al mismo tiempo quien investiga y quien garantiza el respeto de los derechos del imputado. Cambiar estos papeles puede significar ciertamente una importante restricción del principio de investigación oficial, pero se fortalece extraordinariamente el más importante principio de la imparcialidad judicial, que queda así únicamente reservado para el enjuiciamiento, lo que implica además una mejor aplicación del principio de la exclusividad de la función jurisdiccional por su único titular, el Poder Judicial"[508].

Por su parte, tanto ANDRES IBAÑEZ[509] como DIEZ-PICAZO[510] admiten que la dirección de la investigación pueden generar prejuicios a la hora de adoptar decisiones o fijar posición en esta fase del proceso. De hecho, el primero propone no sólo el mantenimiento del Juez de Instrucción, sino la necesidad de que exista otro órgano judicial (un Juez de garantías), "no prevenido y tampoco contaminable"; mientras que el segundo admite la "implicación personal" y la visión "sesgada" que se deriva de las tareas de investigación.

En parecidos términos se pronuncia GARBERÍ LLOBREGAT[511] cuando señala que "es absolutamente cierto que, en el momento presente, la imparcialidad de los Jueces de Instrucción se encuentra gravemente comprometida. Es evidente que un Juez que asume la función de esclarecer los hechos punibles y determinar la culpabilidad de sus responsables se <contamina>, pierde su imparcialidad y, por consiguiente, ya no puede, por ejemplo y entre otras cosas, conocer de la fase de juicio oral y dictar la sentencia (…)". Y no sólo eso. Para este autor, esa falta de imparcialidad se manifiesta en la propia fase de instrucción, a la hora de adoptar decisiones que afectan a derechos fundamentales, ya que "cabe preguntarse si es o no este Juez el constitucionalmente idóneo, desde el punto de vista de la imparcialidad judicial, para acordar, por ejemplo, la prisión provisional (…) o para decidir (valorando la suficiencia o no del material fáctico inculpatorio) si debe

---

[508] Esta posición es reiteración de la ya expresada en Gómez Colomer, Juan Luis. "*La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado*". Revista del Ministerio Fiscal. Op. cit. Pág. 109.
[509] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Op. cit. Pág. 20
[510] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Pág. 36
[511] Garberí Llobregat, José. *"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente"*. Op. cit.

abrirse o no el juicio oral en su contra. La respuesta se nos antoja obvia: evidentemente no"[512].

Expuestas todas estas opiniones, la posición que aquí se mantiene es que la configuración funcional vigente del Juez de Instrucción no colma las condiciones de imparcialidad objetiva exigibles desde la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE. La cuestión se muestra con toda su crudeza en materia de medidas limitativas de derechos fundamentales[513], que pueden ser acordadas de oficio por el Juez de Instrucción sobre la base de los indicios previamente recabados y valorados por él mismo. De esta forma, el sujeto pasivo del proceso puede tener la fundada convicción de que esa valoración del Juez está condicionada por su previa intervención en la dirección de la investigación. Sin embargo, con ser graves estos supuestos, tienen una incidencia menor desde el punto de vista cuantitativo. Por ello, sin desdeñar en absoluto la relevancia de estos casos, interesa ahora destacar que, desde el punto de vista de la estructura del proceso, de todos y cada uno de los procesos, la relevancia de esta disfunción estructural se pone de manifiesto en la actual carencia de un verdadero "juicio de acusación", es decir, de una decisión judicial verdaderamente imparcial que valore la concurrencia o no de material probatorio válido y suficiente para decidir sobre la apertura de juicio oral, ya que se exige al Juez de Instrucción que valore la legalidad y suficiencia de las fuentes de prueba obtenidas por sí mismo.

---

[512] Ver también: De La Oliva Santos, Andrés. "*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Op. cit. Pág. 35. Para este autor, como se expuso *ut supra*, determinadas resoluciones -como entradas y registros y escuchas telefónicas- presuponen un prejuicio.

[513] Así, por citar algunos de los supuestos más relevantes, conforme a lo dispuesto en los arts. 550 y 579.2 y 3 LECrim, el Juez de Instrucción podrá acordar por medio de auto motivado, respectivamente, la entrada y registro en un domicilio o la intervención u observación de las comunicaciones telefónicas del procesado o de una persona sobre la que existan indicios racionales de criminalidad. La reforma introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre*, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,* (BOE nº 239, de 6 de octubre, con fecha prevista de entrada en vigor a los dos meses de su publicación), establece que las intervenciones de comunicaciones requerirán previa audiencia del Ministerio Fiscal (art. 588 bis. c). 1), pero pueden ser acordadas de oficio por el Juez de Instrucción (art. 588 bis. b). 1). La única medida limitativa de derechos fundamentales que, a día de hoy, no puede adoptar el Juez de Instrucción por iniciativa propia es la prisión provisional, ya que requiere previa petición del Ministerio Fiscal o de cualquier otra parte acusadora (art. 505.4 LECrim). De resto, como ya se analizó en el Capítulo anterior, rige el principio de oficialidad en la incoación, desarrollo y culminación de la fase de instrucción.

2.4.- La necesidad inaplazable de un auténtico juicio de acusación.

2.4.1.- El juicio de acusación: concepto y fundamento. Similitudes y diferencias con la fase intermedia.

Entre la finalización de la fase de instrucción y el acto del juicio oral se producen toda una serie de trámites procesales que reciben la común denominación de "fase intermedia". Como luego se verá, la regulación de los contornos de esta fase difiere en los distintos tipos de procedimientos actualmente vigentes. Sin embargo, todos ellos coinciden en incluir una decisión que se revela como esencial para el desarrollo del proceso. Se trata de la resolución por la que se acuerda (o no) la apertura de juicio oral. Esta decisión es la que se engloba en el denominado "juicio de acusación".

En palabras de PEREZ BENITEZ[514], el denominado "juicio de acusación" suele definirse como "la decisión jurisdiccional que sobre la acción penal tiene lugar en el proceso, con carácter previo al juicio sobre el hecho". Como recuerda ORTEGO PEREZ[515], esta expresión es utilizada por primera vez por GOMEZ ORBANEJA, en sus comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1951[516], resultando luego extendida entre la doctrina y la jurisprudencia.

Sin embargo, ocurre con frecuencia que los términos "juicio de acusación" y "fase intermedia" se utilizan de forma indistinta.

Así, MORENO CATENA[517] se refiere a la fase intermedia como aquella en la que "se decide si existe o no el derecho o poder de acusar, o dicho en otras palabras, si existe base suficiente para la acusación" (…) "sobre la existencia de los elementos

[514] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Revista Diario La Ley. nº 6433. 2 de marzo de 2006.
[515] Ortego Pérez, Francisco, "*El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal*", Revista Poder Judicial, nº 69. Primer trimestre 2003. CGPJ. Madrid. 2003.
[516] Gómez Orbaneja, Emilio. "*Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882: con la legislación orgánica y procesal complementaria*". Ed. Bosch. Barcelona. 1951.
[517] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 54 a 57.

objetivos y subjetivos que permiten enjuiciar al acusado, pero nunca sobre la absolución o la condena, pues eso es objeto del juicio oral y de la sentencia".

Y no faltan pronunciamientos jurisprudenciales que asimilan ambos conceptos. En la STC 186/1990, de 15 de noviembre, referida al procedimiento abreviado, se dice expresamente (FJ 4º) que la fase de preparación del juicio oral es "*técnicamente conocida por <fase intermedia> o del <juicio de acusación>*". Y en el ATS 3807/1996, de 20 de diciembre, también en relación con el procedimiento abreviado, se señala que (FJ 6º) "*Son tres las fases del procedimiento abreviado, la fase de instrucción preparatoria, la fase intermedia como preparación del juicio oral también denominada "juicio de acusación" y, finalmente, la fase del juicio oral propiamente dicho*".

Sin embargo, para ORTEGO PEREZ[518] "es evidente que no pueden equipararse en términos absolutos el juicio de acusación y la etapa intermedia, donde junto a otras posibles funciones instrumentales tiene lugar el control judicial sobre el *ius ut procedatur*, si bien es verdad que siendo éste su principal cometido es común identificar dicha fase con el <juicio de acusación>. Esta última resultaría la denominación más apropiada para este período procesal, al ser donde se verifica la consistencia de la acusación. De ahí que resulte preferible al empleo de la expresión etapa <intermedia>, pues si lo <intermedio> es lo que está entre dos extremos, esa situación no siempre se cumple respecto a dicho período procesal, pues si bien siempre vendrá precedido de la instrucción, cuando se acuerde el sobreseimiento libre de la causa sólo habrán existido dos etapas. Y aunque es una denominación comúnmente aceptada entre la doctrina, cuando no se den los presupuestos para la apertura del juicio oral, hablar de <fase intermedia> es, cuando menos, una incorrección semántica, por lo que parece más idóneo hablar del <juicio de acusación>".

[518] Ortego Pérez, Francisco. "*Reflexiones sobre el "juicio de acusación" y la etapa intermedia del proceso penal*". Revista Diario La Ley. nº 6090. 21 de septiembre de 2004.

Sentado lo anterior, se puede señalar que esta fase es una de las más relevantes del proceso penal ya que, como indica PEREZ BENITEZ[519], el juicio de acusación "se conecta (…) con las exigencias del principio acusatorio" por cuanto es preciso que "antes de entrar al enjuiciamiento sobre la culpabilidad o la inocencia, se decida si la acusación sostenida por parte ajena al órgano de enjuiciamiento tiene una mínima consistencia, de forma que hipotéticamente aparezca como viable, o si, por el contrario, no tiene posibilidad de prosperar".

En efecto, como también destaca ORTEGO PEREZ[520], el juicio de acusación "es inherente al sistema acusatorio", cuya premisa básica es que "debe existir una parte acusadora pública o privada que, ejercitando la acción penal, pida la apertura del juicio, ya que al Tribunal le está vedada su conversión en acusador para asegurar su necesaria imparcialidad". A lo que hay que añadir que el "juzgador no pueda sobrepasar el objeto del proceso condenando por hechos distintos de los que fueron objeto de acusación, o a persona distinta del acusado". En consecuencia, "el juicio de acusación es una de las mayores garantías que contiene el proceso penal antes de llegar al juicio oral", adquiriendo particular importancia en un sistema como el nuestro, en el que se otorga una amplia legitimación a las partes acusadoras, por lo que, para este autor, "se convierte en un eficaz contrapunto contra los riesgos derivados del ejercicio abusivo de la acción popular".

Sobre la necesidad de que exista un verdadero juicio de acusación también se han pronunciado otros autores como DIEZ-PICAZO,[521] a fin de que una autoridad judicial sea la que controle que "la acción penal que se pretende ejercer no es infundada"; o MARTÍN Y MARTÍN[522], para quien la determinación de la procedencia o no del juicio oral forma parte del "derecho a la tutela judicial efectiva, como garantía procesal y como consecuencia del derecho al proceso legalmente debido".

---

[519] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002".* Op. cit.
[520] Ortego Pérez, Francisco. "*Reflexiones sobre el "juicio de acusación" y la etapa intermedia del proceso penal*". Op. cit.
[521] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Pág. 34.
[522] Martín y Martín, José Antonio. "*La Instrucción penal*". Op. cit. Págs. 76 a 79.

Y del mismo modo se expresa PEREZ BENITEZ[523], cuando señala que "todos los ordenamientos penales regidos por el principio acusatorio y preocupados por las garantías del ciudadano, prevén una fase dirigida a la verificación de que la acusación que se formula cuenta con una consistencia suficiente, que justifique que el acusado se vea sometido a un proceso penal, en evitación de acusaciones sorpresivas o infundadas". Como destaca VARELA CASTRO[524], la apertura del juicio oral "no es consecuencia incondicionada del derecho a la jurisdicción, siendo intachable constitucionalmente la previsión del sobreseimiento y el examen de los presupuestos de éste, antes de decidir la apertura del juicio".

La jurisprudencia también ha insistido en la importancia de este trámite. Así, en la ya citada STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 4º) se le califica como "*juicio de relevancia*" acerca de la apertura del juicio oral que, en el procedimiento abreviado, "*se adopta después de que se haya formulado acusación (…) como una manifestación más del sistema acusatorio al que responde*" este proceso. En su vertiente negativa, este trámite "*permite al Juez denegar la apertura del juicio en dos supuestos, a saber: cuando el hecho no sea constitutivo de delito o ante la inexistencia de indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyos casos acordará el sobreseimiento que corresponda. Pero este juicio acerca de la improcedencia de abrir el juicio oral -en definitiva de la improcedencia de la acusación formulada-, de existir, es un juicio negativo en virtud del cual el Juez cumple funciones de garantía jurisdiccional (…)*"[525].

Y, del mismo modo, en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, "*sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*", se afirma que "*el Juez recupera en este proceso el papel garantizador de los derechos del acusado. Y, al haberse suprimido el tamiz del auto de procesamiento, es necesario arbitrar un momento procesal garantizador de que nadie va a ser sometido a un juicio penal sin fundamento. Momento garantizador o*

---

[523] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002.*" Op. cit.
[524] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". Op. cit. Págs. 311 a 327.
[525] Ver, en el mismo sentido, y aplicando esta doctrina, los AATS 3807/1996, de 20 de diciembre (FJ 6); y 6850/1997, de 19 de julio (FJ 4).

filtro de acusaciones infundadas que, de otra parte, existe en todos los sistemas acusatorios. Por ello, que el Juez deniegue el someter a la situación estigmatizadora del juicio oral a una persona acusada de un hecho que claramente no es constitutivo de delito, no es más que la aplicación de la pura legalidad; y denegar igual sumisión a juicio de una persona contra la que no hay elementos que acrediten su participación en los hechos y cuya irresponsabilidad es clara, también es una garantía elemental en un Estado de Derecho".

Ocurre, sin embargo, que debido a la frecuente confusión entre la fase intermedia y el juicio de acusación, los contornos de ambas figuras se difuminan de tal manera que no es fácil determinar el contenido y finalidad de las mismas.

2.4.2.- Contenido y finalidad de la fase intermedia y del juicio de acusación.

En efecto, señala DE LA OLIVA SANTOS[526] que la finalidad esencial de la fase intermedia del proceso penal consiste en que el órgano jurisdiccional y las partes examinen, en primer lugar, "si la anterior fase de instrucción ha sido correctamente concluida o no, es decir, si es necesario o no practicar nuevas diligencias que completen el material instructorio"; y en segundo lugar, "si concurren los presupuestos necesario para decretar la apertura del juicio oral (o en caso contrario, el sobreseimiento de la causa)".

En el mismo sentido se pronuncia PEREZ BENITEZ[527], para quien esta fase "cumple un doble objetivo: a) determinar si la fase de investigación ha concluido correctamente o si, por el contrario, resulta preciso revocar la resolución que le puso fin y continuar investigando; y b) determinar si concurren o no los presupuestos precisos para que se abra el juicio oral".

[526] De la Oliva Santos, Andrés. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 295 305
[527] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit.

De forma más detallada, VARELA CASTRO[528] concreta que el juicio de acusación ha de versar, en primer lugar, sobre la determinación del objeto del proceso y del imputado, así como de la cualidad de parte; en segundo lugar, sobre la facilitación de las fuentes probatorias; y finalmente, sobre la formalización de la acusación y la subsiguiente decisión sobre la apertura del juicio oral o del sobreseimiento.

Sin embargo, para ORTEGO PEREZ[529], como quiera que la etapa intermedia cumple esa función de "filtro respecto al fundamento del derecho de acusar, de *lege ferenda* sería conveniente una regulación más racional, que evitase la demora en el inicio de las sesiones del juicio oral". Por ello es partidario de incluir en esta fase "la resolución de cuestiones previas". Abunda en esta idea PEREZ BENITEZ[530], ya que, aunque el legislador, en apreciación literal, parece limitar la valoración de la concurrencia de la cosa juzgada o la prescripción "al inicio de las sesiones del juicio oral", considera que la cosa juzgada puede "apreciarse tan pronto conste su existencia, incluso de oficio, pues su fundamento está en el *non bis in ídem*"; mientras que la prescripción es "un supuesto de exclusión del *ius puniendi* que, al igual que sucedía en el caso anterior, y pese a la previsión legal expresa, ha de ser apreciada tan pronto conste su existencia".

Como se verá, el contenido propio del juicio de acusación, que no es otro que la decisión sobre si procede o no la apertura de juicio oral, queda normalmente integrado en el concepto más general de fase intermedia, en la que no sólo se valora la suficiencia incriminatoria derivada de la investigación, sino que debe analizarse la pertinencia de la finalización de ésta, así como la ulterior concurrencia o no de los presupuestos procesales necesarios para la celebración del acto del juicio oral.

---

[528] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". Op. cit. Págs. 330 a 349.
[529] Ortego Pérez, Francisco. "*Reflexiones sobre el "juicio de acusación" y la etapa intermedia del proceso penal*". Op. cit.
[530] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit

En cualquier caso, la controversia entre los autores acerca del contenido y finalidad de la fase intermedia y del juicio de acusación ha podido venir determinada por la aparente asistemática con que estas figuras han sido reguladas en la LECrim.

2.4.3.- La regulación vigente de la fase intermedia. Breve análisis de algunas de sus disfunciones.

Siguiendo en este punto a ASENCIO MELLADO[531], "hasta que en el año 1988 se creó el procedimiento abreviado (…) se estudiaba de forma separada (…) la conclusión del sumario y la denominada fase intermedia. Ambas gozaban de autonomía propia tanto en lo referido a las funciones que desempeñaban, cuanto al órgano (Juez de Instrucción el auto de conclusión y Audiencia Provincial la fase intermedia), ante el que se tramitaban. El procedimiento abreviado ha unificado esta diversidad de resoluciones y fases encargándolas a un mismo órgano jurisdiccional (el Juez de Instrucción), diluyendo, pues, una tramitación casi común lo que antes era técnicamente diferenciable".

En efecto, en el sumario o procedimiento ordinario, el Juez de Instrucción es el encargado de dictar el auto de conclusión de la fase de instrucción, si "*considerase terminado el sumario*" (art. 622 LECrim). Por su parte, la Audiencia Provincial tiene una triple función. En primer lugar, es la encargada de confirmar o no el auto de conclusión del sumario (art. 630 LECrim); en segundo lugar, debe pronunciarse sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa (arts. 632 y 634 y ss. LECrim[532]); y en tercer lugar, debe realizar una tarea de depuración de los

---

[531] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 213 a 215.

[532] El art. 636 LECrim ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101 de 28 de abril) con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. La nueva redacción de este precepto es la siguiente: "*Contra los autos de sobreseimiento sólo procederá, en su caso, el recurso de casación.*
El auto de sobreseimiento se comunicará a las víctimas del delito, en la dirección de correo electrónico y, en su defecto, por correo ordinario a la dirección postal o domicilio que hubieran designado en la solicitud prevista en el artículo 5.1.m) de la Ley del Estatuto de la Víctima del delito.
En los casos de muerte o desaparición ocasionada por un delito, el auto de sobreseimiento será comunicado de igual forma a las personas a las que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 109 bis, de cuya identidad y dirección de correo electrónico o postal se tuviera conocimiento. En estos supuestos el Juez o Tribunal, podrá acordar, motivadamente, prescindir de la comunicación a todos los familiares cuando ya se

presupuestos procesales necesarios para celebrar el acto del juicio oral, mediante la resolución de los denominados "artículos de previo pronunciamiento" (arts. 666 y ss. LECrim).

En el procedimiento abreviado, el Juez de Instrucción es el encargado no sólo de dar por finalizada la instrucción mediante el auto de sobreseimiento y archivo de la causa (art. 779.1-1ª LECrim[533]) o mediante la transformación de diligencias previas e incoación de procedimiento abreviado (art. 779.1-4ª LECrim), sino también de acordar la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa (arts. 782 y 783 LECrim). Por su parte, el órgano de enjuiciamiento (Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial) será el encargado de valorar, en el propio acto del juicio oral, las cuestiones previas planteadas por las partes, entre las que se encuentran los artículos de previo pronunciamiento (art. 786.2 LECrim).

A las diferencias ya apuntadas entre estos dos sistemas, vino a sumarse la tramitación específica de la fase intermedia regulada en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*. En efecto, en este procedimiento corresponde al Juez de Instrucción decidir sobre la apertura o no de juicio oral (arts. 32 y 33 LOTJ) tras una comparecencia que se denomina "audiencia preliminar" (art. 30.1 LOTJ) a la que, no obstante, puede renunciar la defensa (art. 30.2 LOTJ). Por su parte, el Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado será el encargado de resolver las cuestiones previas planteadas por las partes, pero siempre con carácter previo al inicio del acto del juicio oral (arts. 36 y 37 LOTJ) y, por lo tanto, sin la intervención del órgano sentenciador, es decir, del propio Jurado.

---

haya dirigido con éxito a varios de ellos o cuando hayan resultado infructuosas cuantas gestiones se hubieren practicado para su localización.
Excepcionalmente, en el caso de ciudadanos residentes fuera de la Unión Europea, si no se dispusiera de una dirección de correo electrónico o postal en la que realizar la comunicación, se remitirá a la oficina diplomática o consular española en el país de residencia para que la publique.
Transcurridos cinco días desde la comunicación, se entenderá que ha sido efectuada válidamente y desplegará todos sus efectos, iniciándose el cómputo del plazo de interposición del recurso. Se exceptuarán de este régimen aquellos supuestos en los que la víctima acredite justa causa de la imposibilidad de acceso al contenido de la comunicación.
Las víctimas podrán recurrir el auto de sobreseimiento dentro del plazo de veinte días aunque no se hubieran mostrado como parte en la causa".

[533] El art. 779.1-1ª LECrim ha sido modificado por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101 de 28 de abril) con fecha de entrada en vigor el día 28 de octubre de 2015. La nueva redacción se formula de manera paralela a los términos recogidos en el nuevo art. 636 LECrim.

Y posteriormente, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*, el denominado Juicio Rápido pasó a introducir un nuevo modelo de fase intermedia en la que se concentran en un sólo acto las decisiones sobre la suficiencia de la investigación y sobre la apertura de juicio oral (arts. 798 y 800 LECrim).

El estudio en profundidad de la tipología dispar que acaba de ser descrita excede del objetivo de este trabajo. Sin embargo, desde la perspectiva de las condiciones que deben garantizar la imparcialidad del órgano judicial encargado de adoptar estas decisiones, son varias las cuestiones que interesa destacar.

En primer lugar, como señala ESCOBAR JIMENEZ[534], la reforma de la LECrim llevada a cabo por la Ley 38/2002, introdujo una garantía adicional para el imputado, consistente en la exigencia de que el auto de transformación de diligencias previas e incoación del procedimiento abreviado incorporase "*la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan*" (art. 779.1-4ª LECrim). Para este autor, "es evidente la mejora frente a la situación anterior pues, en el proceso penal, la concreción de hechos constituye siempre una garantía bienvenida". Sin embargo, considera que esta previsión debía haberse "ubicado en otro momento procesal por las ventajas que conlleva".

En efecto, LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[535] destacan la importancia que reviste este auto, al señalar que no "puede ignorarse el efecto perjudicial que el sistema de instrucción genera en el derecho a la presunción de inocencia. En la regulación vigente, el juez instructor ha de dictar, en un determinado momento, una resolución en la que atribuye la comisión del hecho

---

[534] Escobar Jiménez, Rafael. "*Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado*". Revista Diario La Ley. nº 5967. 3 de marzo de 2004.
[535] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

delictivo al imputado y en la que valora las diligencias practicadas como indicativas de la existencia de responsabilidad penal. Puesto que quien adopta esta resolución de <imputación> es tan juez como el que debe resolver el asunto, este sistema crea un severo estigma para la persona imputada antes de que sea sometida a juicio —ya que una autoridad judicial sostiene previamente como propia la tesis de la culpabilidad—"[536].

Precisamente por la relevancia de este trámite, ESCOBAR JIMENEZ[537] es partidario de "ubicar la necesaria delimitación fáctica en un momento posterior: en el pronunciamiento sobre la apertura del juicio oral". Para ello se basa en los siguientes argumentos: "a) porque queda robustecida la observancia del derecho a conocer la acusación y defenderse de la misma pues, en tal momento procesal, ya se ha formulado escrito de acusación y, en consecuencia, se han concretado los hechos punibles, lo que no sucede en el auto que acuerda continuar el procedimiento por los trámites del abreviado, dictado previamente a que aquél se introduzca; b) porque, *item* más, el auto de apertura del juicio oral, al servicio del derecho a un proceso justo con todas las garantías, desempeñaría, como si de un filtro se tratara, un importante papel depurador al excluir, de la propia autorización de apertura del juicio oral, aquellos hechos introducidos por las acusaciones que no constituyeran delito o que no hubieran sido objeto de la instrucción; y c) porque resultaría trasladada la posibilidad impugnativa sobre prosecución o no del procedimiento a este instante procesal, lo que representaría, indudablemente, una garantía más de acierto en la decisión del órgano *ad quem* que resolvería el recurso tras examinar la instrucción y a la vista de los escritos de acusación, esto es, contando con el valioso resorte de la fijación, por las acusaciones, de los hechos que se entienden constitutivos de infracción penal".

---

[536] La relevancia de esta decisión también es puesta de manifiesto por PEREZ BENITEZ, cuando alaba la reforma introducida por la Ley 38/2002, indicando que "sale al paso de una jurisprudencia tolerante con los autos de contenido estereotipado, que respondía quizás a una exigencia práctica, a saber, la de no anular por falta de motivación la práctica totalidad de los autos de esa clase que se venían dictando en nuestros Juzgados de Instrucción. Pero, al mismo tiempo, esta forma de entender las cosas implicaba una degradación de la importancia de esta resolución". En Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit.

[537] Escobar Jiménez, Rafael. "*Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado*". Op. cit.

En segundo lugar, hay que resaltar la paradoja puesta de manifiesto tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia, cuando destacan la aparente ineficacia reiterativa derivada del hecho de que, supuestamente, el Juez de Instrucción podría decretar el sobreseimiento de la causa tras dictar previamente el auto de incoación de procedimiento abreviado.

Como señala PEREZ BENITEZ[538], "no tiene ningún sentido que el juez instructor, que ha acordado continuar la tramitación del proceso, siguiendo la opción de la regla 4.ª del art. 779.1, descartando el sobreseimiento libre y el provisional del art. 641.2, sin que se practiquen nuevas diligencias, y con la sola base de la presencia de los escritos de acusaciones (que se contraen, como no puede ser de otra forma, a los hechos que se han delimitado en dicha resolución), entienda ahora que los hechos no constituyen delito alguno o que no está debidamente justificada la perpetración del hecho que dio motivo a la formación de la causa".

De la misma forma se pronunciaba el ATS 3807/1996, de 20 de diciembre (FJ 8º), al admitir que "*puede generar no pocas sorpresas para el justiciable que el mismo Juez que acordó, tras la conclusión de las diligencias previas, la continuación del procedimiento por los trámites de la preparación del juicio oral, por considerar que los hechos investigados pueden ser constitutivos de delito (…), disponga luego, al haber sido calificados como tales por la parte o partes acusadoras, el sobreseimiento de la causa por no ser los mismos constitutivos de delito, o por no existir indicios racionales de criminalidad*". Acogía así el TS la argumentación ya expuesta en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, "*sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre*", en la que se indicaba que "*parece poco razonable que un Juez que estime que existen indicios para pasar a la fase de calificación, decida luego, pese a existir acusaciones, sobreseer la causa*".

[538] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit

Por ello, para PEREZ BENITEZ[539], "si no hay indicios de criminalidad, no habrá podido dictarse el auto de continuación, que deberá hacer referencia a dichos indicios. (…) Parece, entonces, que la forma lógica de interpretar la expresión legal es entenderla referida a aquellos supuestos en los que el instructor extiende su juicio de acusación; así, procederá este sobreseimiento cuando se dirija la acusación contra sujetos no incluidos en dicho auto; cuando se dirija por hechos distintos, o cuando incluya circunstancias de agravación no incluidas en el auto de continuación. (…) Como también procederá el sobreseimiento libre por no ser los hechos constitutivos de delito en el supuesto --ciertamente improbable-- de que el acusador, del relato fáctico ya incluido en el auto de continuación, extracte uno o varios episodios, con desprecio de otros, de forma que el relato del escrito de acusación no sea subsumible en norma penal alguna."

En tercer lugar, la regulación vigente en el procedimiento ordinario o sumario tampoco ha estado exenta de controversia. Y así, como pone de manifiesto ORTEGO PEREZ,[540] "resulta paradójico y sorprendente que, descartado el sobreseimiento de la causa en la fase intermedia, posteriormente, en los trámites preparatorios del plenario, previos al inicio de las sesiones, la estimación de alguna cuestión previa pueda suponer la finalización del proceso por auto de sobreseimiento libre. Así sucede respecto a las cuestiones previstas en los números 2, 3 y 4 del art. 666 LECrim. (cosa juzgada, prescripción del delito, y amnistía o indulto)". Para este autor, se trata de una "extraña y desacertada ubicación de las cuestiones previas en el procedimiento ordinario" que "pone de relieve una deficiente regulación legal, pues carece de explicación lógica que si la acción penal se ha reconocido formalmente en el auto de apertura del juicio oral, una vez acordado éste, pueda tener lugar un incidente que obligue a sobreseer libremente, cuando, en buena técnica, esas cuestiones ya deberían haber quedado resueltas en la etapa intermedia".

---

[539] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit

[540] Ortego Pérez, Francisco. "*Reflexiones sobre el "juicio de acusación" y la etapa intermedia del proceso penal*". Op. cit.

Finalmente, las disfunciones anteriores ponen de manifiesto que, en realidad, la regulación de la fase intermedia y el juicio de acusación presenta deficiencias en la configuración funcional del órgano encargado de asumir esta tarea, desde el plano de su pretendida imparcialidad.

Así, destaca VARELA CASTRO[541] que "lo primero que resulta cuestionable es la ausencia de diferenciación entre el órgano que asume la responsabilidad del éxito de la investigación y el que, en parte o en todo, según se trate del procedimiento ordinario o del abreviado, asume competencia para decidir sobre la pertinencia de sometimiento a juicio". E insiste en la misma idea, con matices, PEREZ BENITEZ[542], cuando señala que "hacer residir en el mismo órgano instructor el juicio de acusación presenta evidentes ventajas desde el punto de vista de la celeridad del proceso. Desde el punto de vista de la imparcialidad, (…) es sin duda situación preferible a la de atribuir tal función, como sucede en el sumario ordinario, al órgano de enjuiciamiento".

En el mismo sentido se pronuncia ASENCIO MELLADO[543], al poner de manifiesto que "(…) en el procedimiento abreviado, es competencia del propio Juez de Instrucción la decisión sobre tal apertura de juicio oral (en contraposición al procedimiento de sumario ordinario). Este planteamiento –novedoso en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la reforma de 1985- ha sido objeto de un debate en el que se cuestiona la imparcialidad del Juez de Instrucción a la hora de tomar esta decisión, ya que ha participado de forma plena en la investigación criminal dirigida a la averiguación de los hechos y a la identificación del autor de los mismos. Una afirmación razonable si se comprende que la debida imparcialidad puede desaparecer en el momento en el que el órgano judicial desarrolle este tipo de funciones. Y que, en un sentido contrario, podría quedar garantizada si su tarea en la fase previa del proceso penal se limita al control de los derechos fundamentales".

---

[541] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". Op. cit. Págs. 328 y 329.
[542] Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Op. cit
[543] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit.

Estas dudas sobre la imparcialidad del Juez de Instrucción en esta fase ya fueron puestas de manifiesto en la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, "*sobre el procedimiento abreviado introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre".* En efecto, al abordar el estudio sobre la posibilidad de que el Juez de Instrucción acuerde el sobreseimiento de la causa, se indicaba que el problema que plantea esta posibilidad es, entre otros, que "*como director de la instrucción no es necesariamente órgano imparcial al poder estar influido del prejuicio que la instrucción crea*".

Y es que, como destaca la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 4º), "*la principal característica del nuevo proceso penal abreviado, desde la óptica de nuestra doctrina sobre el <Juez imparcial>, estriba en haber residenciado la fase intermedia en el Juzgado de Instrucción y no en el de enjuiciamiento, con lo que la imparcialidad del órgano decisor queda plenamente garantizada"*[544]. De lo que se deduce, *sensu contrario*, que el sistema vigente en el procedimiento ordinario o sumario presenta también, a juicio del TC, dudas sobre la imparcialidad del órgano de enjuiciamiento, por cuanto asume funciones decisorias en la fase intermedia, ya descritas.

Como pone de manifiesto MORENO CATENA[545],"tanta diversidad después de tantas reformas legislativas carece de toda justificación; en el caso que estamos tratando parece más adecuado que sea el Juez de Instrucción quien funcionalmente tenga la competencia para decidir sobre el juicio de acusación, porque es quien tras la investigación efectuada puede llegar a la conclusión de que efectivamente existen bases suficientes como para poder abrir el juicio oral. En el proceso común, al darse la competencia funcional al mismo órgano que debe decidir sobre la condena o absolución, se produce una unificación que puede perjudicar la imparcialidad del órgano judicial, porque no son las mismas circunstancias las que determinan la existencia del derecho de acusar que las que puedan determinar la condena. Ello puede dar lugar a la contaminación de los

[544] En el mismo sentido, ver el ATS 3807/1996, de 20 de diciembre. (FJ 7)
[545] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 54 a 57.

magistrados integrantes de la Sala, si es que son las mismas personas quienes han dictado el auto de apertura del juicio oral y las que van a dictar sentencia".

En definitiva, a la vista de las deficiencias expuestas, parece procedente que, desde la racionalización de los trámites procesales y la eficacia del sistema, pero sin merma alguna de las debidas garantías para las partes, se instaure un modelo único de juicio de acusación. La aparente asistemática que se deriva de la distinta regulación de esta fase en los diferentes tipos de procedimientos se compadece mal con su carácter de trámite esencial derivado de la aplicación del principio acusatorio, que es un elemento estructural del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

En tal sentido, no parece razonable la concurrencia de diversas decisiones judiciales que, al menos en apariencia, pueden resultar incluso incoherentes entre sí, o que en realidad no se comporten más que como meros trámites formales, como ocurre en el procedimiento abreviado con el auto de apertura del juicio oral, que es dictado por el mismo Juez que previamente ha fijado los términos del debate a través del auto de incoación de procedimiento abreviado.

Como tampoco parece especialmente garantista que la apertura de juicio oral sea decretada por el órgano que está encargado de conocer precisamente del juicio oral que él mismo ha autorizado celebrar, como ocurre en el procedimiento ordinario o sumario.

En consecuencia, parece aconsejable que la decisión sobre si procede o no la apertura de juicio oral sea adoptada en un solo trámite y sin ulterior recurso, para simplificar el proceso. Además, debe garantizarse adecuadamente la debida contradicción, para lo que ha de poder celebrarse una previa audiencia a las partes[546]. Pero, sobre todo, esta decisión debe ser adoptada por un Juez no

[546] Como se destaca por PEREZ MORALES, la reforma del art. 627 LECrim llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, vino a consagrar una práctica ya establecida tras la STC 66/1989, de 17 de abrilq (FJ 12) que exige el traslado de los autos a la defensa en el trámite de "instrucción" de la fase intermedia del procedimiento ordinario o sumario. En el ámbito del procedimiento abreviado, esta contradicción se garantiza con la notificación del auto de incoación

prevenido, es decir, que no haya tomado parte en la fase de investigación (y que, por supuesto, no vaya a formar parte del órgano de enjuiciamiento), a fin de que las resoluciones que procedan sobre la suficiencia y validez del material probatorio necesario para fundamentar, en su caso, la apertura de juicio oral, no puedan estar condicionadas por la previa toma de contacto con el material que ha de ser evaluado. Un Juez que, en tal sentido, pueda ser considerado como verdaderamente imparcial.

2.4.4.- La discutible imparcialidad del Juez de Instrucción en la regulación vigente.

En efecto, a la vista de las deficiencias apuntadas, parece razonable plantearse la necesidad de unificar la regulación del denominado "juicio de acusación", desde la superación de la objeción más relevante que puede hacerse al sistema vigente, como es la discutible imparcialidad del órgano judicial encargado de tomar la decisión sobre si procede o no la apertura de juicio oral.

Como destaca VARELA CASTRO[547], "si admitir el juicio oral es una decisión jurisdiccional, debe garantizarse el desinterés subjetivo y objetivo de quien toma la decisión. (…) Por ello, el órgano que haya de decidir la admisibilidad de la imputación y su razonabilidad, como fundamento del posterior enjuiciamiento, no puede haber tenido función alguna en la fase de investigación". Pero además, "tampoco parece razonable que quien toma esa decisión sea ulteriormente el que emita el juicio de culpabilidad o mérito de la acusación".

De forma reiterada, MORENO CATENA[548] ha venido señalando que "el juez de instrucción (…) concluye la investigación cuando lo considera procedente", de manera que "quedará al libérrimo criterio del instructor determinar de oficio la suficiencia de las averiguaciones obtenidas sin necesidad de contar con el parecer

---

de procedimiento abreviado y la posibilidad de ulterior recurso, según se establece en la STC 186/1990 de 15 de noviembre (FJ 8). Ver, Pérez Morales, Mónica-Galdana. "*Las reformas a la LECr vigentes desde el 4 de mayo de 2010*". Revista Diario La Ley. nº 7432. 25 de junio de 2010.

[547] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". Op. cit. Págs. 330 a 349.

[548] Moreno Catena, Víctor. "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". Op. cit. Págs. 207 a 209.

de las partes (…)". Más adelante señala que "(…) el juez de instrucción decide sobre la procedencia de la apertura del juicio en el procedimiento abreviado. (…) este juicio de acusación, que es un momento procesal de enorme relevancia en otros ordenamientos jurídicos, en España carece de sentido, no olvidemos que en el procedimiento (por el) que se sustancian el 99 % de los casos, es decir, el procedimiento abreviado, es el juez de instrucción el que ha dictado el auto de transformación en procedimiento abreviado (…) en donde se contiene la imputación, es decir, la atribución de hechos delictivos a una concreta o a unas concretas personas (…). Por eso, esta función –la de examinar la seriedad de la acusación, el juicio de acusación o sobre la acusación- (…) que es estrictamente jurisdiccional ha perdido casi por entero su virtualidad entre nosotros, precisamente porque el juez de instrucción es un juez comprometido con la investigación y con la imputación, de modo que, salvo que se pretendan incluir en la acusación elementos completamente ajenos a los de la resolución judicial de transformación de las diligencias previas, la intervención judicial en la apertura del juicio carece de todo sentido". Para este autor, este defecto estructural del sistema es predicable incluso en el supuesto del procedimiento de sumario ordinario, ya que "es otro órgano el que se pronuncia sobre eso, que es la Audiencia Provincial, y efectivamente la Audiencia está facultada para valorar la acusación formulada por las partes acusadoras, como un órgano imparcial que es", pero "la verdad es que este modelo procesal es residual y tampoco está exento de problemas porque cabe poner serios reparos a la acumulación en la propia Audiencia Provincial, en la misma sección, tanto la resolución de la apertura del juicio como de la competencia para celebrar el juicio y dictar sentencia sobre el fondo"[549]. Y ello al margen de las decisiones que ya hubiera podido adoptar la Audiencia en materia de autos de conclusión de sumario y/o de procesamiento. En estos casos, los posibles reparos de parcialidad se pueden y se deben suplir (de hecho, así se hace) mediante normas de reparto que impidan que los mismos Magistrados que han resuelto sobre el procesamiento puedan resolver sobre la cuestión de fondo, dictando sentencia.

---

[549] Prácticamente en los mismos términos se pronuncia en "El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos". En *"¿Ministerio Fiscal o Juez instructor?. La investigación penal a debate*". Op. cit. Págs. 86 y 87. Y también en "*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Págs. 76 y 77.

El mismo autor[550] expresa esta idea en otra obra: “el juicio oral sólo debe ser realizado cuando razonablemente se haya llegado a la constatación por un tercero ajeno a las partes (…) de que existen indicios suficientes de que el hecho pudo existir, de que puede ser delictivo y de que de él puede ser autor el imputado. La decisión relativa a la apertura de la fase de juicio oral no puede quedar en manos de los acusadores, sino que se tiene que confiar a alguien ajeno a los mismos; no simplemente a alguien imparcial, sino a alguien carente de interés objetivo”.

Para LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[551] “una de las carencias más significativas de nuestro proceso penal es la ausencia de un verdadero <juicio de acusación>. Este trámite procesal ha de entenderse como la actividad jurisdiccional que impide el ejercicio de acciones penales que no tienen una base fáctica y probatoria suficiente. Al tiempo, el juicio de acusación sirve para depurar la prueba que puede tener acceso al plenario. Se evita, así, el sometimiento de una persona a un juicio penal por efecto de una pretensión acusatoria insuficientemente fundada o inválidamente constituida. En otro plano, se impide que, una vez abierto el juicio oral, tenga lugar una valoración probatoria inevitablemente influida por la práctica de la prueba irregular. (…) La <fase intermedia> de la legislación española constituye, en cambio, un tránsito meramente nominal de la actividad instructora al acto de enjuiciamiento. Cuando llega la fase intermedia los cargos ya han recibido un respaldo judicial expreso. El Juez de Instrucción ha dictado previamente una resolución de imputación formal —el auto de procesamiento en el sumario y el llamado <auto de transformación> en el ámbito del procedimiento abreviado— en la que ha formulado cargos definitivos. Dicha imputación judicial está basada, justamente, en la supuesta solidez del material investigador acumulado. Y, en la regulación del procedimiento abreviado, es el mismo Juez de Instrucción —que ha descartado el archivo y ha dictado el auto de imputación formal del art. 779 LECrim.— el que debe decidir sobre el sobreseimiento o la apertura de juicio oral.

---

[550] Moreno Catena, Víctor. “El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos”. En *“¿Ministerio Fiscal o Juez instructor?. La investigación penal a debate*”. Op. Cit. Pág. 60.
[551] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. “*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*”. Op. Cit.

Es altamente improbable que, al afrontar esta decisión, advierta súbitamente la falta de fundamento de los cargos que él mismo ha construido y formulado. El problema de la regulación vigente vuelve a ser, una vez más, la falta de imparcialidad objetiva del órgano judicial. El sujeto encargado de controlar el fundamento y la legalidad de los cargos es el mismo funcionario (judicial) que ha dirigido la investigación previa."[552]

Nótese, además, que el auto de apertura de juicio oral no puede ser impugnado en el procedimiento abreviado (art. 783.3 LECrim), ni en el Juicio Rápido (art. 800.1 LECrim), ni en el procedimiento del Tribunal del Jurado (art. 32.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, *del Tribunal del Jurado*, en adelante LOTJ).

Sin embargo, como ya se anticipó en el apartado anterior, la carencia de un auténtico juicio de acusación no sólo afecta a la ausencia de una decisión verdaderamente imparcial sobre si procede o no que una persona sea sometida al acto del juicio oral, sino que, además, tiene relevancia a la hora de determinar si el Juez de Instrucción se encuentra en condiciones de valorar y, en su caso, anular las pruebas autorizadas y practicadas por él mismo en la fase de instrucción. En este sentido, es conocida la polémica generada entre los profesores GIMENO SENDRA y ASENCIO MELLADO sobre esta cuestión[553]. Su análisis excede del propósito de este trabajo. Sin embargo, en una apretada síntesis de ambas posturas se puede señalar que, para el primero, la función del Juez de Instrucción no consiste en valorar pruebas, ni en expulsar de su investigación las <ilícitas> y

---

[552] En el mismo sentido, CRESPO BARQUERO, PEDRO. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal*". Op. cit. Págs. 209 y 210. Para este autor, un verdadero juicio de acusación es uno de los pilares sobre los que se asienta la mejora de las garantías en el paso de la instrucción formal del proceso penal a un régimen acusatorio de investigación para la preparación del juicio oral.

[553] Como antes se mencionó, la polémica tuvo su reflejo en una serie de artículos publicados en el Diario La Ley. En concreto, los siguientes:

-Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Revista Diario La Ley. nº 7990. 26 de diciembre de 2012.

-Asencio Mellado, José María. "*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*". Revista Diario La Ley. nº 8009. 25 de enero de 2013.

-Gimeno Sendra, Vicente. "*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)".* Revista Diario La Ley. nº 8021. 12 de febrero de 2013.

-Asencio Mellado, José María. "*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*". Revista Diario La Ley. nº 8026. 19 de febrero de 2013.

-Gimeno Sendra, Vicente. "*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio)".* Revista Diario La Ley. nº 8027. 20 de febrero de 2013.

todas las que se deriven de ellas, puesto que ello es competencia del órgano de enjuiciamiento, conforme a lo dispuesto en los arts. 786.2 y 741 LECrim. Para el segundo, el Juez de Instrucción puede y debe decretar de oficio la nulidad de la prueba ilícita, por la vía de lo dispuesto en el art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que entiende aplicable a cualquier fase de todo proceso.

Sea como fuere, la cuestión que ahora se plantea es si el Juez de Instrucción está en condiciones de valorar de manera imparcial la nulidad o no de las diligencias de prueba que él mismo ha practicado o autorizado practicar. Y la respuesta no puede ser muy diferente de la que se expresaba anteriormente: la configuración funcional del Juez de Instrucción puede generar en el sujeto pasivo del proceso la percepción fundada de que no existen garantías de que esa valoración no esté condicionada por una previa relación directa con el objeto de la investigación.

Con todo ello, en realidad, lo que se viene a indicar es que el juicio de acusación debe adquirir su verdadera dimensión como trámite tendente a garantizar que un órgano objetivamente imparcial valore desde la adecuada distancia si existe material probatorio suficiente y válido para proceder a la apertura de juicio oral. En consecuencia, un verdadero juicio de acusación sólo puede ser llevado a cabo por un órgano auténticamente imparcial, para que se pueda convertir en un elemento esencial para la adecuada protección del derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

En nuestra opinión, el Juez de Instrucción no está situado en una posición de alteridad que le permita afrontar esta decisión desde la necesaria objetividad, ya que no sólo es que haya tenido contacto con las fuentes de prueba, sino que es él mismo quien ha recabado esas fuentes de prueba. Por lo tanto, la regulación procesal vigente no permite afirmar la existencia de un verdadero juicio de acusación que, en tal sentido, se considera una necesidad inaplazable.

3.- Las deficiencias del sistema vigente frente a la delincuencia del siglo XXI.

Es evidente que el sistema de Justicia penal instaurado en el año 1882 no podía siquiera imaginar la transformación experimentada por nuestra sociedad durante el siglo XX. En palabras de MORENO CATENA[554], la "sociedad autárquica (…) fundamentalmente de economía agraria" de finales del siglo XIX, "tiene muy poco que ver (…) con los delitos que se cometen (…) a principios del siglo XXI en una sociedad post-industrial y muchísimo más compleja" como la nuestra.

En efecto, como destaca CASTRESANA FERNANDEZ[555], la globalización, entendida como un "fenómeno de mundialización (…) en el que la desaparición progresiva de fronteras (…) ha supuesto indudables mejoras para las sociedades humanas (…) ha permitido también el agravamiento de las características de algunos fenómenos delictivos, y en particular, de la corrupción". Para este autor, la nueva delincuencia viene caracterizada por la internacionalización de sus actividades; por su profesionalización; por el desarrollo de estructuras societarias instrumentales; por su jerarquización y especialización, mediante la división y diversificación de funciones; y en último lugar, por la irrupción masiva en los mercados lícitos, sin abandonar sus actividades tradicionales en los mercados ilícitos.

De la misma idea participa MAGRO SERVET[556], cuando destaca que "la realidad nos está demostrando que nos enfrentamos a unas nuevas formas de delincuencia más sofisticadas y que han dejado atrás la improvisación de la ejecución del delito para arroparse de una estructura muy bien organizada que sigue los cánones de la empresa a la hora de formar sus cuadros. (…) Ello está conllevando especiales

---

[554] Moreno Catena, Víctor. "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". Op. cit. Pág. 195.
[555] Castresana Fernández, Carlos. "*Corrupción, globalización y delincuencia organizada*". En "La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar". VVAA. Coord: Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo. Ed. Ratio Legis. Salamanca. 2004. Págs. 213 a 215.
[556] Magro Servet, Vicente. *"Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada".* Revista Diario La Ley. nº 6843. 18 de diciembre de 2007.

dificultades a la hora de realizar tareas de investigación para descubrir a los autores de los hechos delictivos, pero no sólo eso, sino que en el caso de localizar a los meros ejecutores el fenómeno organizativo se constituye como un auténtico velo que impide llegar en la mayoría de los casos a los auténticos responsables sobre los que descansa la ideología que ha puesto en marcha la organización delictiva. Esto hace al grupo delictivo más dañino en la ejecución de sus objetivos y más impune en su organización ante la comisión de ilícitos penales. Además, las fuentes de financiación obtenidas permiten ser más eficaces y se retroalimentan del fenómeno delictivo para que, por medio del blanqueo de capitales, hagan crecer su patrimonio social de forma rápida y contundente. (…) Este grado de sofisticación la hace más peligrosa al unir el fenómeno organizativo del grupo con el uso de las tecnologías para la ejecución de los delitos que se cometen".

Pues bien, la actividad criminal propia del siglo XXI presenta algunas notas características. Se trata de una criminalidad organizada, especializada y/o transnacional, que utiliza la opacidad propia de formas societarias complejas o modernas redes sociales telemáticas para la comunicación y la realización de sus actividades delictivas en diversos territorios o países; que se vale de amplios medios personales y/o materiales; que aprovecha la complejidad normativa o administrativa; o que emplea instrumentos cada vez más sofisticados para la obtención u ocultación de las ganancias obtenidas ilícitamente. Frente a este tipo de criminalidad es necesario preguntarse si la estructura del proceso penal y la propia organización judicial se encuentran en condiciones de ofrecer una respuesta eficaz. Y en este punto son numerosos los autores que se pronuncian en sentido negativo.

Lo primero que conviene resaltar es que, a pesar de que en la última década se ha producido un indudable incremento de órganos judiciales y fiscales, el sistema de Justicia penal no ha experimentado mejoras significativas.

En el año 2004[557] existía un total de 430 partidos judiciales en toda España, con 338 Juzgados de Instrucción, a los que había que añadir 1.081 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y 6 Juzgados Centrales de Instrucción. En cuanto a los órganos unipersonales de enjuiciamiento, en aquel año se contaba con 286 Juzgados de lo Penal, 12 Juzgados de lo Penal de Ejecutorias y 1 Juzgado Central de lo Penal. En cuanto a los órganos colegiados, existían 51 Secciones Penales de Audiencia Provincial, 88 Secciones mixtas (Penales y Civiles) de Audiencias Provinciales, 4 Salas de lo Penal en la Audiencia Nacional, 17 Salas de lo Civil y Penal de Tribunales Superiores de Justicia, además de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En todos los órdenes jurisdiccionales, el total de Jueces y Magistrados era de 9,54 por cada 100.000 habitantes. El gasto en Justicia total era de 2.625.116,28 (miles de euros). En el ámbito del Ministerio Fiscal, su plantilla orgánica estaba compuesta por 14 Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, 1.049 Fiscales y 567 Abogados Fiscales.

En el año 2014[558] existía prácticamente el mismo número de partidos judiciales (431), en los que prestaban servicios un total de 499 Juzgados de Instrucción, 106 Juzgados de Violencia contra la Mujer, 1.046 Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y los 6 Juzgados Centrales de Instrucción. Además, los Juzgados de lo Penal habían ascendido a 340, a los que se añadían 23 Juzgados de lo Penal especializados en Violencia contra la Mujer y 17 especializados en Ejecutorias, además del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional. En cuanto a los órganos colegiados, en el año 2014 había 100 Secciones Penales de Audiencia Provincial y 29 Secciones mixtas en Audiencias Provinciales, además de las 4 Salas de lo Penal de la Audiencia Nacional, las 17 Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En todos los órdenes jurisdiccionales, el total de Jueces y Magistrados era de 11,5 por cada 100.000 habitantes. El gasto en Justicia total era de 3.517.834.516 euros (es

[557] Datos referidos a fecha 1 de enero de 2004. Se pueden consultar en la página web del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), y más en concreto, en el apartado de Temas-Estadística Judicial-Informes estadísticos-La Justicia dato a dato.
[558] Datos referidos a fecha 1 de enero de 2014. Se pueden consultar en la página web del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es), y más en concreto, en el apartado de Temas-Estadística Judicial-Informes estadísticos-La Justicia dato a dato

decir, un 0,33 % del PIB, a razón de 75,2 euros por habitante. En el ámbito del Ministerio Fiscal, su plantilla orgánica estaba compuesta por 25 Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, 1.778 Fiscales y 604 Abogados Fiscales.

Analizando estos datos, se puede observar que en el año 2004 había un total de 1425 órganos judiciales naturalmente encargados de la investigación penal (Juzgados de Instrucción, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y Juzgados Centrales de Instrucción). En el año 2014, esta cifra era de 1.657 (incluyendo los Juzgados de Violencia contra la Mujer), lo que representa un incremento del 16,28 %. En el Ministerio Fiscal, la plantilla orgánica pasó de los 1630 a los 2407 Fiscales, lo que supone un aumento del 47,66 %, mientras que el presupuesto destinado a la Administración de Justicia se incrementó en un 34 %.

Todo este esfuerzo económico (con independencia de la valoración sobre su suficiencia o no) no parece corresponderse con una mejora sustancial de la gestión de los procedimientos penales, a tenor de los datos estadísticos ofrecidos por el sistema, que ya fueron expuestos en el Capítulo II[559].

Como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[560], "es frecuente que los argumentos favorables a la reforma estructural del sistema penal se apoyen en los alarmantes datos estadísticos que periódicamente ofrecen las diversas fuentes oficiales. Desde posiciones contrarias al cambio de modelo se ha rechazado, con toda razón, este aparente recurso a la evidencia empírica. Como bien se ha señalado, la auditoría del sistema no puede basarse en una estadística judicial que no es realmente fiable. Sin embargo, este razonamiento no suele ir acompañado de su lógico corolario: la escasa fiabilidad de los datos disponibles responde justamente a los males del sistema organizativo que los genera. En otras

[559] En este sentido, parece que no resultan del todo vigentes las palabras de De La Oliva Santos, en su obra "*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Op. cit. Pág. 50, cuando indicaba que, aunque no podía negarse la necesidad de determinadas reformas procesales, la "raíz de la crisis (de la Justicia) estriba (…) en algo tan simple y elemental como esto: muy pocos jueces para demasiados delitos".

[560] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

palabras, la inutilidad de la estadística judicial es una consecuencia más de la defectuosa organización de la justicia penal".

Precisamente por todo ello, no faltan autores que afirman abiertamente que el problema es estructural, de diseño del modelo. Así, GIMENO SENDRA[561] señala que, "cuando se habla de los actuales defectos de nuestra Justicia penal, los defensores del clásico modelo del Juez de Instrucción, suelen aducir que tales males obedecen a la escasez de juzgados y de medios en nuestra administración de Justicia. Desde tal premisa, la solución del problema parece evidente: será suficiente incrementar sustancialmente la plantilla orgánica y los medios de nuestra Justicia". Sin embargo, para este autor, "la realidad nos confirma que de poco han servido los incrementos presupuestarios y las reformas procesales habidas en estos últimos diez años". Y considera que la causa es "el mantenimiento de un caduco modelo, el del Juez Instructor francés, con un poder <difuso>, omnímodo y carente de controles, tanto procesales (habida cuenta de la lentitud de los recursos devolutivos), como extraprocesales, ante la ineficacia práctica de los mecanismos de responsabilidad de Jueces y Magistrados".

En una línea paralela se sitúa LACUEVA BERTOLACCI[562], para quien "los problemas que adolecen a la Justicia no se solucionan, únicamente, con la clásica reivindicación de que se necesitan más empleados públicos (Jueces, Secretarios Judiciales, Fiscales o resto de funcionarios), sino con una organización y distribución de personal más eficiente y racional"[563].

Estos problemas generales del sistema se hacen más evidentes cuando se trata de perseguir infracciones criminales complejas, para las que, como señala DAMIAN

---

[561] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.

[562] Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Op. cit.

[563] "Aquí es donde entra en juego la nueva oficina judicial. Las unidades procesales de apoyo directo, los servicios comunes y la oficina del fiscal son instrumentos necesarios para el éxito del objetivo propuesto. Estas oficinas constituyen una pieza importante, puesto que están orientadas a conseguir una especialización de los empleados públicos que la integran, así como una racionalización en las tareas que desempeñen. (…) La Comisión sobre Demarcación y Planta, además, plantea la necesidad de modificar la actual organización de los partidos judiciales y la creación de Tribunales de base y de Primera Instancia, amén de potenciar el papel de los Tribunales Superiores de Justicia". Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Op. cit.

MORENO[564], "la instrucción confiada a los jueces de instrucción se ha revelado claramente insuficiente para hacer frente a los requerimientos que demanda la sociedad actual". Del mismo modo se expresa MAGRO SERVET[565], para quien "es el fenómeno organizativo el que les hace ser más efectivos en la consecución de sus objetivos y según la forma en la que esté organizado el grupo hace más difícil para los responsables policiales y judiciales la persecución de los autores".

En efecto, destaca GIMENO SENDRA[566] que "la función del clásico Juez de Instrucción se sigue reputando válida para la determinación de los clásicos delitos de sangre o contra la propiedad (aquellos que integran el estándar de la <alarma social>), pero que, por el contrarío, dicho modelo no da una respuesta adecuada a nuevas formas de delincuencia, tales como la enunciada de <guante blanco> o, en general, la delincuencia organizada". En otra obra[567] afirma que "nuestro Poder Judicial adolece de la infraestructura necesaria y de las medidas sustantivas y procesales adecuadas para erradicar (la) grave lacra" que supone la criminalidad organizada en general, y la corrupción urbanística en particular. En la práctica forense, los procesos penales se eternizan y va cundiendo en la sociedad una sensación de impunidad".

Pues bien, según diversos autores, una de las causas de que ésto sea así es la atomización impuesta por una organización judicial difusa que, bajo el prisma del derecho al juez legal, ofrece una garantía de objetividad en la predeterminación del órgano competente para el conocimiento de un asunto que, sin embargo, encorseta de forma desproporcionada la respuesta que requiere este tipo de criminalidad.

---

[564] Damián Moreno, Juan. *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Op. cit.
[565] Magro Servet, Vicente. *"Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada".* Op. cit.
[566] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[567] Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Revista Diario La Ley. nº 7990. 26 de diciembre de 2012. Para este autor, "la corrupción, con sus injustas dádivas a determinados políticos, no solo entraña una ilegítima desviación de los recursos públicos obtenidos con nuestros cada vez más elevados impuestos, sino que se erige también en un serio obstáculo al desarrollo económico, al producir un tipo de empresario que, nacido a la sombra del poder político, se convierte en monopolista de la obra pública y de la construcción privada, impidiendo en su sector la concurrencia de otras empresas con el riesgo de poder degenerar y convertirse en una auténtica <mafia>".

Así lo entiende GIMENO SENDRA[568], quien observa "en la práctica, que no siempre se cumplen las reglas de conexión, formándose diversos sumarios en distintos juzgados (…), cuyos titulares pueden tener una respuesta diferente (p. ej. en cuanto al secreto o publicidad del sumario) en la investigación de delitos tan importantes como los de carácter <mafioso>. (…) esta práctica forense de <trocear los sumarios> (…), consustancial a un modelo <difuso> de la independencia judicial se revela contraproducente, desde el punto de vista de la eficacia policial (pues, la Policía puede recibir órdenes contradictorias de los distintos juzgados), en orden a la lucha contra esta delincuencia organizada que exige, hoy más que nunca, un tratamiento único de la actividad investigadora"[569].

En el mismo sentido se pronuncia ESPINA RAMOS[570], cuando indica que "la naturaleza intrínseca de determinados tipos de delitos se compadece mal con una instrucción encomendada a un cuerpo difuso de Jueces de Instrucción, no sólo independientes, sino absolutamente desconectados entre sí, que mal podrán hacer frente a fenómenos delictivos y entramados criminales tan complejos como los referidos".

Para LOPEZ ORTEGA y RODRIGUEZ FERNANDEZ,[571] "la sujeción de la competencia instructora a un fuero territorial —ligado al derecho fundamental al juez predeterminado por la ley— entorpece la correcta distribución de los recursos públicos. (…) en el sistema en vigor, la instrucción de un caso de dicha naturaleza corresponde al juez territorialmente competente conforme a los mismos criterios por los que se le atribuye el conocimiento de un delito de bagatela. De este modo, el juez se ve obligado a combinar esta función directiva de una investigación compleja con la instrucción de la criminalidad común de su partido y con la celebración de

---

[568] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[569] Ver, prácticamente en los mismos términos: Gimeno Sendra, Vicente. "*Las partes acusadoras*", en "El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988". Op. cit. Págs. 100 y 101.
[570] Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". En "La reforma de la Justicia Penal". VVAA. Coord. por Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Angel José. Lex Nova Editorial. Valladolid. 2008. Pág. 417.
[571] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

juicios de faltas[572]; y en los órganos mixtos que acumulan competencias no penales, debe compatibilizar estas labores con el dictado de sentencias civiles".

Frente a la situación que se acaba de describir, son varias las alternativas que se han planteado.

Así, para GIMENO SENDRA[573], resulta necesario que el Poder Legislativo efectúe determinadas reformas que este autor sistematiza en "orgánicas, preventivas y represivas". En lo que ahora interesa, y dentro de las medidas de carácter represivo, destacan las relacionadas con el derecho procesal penal. Y en concreto, la necesidad de agilizar los <macro procesos>, por cuyo concepto "podemos entender, bien los suscitados por una ingente pluralidad de víctimas o contra un considerable número de acusados, bien como consecuencia de la comisión de delitos por una trama organizada en distintas partes del territorio nacional". A tal fin, propone, entre otras medidas, una reordenación del ejercicio de la acción penal y civil y del régimen de intervención de las partes en el proceso.

Para este autor, "como es sobradamente conocido, en materia de ejercicio de la acción penal y de la civil acumulada, nuestro ordenamiento procesal es el más generoso de Europa a la hora de otorgar a los ciudadanos la legitimación activa y pasiva, puesto que en el proceso penal, junto al MF, pueden comparecer, de un lado, acusadores populares, particulares y privados, y actores civiles; y, de otro, responsables civiles, directos y subsidiarios. Pero en el otro lado de la medalla forzoso se hace reconocer que la intervención de todas estas partes privadas con las consiguientes citaciones, traslado de actuaciones e interposición, por ellas, de incidentes y recursos devolutivos, se convierte en una fuente de dilaciones".

---

[572] Como ya se mencionó en nota anterior, hay que tener en cuenta que, como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE nº 77 de 31 de marzo), se ha suprimido el Libro III relativo a las faltas. Algunas de estas infracciones se han transformado en los denominados "delitos leves", con lo que no ha desaparecido absolutamente la carga de trabajo anteriormente dedicada a los juicios de faltas.

[573] Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.

Por este motivo, GIMENO SENDRA es partidario de "modular el régimen" de la acción popular[574], o "establecer una reserva obligatoria de la acción civil en el supuesto de comisión de delitos masa con una ingente pluralidad de perjudicados"[575]. Del mismo modo, en los casos en que existan múltiples imputados, aboga por la formación de las correspondientes <piezas separadas> (art. 762.6º LECrim), siempre que exista algún elemento que permita el enjuiciamiento separado, "aun cuando pudiera peligrar la continencia de la causa"; así como la "instauración del principio de oportunidad" y el favorecimiento de mecanismos de colaboración de los imputados para el esclarecimiento de los hechos, quienes "podrían beneficiarse de una exención de pena o de una conformidad premiada"[576]. Y en los casos de multiplicidad de delitos cometidos de manera organizada pero en distintas demarcaciones territoriales de diversos Tribunales Superiores de Justicia, considera que el "tratamiento procesal vigente

[574] Aunque se muestra crítico con el Anteproyecto de reforma de la LECrim del año 2011 (que será analizado más adelante), y en concreto, con su art. 82.1.d), que prohíbe su ejercicio por parte de los <partidos políticos y de los sindicatos>. Para este autor, "ciertamente, y en lo que respecta al ejercicio de la acción popular por los partidos políticos, cabe señalar que ha contribuido notablemente al lamentable fenómeno conocido como la <judicialización de la vida pública>; pero tampoco cabe desconocer, que, en nuestro país, las asociaciones portadoras de intereses colectivos o difusos (así, por ejemplo, las asociaciones de vecinos para combatir la corrupción en el urbanismo) no se caracterizan por el ejercicio de la acción popular, vacío que han colmado determinados partidos políticos que, aun cuando lo hagan por razones electorales, su ejercicio ha contribuido, en la práctica forense, a poner freno a la corrupción política. Todavía parece menos justificada la exclusión en el ejercicio de la acción popular, que realiza el anteproyecto, de las entidades sindicales, las cuales debieran estar legitimadas para el ejercicio, al menos, de la acción penal, en su calidad de acusadores particulares (en tanto que portadores de intereses colectivos), en los procesos instaurados por la comisión de delitos contra los derechos de los trabajadores". Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.

[575] "Ante la comisión de delitos masa [caso del síndrome tóxico o del aceite de colza, hundimiento de la presa de Tous, caso de la explosión pirotécnica en el PRYCA de Alicante, etc.] suelen los perjudicados, antes de acudir a otras vías procesales (civiles o contencioso-administrativas por funcionamiento anormal de los servicios públicos), ejercitar la acción penal con el único objeto de imputar a un funcionario y poder dirigir la acción civil contra el Estado en su calidad de responsable civil subsidiario. El resultado de todo ello es que la instrucción se eterniza, el juicio oral puede prolongarse indefinidamente ante la multiplicidad de acusaciones particulares y la sentencia, en muchos casos, deviene absolutoria". Por ello, se muestra partidario de la solución ofrecida por el art. 22.2 del Anteproyecto de reforma de la LECrim del año 2011, según el cual "se ejercitarán siempre ante el Tribunal del orden jurisdiccional civil o contencioso-administrativo competente las pretensiones civiles relativas a intereses difusos, colectivos y de grupo contemplados en el art. 11 LEC". Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.

[576] "Paradigmático resulta, a este respecto, el caso Malaya, proceso que, iniciado en noviembre de 2005, su juicio oral empezó, con noventa y cinco acusados, el 27 de septiembre de 2010 y acabó el 30 de julio de 2012, estando pendiente todavía a esta fecha (diciembre de 2012) de dictar sentencia. La instauración de un juicio oral contra noventa y cinco imputados, el cual debe transcurrir, a ser posible, en una sola audiencia (cfr., arts. 744 y 749), constituye un desatino procesal. El transcurso de tal dilatado periodo en la realización del juicio oral (casi dos años) ocasiona que los efectos favorables de la inmediación, las impresiones y recuerdos, se borren de la mente del Tribunal, quien, para una adecuada valoración de la prueba, ha de dictar sentencia también con inmediatez temporal. Por ello, no debiera nunca secundarse esta solución (…)".Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.

(…) puede erigirse en un factor de dilación". Por ello aboga de nuevo por la "formación de piezas separadas"[577].

Desde otra perspectiva, en el plano orgánico, algunos autores apuestan por la creación de órganos judiciales especializados. De esta manera, se mantendría el diseño estructural del proceso penal, encomendando la fase de investigación a un órgano judicial, pero de carácter especializado. En este sentido se pronuncia MAGRO SERVET[578], quien parte de la base de la distinción entre "crimen organizado", que sería competencia de la Audiencia Nacional, y "delincuencia organizada o grupos criminales", para cuya persecución serían competentes los "Juzgados provinciales contra la delincuencia organizada". Para este autor, "existe cierta tendencia a confundir los fenómenos relativos al crimen organizado y lo que se entiende por delincuencia organizada, que desciende a un nivel inferior de la primera y con unas aspiraciones más concretas y centradas de modo localista o en ámbitos territoriales más reducidos". Y así, para la persecución del primero queda "perfectamente delimitada la intervención de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, mientras que en el caso de la delincuencia organizada sería preciso potenciar los niveles provinciales de persecución en cuanto a la articulación de medios materiales y humanos que tiendan a posibilitar una mejor coordinación y organización en los medios (…) que nos suministren mejores herramientas con las que perseguir fenómenos delictivos que se aprovechan de su estructura organizativa, mayor o menor, para conseguir la impunidad en la comisión de hechos delictivos".

Sin embargo, en este punto habría que enlazar con varias ideas que ya fueron expuestas con anterioridad: la función investigadora no presenta una naturaleza

---

[577] En realidad, para este autor, "este tipo de delitos debiera ser del conocimiento de la Audiencia Nacional. Pero, como quiera que resulten en él, imputadas diversas autoridades autonómicas con sus consiguientes <aforamientos>, su objeto procesal habrá de fragmentarse entre distintos procesos penales. (…) Éste es el supuesto del caso Gürtel, que, iniciado en febrero de 2009, y con ramificaciones en las Comunidades de Madrid, Valencia y Galicia, todavía está pendiente de señalamiento para su juicio oral. (…) Por esta razón, y en tanto no se adopte la solución de derogación de los aforamientos autonómicos, una vez más, habría que acudir a la urgente formación de piezas separadas (art. 762.6 LECrim), a fin de agilizar la tramitación de los diversos procesos penales ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia". Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.

[578] Magro Servet, Vicente*. "Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada".* Op. cit.

jurídica que exija su jurisdiccionalidad y, en consecuencia, la regulación del órgano encargado de llevar a cabo esta tarea no requerirá los condicionantes propios del derecho al juez legal.

Participan de esta tesis LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[579], para quienes "no hay ninguna razón de peso para que la dirección de la investigación, en cuanto concentra potestades de carácter no jurisdiccional, se sujete a criterios de organización rígidos que sólo encuentran su explicación en las particularidades propias de la función de juzgar. Y es evidente, a la inversa, que la introducción en la organización judicial de un sistema flexible de asignación de asuntos, con recursos intercambiables y conectados entre sí, sería incompatible con el ejercicio de las funciones de garantía".

En definitiva, para estos autores, sólo el Juez puede desempeñar potestades garantizadoras que sí son jurisdiccionales, y que "consisten en juzgar —desde una posición de <ajenidad>— el conflicto que surge entre la pretensión estatal de intromisión en ciertos derechos del ciudadano —con el fin de esclarecer los hechos criminales— y la del investigado de oponerse a dicha injerencia en su esfera personal. Es esa controversia la que debe ser resuelta por un juez imparcial claramente predeterminado por reglas rígidamente fijadas".

Pero no ocurre lo mismo si la investigación se atribuye al Ministerio Fiscal, ya que no existe un derecho fundamental al "Fiscal ordinario predeterminado por la Ley". Como señala el ATC 460/1983, de 13 octubre (FJ 4º), hay que destacar la "*confusión en que se incurre de asimilar por extensión al Ministerio Fiscal con el Juez ordinario predeterminado, cuando sus funciones son diferentes, y no corresponde a aquél la misión jurisdiccional de juzgar, única protegida en el art. 24.2 CE, no existiendo en ésta reconocido en favor de los ciudadanos, la intervención en el proceso penal como parte acusadora de un miembro determinado del Ministerio Fiscal, pues como dice el art. 124.2 CE, ejerce sus*

[579] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad"[580].

Los principios informadores y la estructura orgánica del Ministerio Fiscal permiten sistemas flexibles y especializados de organización que puedan contribuir a una persecución más eficaz de las nuevas formas de criminalidad. En este sentido se expresa ESPINA RAMOS[581], cuando pone de manifiesto las ventajas de la especialización que ya existe en las Fiscalías, habida cuenta de que "no está constreñido por reglas de atribución de competencia tan estrictas como las que son de aplicación a los Jueces". Y en parecidos términos se pronuncian LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[582], al señalar que "la dirección de la investigación de un asunto complejo sólo puede marcarse en función de conocimientos especializados, con una dedicación exclusiva y permanente".

Y es que, efectivamente, este tipo de delincuencia organizada sólo puede combatirse organizadamente, es decir, desde la creación de equipos de trabajo especializados, que desempeñen su labor bajo criterios uniformes de actuación que puedan ser aplicados de manera coordinada en diversos territorios. La tradicional estructura judicial basada en un Juez, con un número determinado de miembros del personal auxiliar, que ejerce sus funciones en un ámbito competencial y territorial reducido, y desconectado de cualquier otro órgano judicial (incluso de su propio partido judicial), por imperativo de las lógicas exigencias derivadas del derecho al "juez legal", no se ha revelado como un sistema de persecución eficaz de este tipo de criminalidad. Por ello, la creación de órganos judiciales (aunque sean especializados) no contribuye a superar las actuales deficiencias.

---

[580] Citado en RUIZ RUIZ, GREGORIO. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Op. cit. Pág. 121.
[581] Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". Op. cit. Págs. 416 y 417.
[582] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

La cuestión, por tanto, no es sólo quién investiga, sino cómo, en qué condiciones[583]. Lo que entronca con la necesidad de seguir analizando el funcionamiento real y concreto de nuestro sistema de Justicia criminal, y particularmente, en uno de los aspectos más necesitados de estudio y valoración, como es la existencia de dilaciones en la tramitación de los asuntos.

4.- Las dilaciones en la fase de instrucción.

Las cifras estadísticas relativas a la jurisdicción penal la sitúan como una de las que más ágilmente resuelve los asuntos que le son encomendados. Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial[584], la duración media de los asuntos terminados en el año 2014 fue de 1,6 meses en el ámbito de los Juzgados de Instrucción y de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción; y de 2,1 en los Juzgados de Violencia contra la Mujer. En el ámbito de la Audiencia Nacional, la duración media fue de 5,7 meses en los Juzgados Centrales de Instrucción[585].

Sin embargo, estos datos pueden ser engañosos ya que, como antes se mencionó, los tiempos medios de respuesta incluyen también todos aquellos asuntos que son incoados y archivados el mismo día (sobreseimientos, acumulaciones, inhibiciones o archivos).

---

[583] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.

[584] "El tiempo que los asuntos están en los órganos judiciales es otro indicador de la calidad de la Justicia. Se ofrecen estimaciones de las duraciones medias de los asuntos terminados en cada periodo. Estas estimaciones se han obtenido por medio de un modelo matemático que hace uso de los números de asuntos ingresados, resueltos y en trámite al comienzo de cada periodo. La duración se expresa en meses". La Justicia dato a dato. Informe 2014. Disponible en www.poderjudicial.es, y más en concreto, en el apartado de Temas-Estadística Judicial-Informes estadísticos-La Justicia dato a dato.

[585] Estas cifras contrastan con los 10,9 meses en los Juzgados de lo Penal y 10,2 en los sumarios tramitados en las Audiencias Provinciales. Y también son muy diferentes a los 6,6 meses que dura la tramitación media de un asunto civil en un Juzgado de Primera Instancia, de Primera Instancia e Instrucción o de Familia. Fuente: La Justicia dato a dato. Informe 2014. Disponible en www.poderjudicial.es, y más en concreto, en el apartado de Temas-Estadística Judicial-Informes estadísticos-La Justicia dato a dato.

Por ello, una visión más ajustada a la realidad es la que ofrece el análisis realizado por la Fiscalía General del Estado en su Memoria correspondiente al ejercicio 2014 [586].

Así, la proyección de tiempos medios (computados por días) entre el momento de la incoación de un procedimiento y la formulación de acusación por el Ministerio Fiscal es la siguiente: Procedimiento abreviado: 393 días; Sumario ordinario: 722 días; Tribunal del Jurado: 538 días.

Es decir, que una vez descontados aquellos asuntos que tienen una tramitación muy breve, el resto de asuntos -los que de verdad requieren de una investigación- sufren demoras que alcanzan entre algo más de uno y hasta los dos años como media.

Esta situación se prolonga de forma aparentemente desproporcionada en la fase intermedia, ya que en algunos casos supera la duración de la propia investigación, cuando se supone que requiere menos trámites. Circunstancias como la necesidad del traslado a las partes de todo lo actuado para la formulación de los escritos de defensa y la localización personal de los imputados, así como la saturación propia de los órganos judiciales tanto de instrucción como de enjuiciamiento, contribuyen a que la proyección de tiempos medios entre la formulación de la acusación y el primer señalamiento sea la siguiente: Procedimiento abreviado: 484 días; Sumario ordinario: 175 días; Tribunal del jurado: 305 días.

Pues bien, entre los diversos factores que influyen en este estado de cosas, destacaremos dos de los que aparecen como más evidentes. Uno de ellos es de carácter estrictamente procesal y pudiera ser relativamente superable: el régimen de recursos contra las decisiones del Juez de Instrucción. El otro presenta connotaciones de tipo estructural, es decir, derivadas de un modelo de

[586] Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2014, que se puedan consultar en la página web www.fiscal.es.Capítulo IV. Evolución cuantitativa de los procedimientos penales

investigación criminal que, a nuestro juicio, y precisamente por ello, debe ser superado.

4.1.- Los recursos contra las resoluciones del Juez de Instrucción.

Como señala GIMENO SENDRA[587], los recursos pueden ser definidos como "el conjunto de actos de postulación a través de los cuales la parte gravada por la resolución definitiva puede obtener su revisión, ya sea por el mismo órgano judicial que la dictó, ya sea por otro superior, con el objeto de evitar los errores judiciales y asegurar la aplicación correcta y uniforme del Derecho". De forma más abreviada, HINOJOSA SEGOVIA[588] define el recurso como "un acto de parte por el que se solicita la modificación de una resolución, que produce un gravamen al recurrente, en el mismo proceso en que aquélla fue dictada", indicando que su fundamento se encuentra en el "reconocimiento de la falibilidad humana"[589], o como especifica GIMENO SENDRA, "de la falibilidad del órgano judicial", añadiendo también como fundamento la "necesidad de evitar que la certeza, implícita en toda resolución judicial, alcance su plenitud cuando la parte gravada por ella la estime no ajustada a Derecho"[590].

El derecho al recurso aparece integrado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE. Así lo afirma expresamente, con cita de otras muchas, la STC 12/2002, de 28 de enero (FJ 2º): "*Nuestra doctrina ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que para cada género de procesos estén establecidos en el ordenamiento*."

---

[587] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Pág. 795.
[588] Hinojosa Segovia, Rafael. En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 597.
[589] Hinojosa Segovia, Rafael. En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 598.
[590] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Pág. 795.

Como destaca PEREZ MARTEL[591], para el Tribunal Constitucional[592] "el derecho a recurrir es hoy un derecho de carácter netamente procesal; que se concede a las partes en los supuestos determinados en la Ley; que tiene carácter de derecho fundamental y constitucional".

Pero este derecho "no es considerado como ilimitado", según ASENCIO MELLADO[593], sino que se concreta "únicamente en aquellos legalmente establecidos. De este modo, se garantiza la libertad del legislador a la hora de crear los que estime pertinentes"[594]. De nuevo la STC 12/2002, de 28 de enero (FJ 2º) es clara al respecto: "(…) *el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales. El legislador es, en principio, libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso* (…)".

En este sentido, como señala GIMENO SENDRA[595], "a las partes les asiste un derecho fundamental al recurso preestablecido por el legislador y previo cumplimiento de todos los requisitos que condicionan su admisibilidad, sin que les alcance un supuesto derecho a exigir uno de una naturaleza determinada". De hecho, como indica MONTERO AROCA[596], "el legislador ordinario, a la hora de regular un proceso, puede hacerlo tanto dotándole de recurso como sin él". Ahora bien, si el legislador ha regulado un proceso con recurso, "éste forma parte entonces del derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que se vulneraría ese derecho tanto si el legislador condicionara la admisibilidad del recurso a presupuestos o requisitos de imposible o de muy difícil cumplimiento, como si el

---

[591] Pérez Martell, Rosa. "*Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*". Op. cit. Pág. 67.
[592] En numerosas sentencias sobre esta cuestión, entre otras las SSTC 54/1984, de 4 de mayo; 176/1990, de 12 de noviembre.
[593] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 283.
[594] Ver, en el mismo sentido: Montero Aroca, Juan. "*Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*". Revista del Ministerio Fiscal. número 4. 1997. Ministerio de Justicia. Madrid. 1997. Pág. 66; Pérez Martell, Rosa. "*Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*". Op. cit. Pág. 68; Montón Redondo, Alberto. En Montero Aroca, Juan: Gómez Colomer, Juan Luis; Barona Villar, Silvia; Montón Redondo, Alberto. "*Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2009. Pág. 378.
[595] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 144 a 149.
[596] Montero Aroca, Juan. "*Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*". Op. cit. Pág. 66.

juez o tribunal interpretara la norma de modo que de hecho impidiera a las partes la utilización del recurso"[597].

Sin embargo, esta regla general debe ser matizada en el caso del proceso penal, por cuanto ese derecho a los recursos se encuentra previsto en el art. 2.1 del Protocolo adicional nº 7 del CEDH, ratificado por España en fecha 28 de septiembre de 2009 (BOE de 15 de octubre) y entrado en vigor el 1 de diciembre de 2009, así como en el art. 14.5 del PIDCP de Nueva York, que forma parte de nuestro ordenamiento interno (art. 10.2 CE), hasta el punto de que algunos autores como ASENCIO MELLADO[598] afirman el carácter "absoluto" de este derecho a los recursos en el ámbito del proceso penal.

El art. 2.1 del protocolo 7 al CEDH de 1 de noviembre de 1988 dispone que: "*toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior. El ejercicio de ese derecho, incluidos los motivos por los que podrá ejercerse, se regularán por ley*". Por su parte, el art. 14.5 PIDCP establece que: "*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley*".

De nuevo GIMENO SENDRA[599] recalca que, de una interpretación literal de estos preceptos se deduce que este derecho sólo es aplicable al procedimiento penal, respecto de la persona que ha sido objeto de condena por sentencia, y en todo caso de configuración legal. De esta manera se puede decir que, con carácter general, no hay un derecho a un recurso concreto o a un recurso inexistente, sino

---

[597] En parecidos términos se pronuncia ASENCIO MELLADO, cuando señala que: "una vez establecidos (los recursos), los mismos han de ser de fácil acceso y su aplicación no ser nunca interpretada de forma restrictiva". Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 283. De nuevo la STC 12/2002 abona esta idea, en relación con la admisión de los recursos de casación, al indicar que: "si bien no implica la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sí que impone la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican", con cita de las SSTC 84/1997, de 22 de abril (FJ 2º), y 184/1997, de 28 de octubre (FJ 5º).

[598] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 283.

[599] Gimeno Sendra, Vicente. "Derecho procesal penal". Op. Cit. Págs. 144 a 149.

un derecho de acceso a la instancia legalmente preestablecida, con arreglo al sistema de recursos previsto en el ordenamiento procesal y a obtener en ella, y previo cumplimiento de los presupuestos y requisitos procesales, una sentencia de fondo en la segunda instancia. Sólo habría vulneración de lo dispuesto en los instrumentos internacionales si la ley no previera recurso alguno contra una sentencia condenatoria o, como señala el TC[600], cuando no se admita de plano por ausencia de requisitos fácilmente subsanables[601].

Sea como fuere, el objeto de este estudio se ha de centrar en la fase de instrucción[602], y en este ámbito la regulación vigente en materia de recursos determina que contra las resoluciones del Juez de Instrucción se pueden interponer, fundamentalmente, los recursos de reforma y apelación[603].

El recurso de reforma es un medio de impugnación no devolutivo, es decir, que se resuelve por el mismo órgano judicial que dictó la resolución impugnada.

La regla general, según dispone el art. 217 LECrim, es que el recurso de reforma "*podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción*". En el ámbito

---

[600] Como señala la STC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3) "*el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, (…) consagra (art. 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, (…) no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento*".

[601] Una opinión contraria sostiene MONTERO AROCA, JUAN, en: "*Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*". Op. cit. Págs. 67 a 71. Para este autor, este precepto del PIDCP debe ser interpretado en el contexto de los ordenamientos jurídicos de la inmensa mayoría de países, en los que la única parte acusadora es el Ministerio Fiscal. Por ello se comprenderá que es "la persona condenada (la que) tiene la garantía, frente al Estado, de someter su condena o su pena a otro órgano jurisdiccional distinto y superior al que le condenó, mientras que en ese contexto sería absurdo atribuir garantías al propio Estado que actuó en el proceso como acusador". Sin embargo, esa norma "no puede interpretarse de modo aislado, sino que ha de integrarse en nuestro ordenamiento". De lo contrario, su tenor literal llevaría a la conclusión de que "sólo las sentencias condenatorias serían recurribles y el único legitimado para recurrir sería el condenado, con las consecuencias de que: 1) las sentencias absolutorias no serían recurribles; y 2) las sentencias condenatorias tampoco podrían ser recurridas por los acusadores". Con ello se estaría desconociendo un principio esencial en nuestro sistema procesal como es el de igualdad entre las partes.

[602] Sobre las diferencias entre el derecho al recurso y el derecho a la doble instancia penal, así como entre ésta y el recurso de apelación, puede consultarse: PEREZ MANZANO, MERCEDES. "*La reforma de la LECr y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*". Revista Diario La Ley. nº 6566. 9 de octubre de 2006. Y también MONTERO AROCA, JUAN, en: "*Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal".* Op. cit. Págs. 73 a 75.

[603] El denominado "recurso de queja" ha quedado reducido actualmente al ámbito del procedimiento ordinario o sumario, y está previsto "*contra los autos no apelables del Juez de Instrucción y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación*" (art. 218 LECrim)

del procedimiento abreviado, sin embargo, se establece la cautela de que se admite este tipo de recursos contra todos los autos del Juez de Instrucción "*que no estén exceptuados de recurso*" (art. 766.1 LECrim).

Siguiendo en este punto a GOMEZ DE LIAÑO POLO[604], el recurso de reforma es un recurso ordinario, es decir, "en el cual no existe limitación de motivos, siendo un medio de gravamen, por lo que se requiere, por lo tanto (…) la necesidad de que se produzca un perjuicio, por el que se solicita la sustitución de la resolución recurrida, dictada por un órgano unipersonal, por otra que sea conforme a los intereses del recurrente". Con su presentación, se pretende "modificar una resolución con la que no se está conforme con su contenido, de tal forma que (…) pretende mejorarla para que sea más adecuada a sus intereses, se pide al Juez que (…) vuelva a reflexionar más detenidamente".

Por su parte, el recurso de apelación es un medio de impugnación devolutivo, es decir, que se resuelve por un órgano superior al que dictó la resolución impugnada, como es la Audiencia Provincial correspondiente (arts. 220, párrafo segundo; y 766.3; ambos de la LECrim).

En este caso, la regla general, según dispone el art. 218 LECrim, es que el recurso de apelación podrá interponerse "únicamente en los casos determinados en la ley", lo que se debe complementar con la expresión empleada en el art. 766.1 LECrim para el procedimiento abreviado, en cuyo ámbito basta simplemente con que la ley no haya prohibido o exceptuado el recurso.

Como apunta de nuevo GOMEZ DE LIAÑO POLO[605], es un recurso ordinario en cuya virtud "se produce un nuevo estudio de la cuestión impugnada (…) un nuevo examen de la cuestión ya decidida previamente (…), pudiendo entrar en todas aquellas cuestiones que sean planteadas por el recurrente". Para PEREZ

[604] Gómez de Liaño Polo, J. Carlos. "*Los recursos en la instrucción penal*". Editorial Forum. Oviedo. 1997. Pág. 185.
[605] Gómez de Liaño Polo, J. Carlos. "*Los recursos en la instrucción penal*". Op. cit. Págs. 240 y 241.

MARTEL[606], la apelación de los autos interlocutorios "es fundamentalmente un medio de gravamen (…); basta con el hecho de que la resolución recurrida (…) haya producido un perjuicio en (la) situación procesal".

En la actualidad, además, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial*, hay que tener en cuenta que frente a las diligencias de ordenación y los decretos de los Secretarios Judiciales se pueden interponer los recursos de reposición y de revisión, según lo dispuesto en los arts. 238 bis y 238 ter LECrim[607].

---

[606] Pérez Martell, Rosa. "*Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*". Op. cit. Pág. 79.

[607] Un interesante estudio sobre esta cuestión puede verse en PEREZ MORALES, MONICA GALDANA. "*Las reformas a la LECr vigentes desde el 4 de mayo de 2010*". Op. cit. Para esta autora, "los recursos de reposición serán resueltos por el mismo Secretario Judicial que hubiera dictado la resolución con la que no se está de acuerdo. Así, cuando el Secretario Judicial dicte una diligencia o un decreto y éste se recurra en reposición, será él mismo quien resuelva por medio de decreto si mantiene o modifica su resolución inicial. Lo sorprendente es que esta segunda decisión ya no pueda ser recurrida ante ningún órgano, con lo que escapa del control judicial. No parece que la solución establecida por el legislador sea compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 (CE). Y es que, con este modelo, se residencia exclusivamente en la figura del Secretario una decisión que atañe a cuestiones que pueden tener influencia decisiva en el proceso penal". Por otro lado, "el recurso de revisión (…) solamente cabe contra decretos del Secretario Judicial cuando la ley expresamente lo haya establecido. El afectado por el decreto ni siquiera puede optar entre el recurso de reposición y el de revisión en los supuestos en los que el legislador ha determinado que la vía para resolver la discrepancia pasa por acudir a un órgano judicial. (…) Por tanto, no se trata de que el perjudicado pueda «optar» por recurrir el decreto en reposición o en revisión, sino de que determinados decretos solo podrán ser recurridos en revisión y el resto solo en reposición". A juicio de esta autora, "este sistema de recursos no puede, en ningún caso, considerarse suficiente para cumplir con la debida garantía de dirección judicial del proceso pues solo se prevé que intervenga un órgano de la jurisdicción cuando la ley lo establezca de modo expreso, dejando fuera el resto de resoluciones adoptadas por los Secretarios" (…) "Otra cuestión que plantea dudas es la de cómo ha de ser clasificado este medio de impugnación. En opiniones manifestadas públicamente por representantes del CGPJ se ha dicho que éste no es un recurso devolutivo puesto que no es resuelto por el superior jerárquico de quien dicta la resolución recurrida (no hay relación de jerarquía entre el Secretario Judicial y el Juez o Tribunal que en cada caso deba resolver), pero tampoco deja de serlo y no puede prescindirse de la naturaleza procesal (y no administrativa) tanto de la resolución como del recurso, si se pretendiera asimilarlo al contencioso-administrativo".

El CGPJ, en su informe al Anteproyecto de esta ley (…), manifestó que el problema no podía ser considerado como meramente académico, puesto que, además de apuntar una tendencia hacia la administrativización del proceso, afecta a la naturaleza jurídica del recurso, lo que puede ser fundamental para la aplicación en la práctica de la analogía ante las lagunas que pudieran existir en la materia. La cuestión precisa algunas observaciones sobre la posible inconstitucionalidad de esta reforma. (…) La Constitución es contraria a encomendar funciones judiciales a la Administración. En esta línea el citado informe del CGPJ ya apunta a que con el nuevo sistema, en puridad, se sustrae la dirección del proceso a los titulares de la misma, que son los Jueces y Tribunales. Y es que el proceso tiene una naturaleza íntegramente judicial, por lo que ningún trámite debería realizarse en él sin que pudiera ser controlado por un órgano judicial. La distribución de competencias entre el Juez o Tribunal y el Secretario Judicial (dependiente funcionalmente de la Administración) es incompatible con dicha naturaleza, como lo es también desvincular por completo al Juez de la Oficina Judicial. Por tanto, el recurso de revisión contra las decisiones del Secretario no cabe en una catalogación jurídica preestablecida".

Pues bien, en relación con los medios de impugnación disponibles frente a las decisiones del Juez de Instrucción, la experiencia práctica evidencia una discutible eficacia desde el punto de vista de las pretensiones de las partes.

En el caso del recurso de reforma, parece claro que, como expone GOMEZ DE LIAÑO POLO[608] "el hecho de que sea el mismo órgano el que vuelva a conocer, puede suponer un obstáculo para la modificación de la resolución objeto del recurso (…) en tanto en cuanto el hombre por sí mismo en pocas ocasiones reconoce sus propios errores".

En el caso del recurso de apelación, como indica MORENO CATENA[609], "con carácter general las medidas de investigación que se ordenan durante la instrucción carecen en la práctica de cualquier posibilidad de corrección por el órgano superior, y las peticiones de revisión de las diligencias y actuaciones de la instrucción están abocadas casi siempre al fracaso. La Audiencia suele refrendar el criterio del instructor, fundamentalmente porque toma en cuenta que todas las resoluciones de esta fase del procedimiento son por esencia modificables, de modo que si la petición de sobreseimiento y archivo de la causa, o de finalización de las diligencias, han sido rechazadas por el juez de instrucción en un determinado momento, pueden ser atendidas por él mismo más adelante, cuando lo aconsejen nuevas circunstancias, y por esa razón no entra a valorar las diligencias que ya se llevan practicadas. Esta forma de razonar parte de la idea, muy extendida entre la clase judicial, de que solamente la sentencia dictada tras el juicio oral decide sobre la responsabilidad criminal, de modo que todas las actuaciones anteriores nada resuelven con carácter definitivo y, por lo tanto, no son determinantes en la solución del proceso".

Esta opinión está refrendada por los datos estadísticos que, una vez más, ofrece el CGPJ. Así, como señala en su informe sobre el año 2014[610], "los recursos elevados

---

[608] Gómez de Liaño Polo, J. Carlos. "*Los recursos en la instrucción penal*". Op. cit. Págs. 190 y 191
[609] Moreno Catena, Víctor. "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Op. cit. Pág. 81.
[610] La Justicia dato a dato. Informe 2014. Disponible en www.poderjudicial.es, y más en concreto, en el apartado de Temas-Estadística Judicial-Informes estadísticos-La Justicia dato a dato.

y el resultado de los devueltos son datos importantes (…) que, tomados con las debidas cautelas, dan una aproximación a la calidad de la Justicia". Mediante la utilización del "ratio entre los recursos elevados en el año y el total de sentencias (o sentencias y autos finales) como un indicador del porcentaje de lo que se recurre", se obtiene que el porcentaje de recursos de apelación que confirman decisiones de los Juzgados de Instrucción es del 76,5 %.[611]

En consecuencia, de nuevo parece que ha de insistirse en que el derecho a los recursos tiene un carácter de derecho fundamental de configuración legal, de manera que no necesariamente todo ha de ser recurrible ni en cualquier momento.

En este punto se coincide con GIMENO SENDRA[612], cuando afirma que "como cualquier otro derecho fundamental, no es un derecho absoluto, sino que tiene su límite en el ejercicio de los demás derechos constitucionales y, en particular, en el derecho a un proceso <sin dilaciones indebidas>, porque la obtención de un sistema procesal <con todas las garantías> no ha de ser incompatible con la celeridad y la eficacia de la justicia, que también son valores que la sociedad contemporánea reclama"[613].

Como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[614], "en la práctica procesal, sobre todo cuando el tipo de delito investigado adquiere cierta complejidad, la instrucción se ve complicada y dilatada con actuaciones de discutible utilidad. (…) No es extraño que así ocurra. (…) la forma procesal que caracteriza a la actividad instructora judicial genera una dinámica secuenciada y acumulativa de trámites, en la que los interesados utilizan, constantemente, los recursos devolutivos, que permiten discutir ante un tribunal superior (la Audiencia Provincial) hasta la más nimia de las cuestiones. En ese contexto, la instrucción

---

[611] El CGPJ no ofrece datos estadísticos sobre el grado de estimación de los recursos de reforma contra decisiones de los Jueces de Instrucción.
[612] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 144 a 149.
[613] Para este autor resulta, no obstante, absurdo que el derecho de propiedad ofrezca más garantías que el derecho a la libertad, ya que en la vía civil cabe la posibilidad de interponer los recursos de apelación y casación, mientras que no ocurre lo mismo en la vía penal, en la que el recurso de casación sólo está admitido para los delitos de mayor gravedad.
[614] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II)…".* Op. cit.

judicial tiende a burocratizarse, sin cumplir adecuadamente el aludido fin de <dirección>".

En definitiva, la regulación vigente en materia de recursos en fase de instrucción coloca la investigación penal en una situación en la que, debido al amplio margen impugnativo concedido a las partes, éstas no sólo pueden discutir la legalidad o no de las decisiones adoptadas por el Juez de Instrucción, sino también su pertinencia para la propia investigación. De esta manera, podrían llegar a conformar la propia línea de investigación, bajo la simple alegación de que las diligencias acordadas (o no) puedan resultarles más o menos perjudiciales (o beneficiosas) desde el punto de vista de sus intereses.

Aunque los términos del art. 311 LECrim dejan amplio margen al Juez de Instrucción para acordar (o no) las diligencias que considere útiles o no perjudiciales (para la investigación), lo cierto es que la admisibilidad de este tipo de impugnaciones puede dilatar la fase de instrucción. El hecho de que los recursos de reforma y apelación no produzcan efectos suspensivos (tal y como dispone el art. 217 LECrim, para el procedimiento ordinario o sumario; y el art. 766.1 LECrim para el procedimiento abreviado[615]), no significa que no deban ser tramitados y resueltos, con la consiguiente sobrecarga de trabajo que, como se ha dicho, no suele producir para las partes ningún resultado productivo, ya que el porcentaje de admisión de este tipo de recursos es muy limitado. Es decir, tenemos un sistema que confiere una amplitud impugnativa que no es estrictamente necesaria desde la perspectiva del derecho a los recursos, pero que además no lleva aparejada una mayor efectividad para los intereses de las partes salvo, en su caso, la propia dilación del procedimiento. Parece razonable, en consecuencia, como se expondrá en el Capítulo IV, explorar alguna vía alternativa que permita respetar el contenido

[615] Art. 217 LECrim: "*El recurso de reforma podrá interponerse contra todos los autos del Juez de Instrucción. El de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente*". Art. 766.1 LECrim: "*Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento*".

fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, y que al mismo tiempo no contribuya a generar dilaciones indebidas en la tramitación de los procesos.

4.2.- Las dilaciones "estructurales" de la fase de instrucción.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se configura en nuestro sistema judicial como un derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 CE. Se trata, como expresa GIMENO SENDRA[616], de un "derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos del Derecho Privado, que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias". En el ámbito del proceso penal, este derecho también se encuentra reconocido en el art. 6.1 CEDH, bajo la fórmula de que a todo acusado le asiste el derecho a que "*su causa sea oída dentro de un plazo razonable*". Sin embargo, la mención que hace el art. 24.2 CE a "todos", abona la tesis de que, en el proceso penal español, este derecho asiste a las acusaciones y a las defensas[617].

Los contornos de este derecho, y su íntima relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, vienen expuestos, entre otras muchas, en la STC 237/2001, de 18 de diciembre (FJ 2º), con cita de la STC 124/1999, de 28 de junio (FJ 2º). Esta consolidada doctrina queda sintetizada de la siguiente manera:

a) "*Por lo que se refiere a la relación del meritado derecho con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debemos comenzar significando una vez más que, si bien el derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que los órganos*

[616] Gimeno Sendra, Vicente. "*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Revista del Poder Judicial. nº 1. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.
[617] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 149 a 152.

judiciales deben asegurar la tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos (SSTC 24/1981, FJ 3, y 324/1994, FJ 2), desde la perspectiva jurídica y en el marco de nuestro ordenamiento resulta ineludible reconocer la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (por todas, SSTC 26/1983, FJ 2; 61/1991, FJ 1; 35/1994, FJ 2; 298/1994, FJ 2 y 324/1994, FJ 2). De tal suerte que si el primero de dichos derechos comprende esencialmente el acceso a la jurisdicción y, en su caso, la obtención de una decisión judicial motivada en Derecho y, por ende, no arbitraria, sobre el fondo de las pretensiones deducidas (de entre las más recientes, STC 160/1998, FJ 4), el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas requiere para su satisfacción un adecuado equilibrio entre, de un lado, la realización de toda la actividad judicial indispensable para la resolución del caso del que se conoce y para la garantía de los derechos de las partes y, de otro, el tiempo que dicha realización precisa, que habrá de ser el más breve posible (STC 58/1999, FJ 6)".

b) "Juntamente con la autonomía del derecho fundamental en cuestión, se ha destacado su doble faceta prestacional y reaccional. La primera, cuya relevancia fue resaltada en la STC 35/1994 (FJ 2), consiste en el derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable y supone que los Jueces y Tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela (Sentencia citada y, en igual sentido, las SSTC 223/1988, FJ 7; 180/1996, FJ 4, y 10/1997, FJ 5). A su vez, la reaccional actúa en el marco estricto del proceso y se traduce en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas (STC 35/1994, FJ 2)".

c) "En cuanto al alcance objetivo del derecho, este Tribunal, en coincidencia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sintetizada en las recientes resoluciones de 29 de septiembre de 1997, caso Robins, y de 21 de abril de 1998, caso Estima Jorge), ha destacado que es invocable en toda clase de procesos, si bien en el penal, en que las dilaciones indebidas pueden constituir una suerte de poena naturalis, debe incrementarse el celo del juzgador a la hora de evitar su

consumación (SSTC 35/1994, FJ 2, y 10/1997, FJ 2) y, asimismo, en las sucesivas fases e instancias por las que discurre el proceso, incluida la ejecución de Sentencias (SSTC 26/1983, FJ 3; 28/1989, FJ 6; 313/1993, FJ 4; 324/1994, FJ 2; 33/1997, FJ 2; 109/1997, FJ 2 y 78/1998, FJ 3)".

d) "El carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el comportamiento de los litigantes y el del órgano judicial actuante (por todas, SSTC 313/1993, FJ 2; 324/1994, FJ 3; 53/1997, FJ único, y 99/1998, FJ 1)".

Por lo tanto, como quiera que el TC considera que el art. 24.2 CE "no ha constitucionalizado el derecho a los plazos"[618], lo decisivo es que la dilación del proceso haya sido "indebida". A estos efectos, como señala GIMENO SENDRA[619], de acuerdo a la doctrina del TEDH son tres los elementos que habrán de ser tenidos en consideración: "la complejidad del asunto, el comportamiento de los demandantes y el de las autoridades judiciales (caso König, Sentencia 10 de marzo de 1980, Fundamento de Derecho 1.B.99; caso Eckle, Sentencia de 15 de julio de 1982, II.B.80; caso Foti, Sentencia de lo de diciembre de 1982, II.A.2.56; caso Corigliano, Sentencia de 10 de diciembre de 1982, II.A.2.37; caso Zimmermann-Steiner, Sentencia de 13 de julio de 1983, I.24)".

En relación con la complejidad del asunto, "sabido es que no goza, en la práctica, el mismo tratamiento procedimental una reclamación de cantidad, acreditada a través de documentos públicos, que un procedimiento concursal o un procedimiento penal incoado en base a la comisión de diversos delitos económicos. En determinadas ocasiones, la complejidad fáctica de un litigio (v. gr., la necesidad de realizar distintas pruebas periciales, o de recurrir al auxilio judicial), la jurídica (v. gr., la

---

[618] STC 5/1985, de 23 de enero (FJ 5) "*El art. 24.2 no ha constitucionalizado el derecho a los plazos; ha constitucionalizado, configurando como un derecho fundamental, con todo lo que esto significa, el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable*".
[619] Gimeno Sendra, Vicente. "*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Op. cit.

obligación de resolver las cuestiones prejudiciales suspensivas) o las propias deficiencias técnicas del ordenamiento (por ejemplo, la necesidad de esperar el órgano judicial a la curación del lesionado en el tratamiento que el CP anterior a su reforma parcial realizaba del delito de lesiones) pueden ocasionar el transcurso de los plazos legales previstos en el ordenamiento. (…) tales dilaciones no merecerán el carácter de <indebidas>"[620]. Sin embargo, como también indica LACUEVA BERTOLACCI, "no es de recibo que la tramitación de unas diligencias previas por un delito de lesiones, por una estafa o un delito contra la salud pública tarde un año o más hasta que se dicte el auto de apertura de juicio oral en un Juzgado de instrucción"[621].

En cuanto al comportamiento de las partes, "una cosa es que el recurrente ejercite los medios de impugnación que le asisten conforme al ordenamiento (…) y otra muy distinta es que en la tramitación de tales recursos el Estado puede ocasionar dilaciones indebidas". Es decir, que "no parece que debiera triunfar esta excepción cuando el litigante se limita únicamente a ejercitar su derecho a los recursos"[622]. Conforme a la doctrina del TEDH (casos Buchholz, Sentencia de 6 de mayo de 1981, y Pretto, de 8 de diciembre de 1983) para que pueda prosperar dicha excepción, se hace necesario que el litigante dolosamente, mediante el planteamiento de cuestiones incidentales o de recursos abusivos contra resoluciones interlocutorias, o provocando suspensiones injustificadas del procedimiento, haya ocasionado tales dilaciones o, al menos, su conducta adolezca de la falta de diligencia necesaria (por ejemplo, mediante la presentación intempestiva de documentos o retrasos en la devolución del sumario o expediente administrativo) para la rápida tramitación del procedimiento.

---

[620] Gimeno Sendra, Vicente. "*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Op. cit. Como se señala en otra obra del mismo autor: "se puede comprender que un sumario económico de especial complejidad pueda tardar en concluirse algunos años, lo que no se entiende, sin embargo, es que cualquier hecho delictivo (p. ej. unas lesiones) exija más de varios meses para la conclusión de la fase instructora" En Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.

[621] Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Op. cit. En su opinión, "esta tardanza no respeta el derecho que tiene el imputado a un proceso sin dilaciones indebidas".

[622] Gimeno Sendra, Vicente. "*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Op. cit

Por lo que se refiere al comportamiento de los órganos judiciales, habrá de comprobarse "en el procedimiento concreto (…) si fue o no el causante de las dilaciones indebidas, debiendo pronunciarse afirmativamente en el supuesto de que las referidas dilaciones obedezcan única y exclusivamente a la *inactividad* del órgano judicial, que, sin causa de justificación alguna, dejó transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo u omitió adoptar las medidas adecuadas para conceder la satisfacción real y práctica de las pretensiones de las partes"[623]

Pues bien, como ya se puso de manifiesto anteriormente, la deficiente estructura judicial para la persecución de alguna de las modernas manifestaciones de la criminalidad, y la sobrecarga implícita en la proliferación de medios de impugnación contra cualquier tipo de decisión adoptada en la fase de instrucción, generan una constatada lentitud en la respuesta judicial a la delincuencia.

Sin embargo, las dilaciones en la tramitación de los procesos penales no sólo tienen su origen en los motivos expuestos. A ello contribuyen, desde luego, la deficiente organización, la sobrecarga de trabajo (en general o motivada por el planteamiento de recursos), o la propia complejidad de los hechos objeto de

---

[623] Hay que tener en cuenta, no obstante, que la STEDH de 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann y Steiner), declaró que "*un atasco temporal en el despacho de los asuntos no implica su responsabilidad (del Estado) si recurren, con la deseable rapidez, a medidas adecuadas para superar una situación excepcional.(…) Entre los medios que pueden utilizarse excepcionalmente figura la elección de un determinado orden de tramitación de los asuntos, fundado no sobre la mera fecha de su presentación, sino sobre su urgencia y su importancia, en especial sobre el riesgo que suponen para los interesados. Sin embargo, cuando la situación se prolonga y afecta a la estructura del órgano, dichos medios no son suficientes y el Estado no puede retrasar más la aprobación de medidas que sean eficaces".* Como señala GIMENO SENDRA ("*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Op. cit.) "esta última afirmación del TEDH (por otro lado, declarado ya en el caso Eckle, Sentencia de 15 de julio de 1982, FJ 85 y 92 y reiterada por la Comisión Europea, entre otras, en su D. 7984/1977, de 11 de julio, FJ 3.*d*) viene a desvirtuar uno de los argumentos esenciales que sirvieron al TC para desestimar el recurso de amparo resuelto por la Sentencia 5/1985, de 23 de enero, por lo demás excelente, y es que la <acumulación de asuntos>, por muy temporal que sea, si no reviste carácter *excepcional y,* sobre todo, si el Estado no aporta los medios para remediar esta situación, que además debe revestir el carácter de *imprevisible,* no constituye causa de justificación alguna del Estado ante el TEDH, por lo que hemos de suscribir íntegramente el voto reservado de TOMAS y VALIENTE a la referida Sentencia y afirmar que <la frecuente tardanza excesiva del <servicio de justicia>, no puede reputarse como <normal>, pues lo normal es lo ajustado a la norma y no lo contrario a ella, aunque sea lo más frecuente... y, en segundo término, porque sí... hubiere que tomar como regla para medir el respeto o la violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ese mismo hecho anormal, pero general, ello equivaldría a dejar *vacío de contenido esencial* el derecho fundamental ... ".
Ver, en el mismo sentido, Díaz Maroto y Villarejo, Julio. "*Dilaciones indebidas en el proceso penal y responsabilidad civil del Estado*". Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Número I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995. Págs. 367 y 368.

investigación. Pero también influyen motivos que podrían ser calificados como "estructurales", es decir, de modelo o diseño del sistema.

En efecto, nuestro modelo procesal está basado (arts. 299 y 300 LECrim[624]) en la obligatoriedad de la incoación de un procedimiento penal por cada hecho que, a priori, pudiera revestir caracteres de delito (aunque, como hemos visto, ya desde el inicio se valore que no es así), lo que conduce a un modelo profundamente ineficiente. Como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[625], "nuestro sistema procesal penal, siguiendo una lógica propia de la sociedad rural del siglo XIX, impone la judicialización inmediata de todas las infracciones penales que se registran ante la policía. Se incoa (…) un procedimiento judicial por cada uno de los numerosos delitos en los que ni siquiera se ha conseguido identificar a un sospechoso. De ahí que un porcentaje significativo de los procedimientos penales incoados sea objeto de archivo directo en el órgano judicial por la falta de autor conocido. En todos esos casos, por decirlo de una manera expresiva, el procedimiento de investigación nace muerto en el propio Juzgado. (…) Existe, por tanto, un amplio espectro de procedimientos puramente formales que, sin embargo, generan numerosos trámites burocráticos en los Juzgados instructores. (…) Al tiempo, con cierta frecuencia se produce la duplicación de investigaciones sobre un mismo asunto por la acción simultánea de órganos judiciales que ignoran que existen otras causas con idéntico objeto. Y es aún más habitual que se produzcan largas cadenas de sucesivas inhibiciones y remisiones entre Juzgados que se consideran territorialmente incompetentes o que discrepan de la interpretación de los criterios de reparto. Cada inhibición por un mismo delito da lugar a la incoación de un nuevo procedimiento que viene a engrosar las cifras estadísticas de pleitos penales. Sólo cuando ha concluido la azarosa travesía del expediente por diversos órganos instructores, y únicamente en aquellos casos en que existe un sospechoso

---

[624] El art. 300 LECrim queda suprimido por la Ley 41/20151, de 5 de octubre*, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales,* (BOE nº 239, de 6 de octubre), y queda sustituido por el art. 17.1 LECrim, que establece como regla general que "*cada delito dará lugar a la formación de una única causa*". Esta Ley tiene fecha prevista de entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE.

[625] *López Ortega, Juan Luis, y Rodríguez Fernández, Ignacio. "El proceso penal como sistema de garantías (II)…*". Op. cit.

identificado, puede comenzar la actividad investigadora del Juez de Instrucción. Entretanto, el número de causas judiciales que derivan de un mismo delito se ha multiplicado sin que se haya practicado ni una sola diligencia".

En realidad, el problema es de fondo, estructural: el proceso penal solo puede ser concebido como un sistema de garantías [626], que debe determinar el momento y las condiciones en las que se inicia la confrontación entre el Estado y la persona a la que se atribuye la comisión de un hecho delictivo [627]. Por ello, carece de sentido la incoación de un proceso penal que no se dirige contra persona determinada. Los datos estadísticos, una vez más, son elocuentes.

Así, las cifras expuestas en el Capítulo II sobre las diligencias previas contrastan con las relativas a las diligencias urgentes de juicio rápido, que son un tipo procedimental que solo puede iniciarse en el caso de que exista un presunto autor conocido (art. 795.1 LECrim). La indiciaria concreción de la persona contra la que se dirige el procedimiento supone una notoria diferencia con las diligencias previas que se traduce en un modelo exponencialmente más eficiente. La estadística, nuevamente, corrobora lo expuesto[628]. En el año 2014 se incoaron directamente un total de 192.067 diligencias urgentes de juicio rápido, a las que habría que añadir las incoadas indirectamente, es decir, por transformación de diligencias previas en diligencias urgentes (13.216), lo que hace un total de 205.283. Los datos que caracterizan la gestión de este tipo de procedimientos son los siguientes:

– En el 67 % de los procedimientos incoados se formula escrito de acusación.
– De los anteriores, en el 80% de los casos se llega a una conformidad en el Juzgado de Instrucción.

---

[626] En el sentido expuesto por Saavedra Gallo, Pablo y Osorio Acosta, Ezequiel en ALMAGRO NOSETE, JOSE; SAAVEDRA GALLO, PABLO. "*El sistema de garantías procesales*". Editorial Dijusa. Madrid. 2008. (Págs. 412 y ss)

[627] LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE y RODRIGUEZ FERNANDEZ IGNACIO. "*El proceso penal como sistema de garantías (II…"*". Op. cit. "

[628] Datos obtenidos de la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al ejercicio 2014, que se puedan consultar en la página web www.fiscal.es. Capítulo IV. Evolución cuantitativa de los procedimientos penales.

– Las acusaciones que formula el Ministerio Fiscal en este tipo de procedimiento representan el 47% del total de las presentadas ante los órganos judiciales.

Como se observará, a pesar de la menor incidencia numérica de este tipo procedimental y de la sencillez de los hechos que se enjuician a través del mismo, no se puede desconocer que los resultados de su gestión indican una mayor eficiencia en términos de tasa de resolución, entre otras cosas por la previa determinación indiciaria del presunto autor. La eficiencia de estos procesos ha llevado a la Fiscalía General del Estado a plantear "la conveniencia de ampliar legalmente la posibilidad de acomodar el trámite de otros asuntos a este procedimiento". En el mismo sentido se pronuncia el Libro Blanco del Ministerio Fiscal publicado en el año 2013[629], en el apartado 1.3.4. relativo a "la justicia rápida: un procedimiento eficaz de aplicación restringida".

En otro orden de cosas, autores como MORENO CATENA[630], consideran que uno de los factores más determinantes a la hora de valorar el carácter "indebido" de las dilaciones, es la ausencia de un trámite específico para proceder a la "desimputación" de la persona sobre la que inicialmente recaían indicios racionales de criminalidad[631].

Y otros como MAGRO SERVET apuntan a la dispersión de criterios como factor de inseguridad jurídica que provoca un aumento de la litigiosidad ante las resoluciones dispares de los Juzgados y Tribunales, lo que contribuye a generar las consiguientes dilaciones en la tramitación de los procedimientos[632].

---

[629] Puede ser consultado en la página web del Ministerio Fiscal: www.fiscal.es (en esta materia, en sus páginas 22 y 23).

[630] MORENO CATENA, VICTOR, en "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Op. cit. Págs. 80 a 82; y en "*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". Op. cit. Pág. 200.

[631] Para este autor, "el Juez debe ordenar el inmediato cierre de la instrucción desde el instante en que hubieran finalizado las diligencias que se hubiesen ordenado (…); en segundo lugar, desde que resulte desvirtuado el elemento objeto o subjetivo de la imputación, hay que poner fin a la instrucción".

[632] Puede verse un desarrollo de esta idea en: Magro Servet, Vicente. "*La unificación de criterios: una anhelada aspiración"*. Revista Diario La Ley. nº 6458. 7 de abril de 2006. En este trabajo se defiende que la unificación de criterios pretende la seguridad jurídica y es compatible con la independencia judicial, ya que ésta se configura como "una garantía institucional encaminada a asegurar la sujeción exclusiva, sin injerencias o presiones, de los Jueces al imperio de la Ley. (…) La independencia judicial en modo alguno equivale a la independencia de criterio propio. La independencia es objetiva, funcionalmente afectada al imperio de la ley y previsible, pues su contenido es el contenido de la ley. El criterio es subjetivo, personal, mudable y por tanto imprevisible. Ningún problema existe, en mi opinión, para unificar criterios a través de la jurisprudencia, siempre

Pero al margen de todo lo anterior, algunos autores insisten en que el problema es todavía más de fondo, ya que afecta a la línea medular del sistema de investigación: la figura del Juez de Instrucción.

En efecto, a juicio de GIMENO SENDRA[633], "las causas de la lentitud de nuestro proceso penal, obedecen, (…) en buena medida (…) al mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción. A la dilación de la fase instructora contribuye, por una parte, un factor psicológico (el de que la Audiencia <no le revoque un sumarlo>) que induce al Juez a ser absolutamente exhaustivo en la incorporación de la totalidad del material instructorio, admitiendo la ejecución de todas las diligencias propuestas por las partes y, por otra parte, tal y como se ha indicado, una censurable confusión de los actos sumariales de investigación con los actos de prueba que conducirá al Juez de Instrucción a reforzar dicha exhaustividad a fin de que no prospere un recurso de apelación contra el procesado o de que toda persona por él imputada pueda ser en su día condenada".

Incluso algunos autores como MONTERO AROCA, que defienden el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción, admiten que una de las causas de la duración excesiva de los procedimientos deriva de la exhaustividad en su tramitación, bajo un modelo netamente inquisitivo[634].

En el mismo sentido se pronuncian LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[635], para quienes "es evidente que la organización judicial no es el catalizador adecuado de una potestad estatal de naturaleza activa y directiva, como es la de investigar los hechos punibles. Esta actividad pública debe estar encaminada a promover con la mayor agilidad y la máxima coordinación los

---

y cuando nos mantengamos dentro de los confines de la ley, es decir, de la mejor interpretación y aplicación de la ley hechos por el Tribunal Supremo".

633 Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.

634 Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Op. cit. Págs. 71 y 72

635 López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II):* Op. cit.

recursos estatales. Por ello, es difícilmente acomodable a las formalidades y a los criterios de organización que rigen la jurisdicción —como potestad eminentemente pasiva o reactiva al ejercicio de una acción ya perfecta que se sustancia, de forma secuenciada, a través de los correspondientes trámites procesales—. Es así que el sistema inquisitivo no sólo se ha revelado como un grave peligro para la efectividad de las garantías. Genera también un modelo de investigación irracional, en el que los asuntos complejos se encuentran en permanente metástasis (…). Son así procesos largos, voluminosos y difícilmente inteligibles en los que se abusa indebidamente de la prisión provisional".

Además, el Juez se desvincula del resultado final de la investigación, porque no le corresponde "ejercer o descartar la acusación pública"; y practica diligencias de dudosa pertinencia o utilidad "sobre todo cuando el tipo de delito investigado adquiere cierta complejidad", en que "la instrucción se ve complicada y dilatada con actuaciones de discutible utilidad. Otras veces dejan de realizarse los actos de investigación que resultan verdaderamente imprescindibles, relegados al trámite de diligencias complementarias a instancia del Fiscal". Todo ello conlleva una burocratización de la investigación, de cuyo éxito o fracaso no se siente responsable, ya que ni siquiera sufre las consecuencias de las posibles nulidades que puedan decretarse. "Sólo así se explica que los instructores repitan, una y otra vez, las mismas infracciones del ordenamiento jurídico cuando acuerdan medidas de intromisión en derechos fundamentales. (…) El perjuicio recae sobre un actor público que no ha dirigido la investigación y que no puede remedar en lo sucesivo el defecto causante de su fracaso. En este sentido, la dirección jurídica de la investigación realizada por el juez también resulta ineficiente desde el punto de vista de las garantías". Y es que, además, el Fiscal "apenas participa a día de hoy en la previa actividad investigadora que se realiza en el Juzgado. Queda, en la mayoría de los casos, asentado en la posición pasiva de destinatario final del material acumulado por el juez. (…) Una posición que ha sido justamente criticada por generar una ineficaz <burocracia de la acusación>".

No obstante, para estos mismos autores[636] "existen en la actualidad excepciones significativas a este modelo burocrático de Fiscal que derivan de la reciente implantación en la Fiscalía de una organización basada en el principio de especialidad. (…) En esta línea, el Ministerio Fiscal, como institución de defensa de la legalidad regida por el principio de unidad de actuación, puede centralizar la entrada de los asuntos, evitando las duplicidades y remisiones, y puede articularse de acuerdo con criterios de organización eficientes, con mayores posibilidades de especialización y con una respuesta unitaria para cada tipo de delincuencia".

Esta es la línea por la que avanza el prelegislador español que, en los últimos años, ha apostado claramente por un cambio de modelo o diseño de la fase de investigación de los delitos que se ha plasmado en el Anteproyecto del año 2011 y en el borrador de Código Procesal Penal del año 2013, cuyo estudio se aborda seguidamente.

5.- Los proyectos de reforma de la instrucción penal: análisis comparado del Anteproyecto del año 2011 y del borrador de Código Procesal Penal del año 2013.

El diagnóstico de la situación del proceso penal en nuestro país debe venir acompañado necesariamente de la búsqueda de soluciones que permitan mejorar el actual estado de cosas. Tradicionalmente, la doctrina ha estado dividida sobre el sentido que deba darse a la reforma del proceso penal, y en particular, cuando se trata de superar los defectos estructurales que se han puesto de manifiesto en apartados anteriores, fijando posición sobre la conveniencia o no de mantener la figura del Juez de Instrucción[637]. Sin embargo, casi podría considerarse como paradójico el hecho de que en los últimos años se observe una convergencia prelegislativa entre Gobiernos de distinto signo político, que han apostado abiertamente por una modificación sustancial del proceso penal tendente a atribuir

[636] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II):* Op. cit.
[637] Las diferencias doctrinales en esta materia se expondrán en el Capítulo IV.

al Ministerio Fiscal la función de dirección de la investigación criminal, reservando al Juez de Instrucción el ejercicio de una genuina labor de "Juez de Garantías". La decisión estratégica que supone asumir un modelo que responde a principios básicos similares, implica el mantenimiento de la coherencia en la acción de gobierno, y permite valorar como positiva la previsible estabilidad del nuevo diseño propuesto, absolutamente necesario para garantizar su progresiva implantación.

En efecto, son muchas las similitudes entre el Anteproyecto de reforma de la LECrim del año 2011 (en adelante, AP 2011, aprobado en Consejo de Ministros celebrado el 22 de julio de 2011, siendo Ministerio de Justicia el Excmo. Sr. don Francisco Caamaño Domínguez) y el borrador de Código Procesal Penal del año 2013 (en adelante, CPP 2013, presentado públicamente el 25 de febrero de 2013, siendo Ministro de Justicia el Excmo. Sr. don Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez)[638]. Pero entre todas ellas destaca, por su especial valor estratégico, la afirmación de la discutible posición de imparcialidad de la actual configuración del Juez de Instrucción, y la necesidad de modificar la estructura del proceso penal, atribuyendo la dirección de la fase de investigación al Ministerio Fiscal.

Así, la exposición de motivos del AP 2011 (Apartados IV y V) afirma que: "*Ha llegado el momento de recuperar el espíritu liberal que inspiró al legislador de 1882 (…). Es hora, por tanto, de acabar con las últimas notas inquisitivas que siguen presidiendo el proceso penal español y hacerlo más acorde a las exigencias de nuestra Constitución.*

El ambicioso sistema de garantías procesales que fue establecido en 1978 sólo puede hacerse efectivo si el juez ocupa la posición preeminente que le corresponde en el orden constitucional, como órgano ajeno al interés deducido en el proceso. (…) Debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. (…) La regulación inicial y separada del órgano judicial obedece a la idea compartida de que el juez no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el

[638] Ambos textos pueden ser consultados en lapágina web del Ministerio de Justicia: www.mjusticia.gob.es

garante de los derechos individuales. (…) en la fase preparatoria del proceso, encaminada a determinar si se ha de ejercer la acción penal que puede darle inicio, se exige una labor de disección de las actuaciones de naturaleza jurisdiccional, de forma que no quede afectada la imparcialidad del órgano judicial en el ejercicio de las mismas con la asunción simultánea de la misión de esclarecer los hechos. (…) Si se observa el listado de tareas reservadas al juez en la fase de investigación, se puede apreciar que las distintas funciones judiciales operan fundamentalmente en la resolución de los conflictos derivados de tres pretensiones en pugna. Por una parte, la del Estado-investigador (…). Por otra, la del ciudadano investigado (…). Finalmente, la pretensión de la víctima y los posibles acusadores de participar en la actividad investigadora del Estado llegando incluso a ejercer una acción penal distinta a la del Ministerio Fiscal. (…) el juez queda situado en una posición pasiva desde la que resuelve las distintas peticiones que le son formuladas sin alinearse, como hasta ahora le ha venido legalmente impuesto en su faceta de director de la investigación, con uno de los intereses en juego. En este punto, la opción seguida ha sido la de concentrar todo el elenco de potestades judiciales en una figura específica, (…) un juez singularmente llamado a controlar el curso de las actuaciones. Se ha preferido utilizar la denominación con la que suele conocerse a esta figura y que constituye ya un lugar común entre teóricos y prácticos. Se alude, por tanto, a un Juez de Garantías (…).

Por su parte, en la exposición de motivos del CPP 2013 se manifiesta lo siguiente: "*Se ha calificado al Juez de Instrucción como el heredero del Inquisidor. Llamado por la ley a esclarecer la verdad desde la sospecha contra el imputado, queda necesariamente comprometida su neutralidad como instancia de garantía de los derechos fundamentales que restringen su poder e indefectiblemente pierde la imparcialidad para la emisión del juicio de acusación en los procesos en los que se le otorga competencia para decidir entre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral. Además, al intervenir el órgano judicial en la práctica de las diligencias de investigación, las actuaciones sumariales en las que existe contradicción se muestran materialmente idénticas a actos de prueba, lo cual entraña el peligro de su práctica transformación en tales pese a que se incumpla la exigencia de la*

prueba anticipada consistente en la irreproducibilidad o grave dificultad de reproducción en el acto del juicio oral. (…) Así pues, con la asignación de la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, el Tribunal garante de los derechos fundamentales se sitúa en la posición de distancia adecuada y el Tribunal de Juicio se ciñe en la apreciación de los hechos a la valoración de la prueba al margen de las actuaciones de investigación preparatorias del debate entre las partes. En tal sentido la justicia penal se convierte en la resolución judicial de la contienda entre adversarios. Queda cumplido con ello el principio acusatorio (…). El Código asegura el ejercicio del derecho de defensa en la fase de investigación, al prever la intervención de las partes en las diligencias acordadas por la Fiscalía, así como la posibilidad de la impugnación ante el Tribunal de Garantías de los decretos del Ministerio Fiscal que puedan menoscabarlo.

No sólo la defensa ha sido potenciada. El Código se ha redactado con el criterio de avanzar en la salvaguarda de todas las garantías del proceso penal, en relación con el encausado y también en lo referido a la protección de las víctimas, con escrupuloso respeto de las exigencias de los Tratados y Convenios internacionales sobre la materia y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo".

Sentadas las líneas maestras de ambos textos, el análisis somero de su articulado se centrará en aquellos aspectos que, por su especial significación en la determinación de un verdadero cambio de modelo, se consideran como más relevantes.

5.1.- La definición de los roles entre el Juez y el Fiscal.

5.1.1.- Las funciones del Juez de Garantías.

Existe una coincidencia esencial entre ambos textos a la hora de delimitar el ámbito competencial de la nueva figura del Juez de Garantías. Sus funciones vienen

expresa y sistemáticamente recogidas en el art. 2 AP 2011, mientras que en el CPP 2013 se hace de forma dispersa.

El art. 2.2 AP 2011, describe las potestades del Juez de Garantías de la siguiente manera: *"En el procedimiento de investigación, corresponde a la autoridad judicial:*
1º Autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos.
2º Resolver sobre las peticiones de medidas cautelares.
3º Asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma.
4º Controlar la duración de la investigación.
5º Autorizar el secreto de la investigación y su prórroga.
6º Disponer el sobreseimiento del procedimiento de investigación.
7º Resolver las impugnaciones contra los decretos del Ministerio Fiscal.
8º Autorizar la reapertura del procedimiento cuando éste se haya dirigido contra una persona determinada.
9º Ordenar, a instancia de la defensa o de los acusadores particulares o populares, la realización de diligencias de investigación complementarias a las practicadas por el Ministerio Fiscal.
10º Amparar a la víctima del delito cuando esta condición le sea denegada por el fiscal en el curso de la investigación.
11º Adoptar medidas de protección a favor de las víctimas especialmente vulnerables.
12º Decidir sobre la personación e intervención de los acusadores populares.
13º Resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando ésta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento".

Por su parte, en el CPP 2013 el Juez de Garantías tiene atribuidas, conforme a lo dispuesto en el art. 241, "*el control de la fase de investigación mediante las actuaciones previstas expresamente por la Ley*". Esta atribución competencial genérica se concreta en diversos preceptos de su articulado, de entre los que destacan los siguientes: el control sobre las medidas limitativas de los derechos fundamentales (ver, entre otros, arts. 298, 314, 320, 338 y 349 CPP 2013); el aseguramiento de la prueba (arts. 432 y ss CPP 2013); la duración de la

investigación (art. 127 CPP 2013); la limitación de la publicidad a las partes (arts. 135 y ss CPP 2013); el sobreseimiento de la investigación por irrelevancia penal del hecho, la revisión del archivo y la autorización de la reapertura (arts. 418 a 421 CPP 2013), el complemento de la actividad investigadora del Fiscal (arts. 422 y ss CPP 2013), la tutela de los derechos de las víctimas y el control de la personación de las acusaciones (arts. 59 y ss CPP 2013), y el juicio de acusación (arts. 429 y ss CPP 2013).

Como destacan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[639], "el pre-legislador de 2011" (aunque, en este punto, también sería predicable del CPP 2013) "se marcó el objetivo de configurar un sistema de investigación y una fase intermedia plenamente congruentes con las exigencias que resultan del derecho a un juez imparcial" centrándose "en la vertiente objetiva o procesal de la imparcialidad judicial, esto es, en las funciones que el juez ha de asumir —y, sobre todo, en las que no debe asumir[640]— para ser reconocible como tercero ajeno al interés deducido en el proceso". Se considera, así, que "las funciones de esclarecer el delito y formular cargos contra sus posibles autores (son) incompatibles con las de controlar y limitar la injerencia de la actividad investigadora en la esfera de derechos fundamentales del ciudadano y con la de admitir o rechazar los cargos que se formulan definitivamente contra éste"[641].

---

[639] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I)..."* Op. cit.

[640] Esta línea había sido muy tímidamente iniciada en la reforma de la LECrim llevada a cabo por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, "*de modificación de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial*". Un ejemplo de ello fue la modificación del primer párrafo del art. 334 LECrim, que atribuye al Secretario Judicial la competencia para la recogida y custodia de los primeros vestigios del hecho delictivo, antes asignada al Juez de Instrucción. PÉREZ MORALES (en Pérez Morales, Mónica-Galdana. "*Las reformas a la LECr vigentes desde el 4 de mayo de 2010*". Op. cit.) hace una crítica a esta modificación, señalando que no le parece positiva "aunque ciertamente es la constatación de una práctica que venía siendo habitual (…). Igual que se considera imprescindible la inmediación del órgano decisor en el acto de la vista, también debería exigirse que el instructor fuera quien valorara directamente cómo se encuentra el lugar en el que han podido ser cometidos unos hechos delictivos". Sin embargo, esta reforma debe ser enmarcada no sólo en la necesidad de reforzar la figura de los Secretarios Judiciales, sino también de concentrar en el Juez las competencias exclusivamente relativas a juzgar y ejecutar lo juzgado, eliminando las funciones de mera ordenación material de la investigación.

[641] Para estos autores, el modelo que pretendía instaurar el AP 2011 (seguido en gran parte por el CPP 2013) convertía al Juez de Instrucción en "Juez de las garantías (…) y de la libertad" así como en "el órgano de aseguramiento de las fuentes de prueba personal. (…) Debía ejercer (…) un rol de control de la extensión temporal de esta actividad estatal para evitar que el ciudadano afectado se encontrara sometido a una investigación permanente o indefinida". Del mismo modo, "las limitaciones a la publicidad de las partes estaban (…) sujetas a control judicial con el fin de asegurar la efectividad del derecho de defensa". Al mismo tiempo, "el juez podía (…) sobreseer, en cualquier momento —incluso en su mismo inicio, las investigaciones objetivamente infundadas o que vulnerasen la prohibición expresa de investigaciones genéricas y meramente

En el mismo sentido se pronuncia BURGOS LADRÓN DE GUEVARA[642], cuando señala que "al encomendarse la investigación del delito al Ministerio Fiscal" se salvaguarda "la independencia del Juez, evitando su implicación en la investigación, y no contaminando su imparcialidad y su posición garante de los derechos de las partes".

Y de la misma manera, para LOPEZ LOPEZ[643], en este modelo "el juez pasa a ser un órgano que se distancia de la investigación, pero no permanece ajeno, situándose en una posición adecuada para resolver los conflictos que se generen en el curso de la misma; de tal suerte que, al no dirigir ésta, puede dirimir conflictos sin estar perturbado por las obligaciones y ansiedades del juez investigador".

5.1.2.- Las funciones del Fiscal investigador.

Del mismo modo, la figura del Fiscal como director de la investigación aparece reflejada expresamente como hilo conductor de ambos modelos, y no sólo desde la perspectiva de la mejor garantía de la imparcialidad judicial, sino también desde la mayor eficacia práctica del sistema.

Así, en el apartado XVI de la Exposición de Motivos del AP 2011 se ponía de manifiesto que "*en la actualidad, atendiendo a la necesidad de preservar la*

---

prospectivas que el ALECrim". Se le atribuía igualmente la función de "resolver la impugnación del archivo decretado por el Fiscal, a efectos de asegurar los derechos de las acusaciones no públicas o del propio defendido, según los casos, que no hubieran sido adecuadamente atendidos por el Ministerio Fiscal", complementando "la investigación con los elementos indispensables, a instancia de la defensa o de los acusadores alternativos al Ministerio Fiscal", para lo que se arbitraba "un mecanismo en la fase final del procedimiento de investigación en el que el juez podía ordenar la práctica de las diligencias previamente rechazadas por el Fiscal que fueran pertinentes y útiles y que le fueran expresamente solicitadas". Además de amparar los derechos de la víctima" y "controlar la legitimidad y regularidad de los acusadores populares", y "como eje fundamental del sistema, ubicado precisamente en la inflexión hacia el juicio oral, una vez adoptada la decisión de ejercer la acción penal, el juez estaba llamado a controlar el fundamento de la acusación, de modo que sólo accedieran al plenario las acusaciones que tuvieran una base suficiente. Se convertía así en juez de la acusación que había de impedir la llamada pena de banquillo derivada del sometimiento innecesario de un ciudadano a un juicio penal."

[642] Burgos Ladrón de Guevara, Juan. "*La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011*". Revista Diario La Ley. nº 7939. 8 de octubre de 2012.

[643] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.

imparcialidad objetiva del juez y de restar valor a los meros actos de investigación, la atribución al Ministerio Fiscal de esta función directiva presenta una clara dimensión garantista (…). Pero esta opción también viene aconsejada por la idoneidad de esta institución para combinar -en una organización flexible y racional, basada en criterios de especialidad- la sujeción imparcial a la legalidad vigente con la mayor unidad de actuación".

En parecidos términos se expresaba el CPP 2013, al señalar que "*desde la perspectiva de la eficacia el modelo del Fiscal investigador es preferible al del Juez de Instrucción. Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional*".

Sin embargo, los contornos de su regulación parecen diferir en algunos aspectos relevantes, como la determinación del Fiscal encargado de la investigación y las relaciones con la Policía Judicial.

En efecto, la función esencial del Fiscal como director de la investigación viene recogida, con carácter general, en el art. 425 AP 2011, según el cual "*El Ministerio Fiscal dirige el procedimiento de investigación*", y en el art. 240 CPP 2013, cuando señala que "*La dirección de las Diligencias de Investigación corresponde al Ministerio Fiscal, incluidas las abiertas en ejecución de una resolución del Tribunal de Garantías a petición del querellante*".

Ahora bien, una vez afirmado este principio general, su concreción en cada investigación difiere entre ambos textos. Así, los arts. 55 a 64 AP 2011 regulan la funciones, facultades y principios de actuación del Ministerio Fiscal, estableciendo una serie de reglas sobre designación de la Fiscalía y del Fiscal encargado de la investigación, que no podrán ser impugnadas por las partes, pero que sí le deben

ser notificadas, pudiendo instar la abstención del Fiscal asignado. Por su parte, el CPP 2013 no hace referencia alguna a estos aspectos en sus arts. 55 a 58, de lo que se deduce que su regulación aparece diferida a lo dispuesto en el EOMF, sin que se recoja expresamente la necesidad de notificación a las partes del Fiscal encargado de asumir el asunto. Ello no obsta para que, como no podía ser de otra manera, se haga constar en el art. 58 el deber general de abstención de éste, en el caso de que concurra alguna causa para ello, conforme a lo dispuesto en su propia normativa orgánica. Y en todo caso, como quiera que el decreto de incoación de las diligencias de investigación debe ser notificado a las partes (art. 245 CPP 2013), y el decreto habrá de incluir la identificación del Fiscal (conforme a lo dispuesto en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado nº 1/2005, de 27 de enero, *sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal*), las personas interesadas podrán hacer valer ante el superior jerárquico del Fiscal la concurrencia de una causa de abstención, a fin de que se ordene, en su caso, su no intervención en el proceso (art. 28 EOMF).

En definitiva, ambos textos parten de la base de que no existe propiamente un derecho al Fiscal "predeterminado por la ley", y que la designación del Fiscal encargado de investigar un asunto debe hacerse conforme a los criterios establecidos, básicamente, en su normativa interna[644]. Sin embargo, para el AP

---

[644] Así se recogía expresamente en la Exposición de Motivos del AP 2011 (apartado XVII): "*En cuanto a la determinación del órgano fiscal competente, la regulación parte de la idea de que, a diferencia de la función judicial de garantía –que exige un sistema rígido de atribución de competencia- la función de dirección de la investigación demanda un régimen flexible de distribución de asuntos.*
De este modo, el Juez de Garantías siempre quedará taxativamente predeterminado por reglas de competencia inamovibles, cumpliéndose así con los requerimientos derivados del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley previsto en el artículo 24 de la Constitución. En cambio, la determinación del órgano que asume la dirección de la investigación dentro de la estructura del Ministerio Fiscal tiene una dimensión distinta y permite un planteamiento más flexible. Los criterios de determinación del órgano fiscal competente han de funcionar como regla general que podrá ser alterada conforme a los mecanismos establecidos en el vigente Estatuto Orgánico.
Serán, en principio, las mismas reglas competenciales aplicables al Juez de Garantías las que determinen la Fiscalía llamada a dirigir el procedimiento de investigación. Son, de este modo, los distintos fueros personales y territoriales fijados para el juez los que han de designar por regla general la Fiscalía competente. No obstante, en función de las particularidades de la materia afectada o de la complejidad del asunto, la investigación podrá ser encomendada a un órgano central de la institución, bien una Fiscalía especial -Anticorrupción o Antidroga-, bien a un Fiscal de Sala especialista situado dentro de la estructura de la Fiscalía General del Estado.
Determinado el órgano fiscal correspondiente, el texto articulado exige que se establezcan reglas de reparto que sean claras y públicas, basadas en criterios de especialización, que permitan concretar al fiscal responsable de la investigación. Un asunto complejo podrá ser turnado a la sección especializada de la Fiscalía territorial correspondiente y, dentro de ésta, repartido al fiscal especialista al que por número corresponda. La sustitución del fiscal responsable o la avocación del asunto por el superior jerárquico se sujetará a las garantías fijadas en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y esto se ha de entender sin perjuicio de que, en función

2011 éste es un dato relevante que debe ser notificado expresamente a las partes, mientras que para el CPP 2013 se trata de una mera cuestión de organización interna que, en principio, debe ser considerada como "neutra" frente a terceros.

Sobre este particular, LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[645] se muestran claramente partidarios del modelo del AP 2011, entendiendo que ello permite al Fiscal encargado de la investigación utilizar, en su caso, los mecanismos de garantía previstos en el EOMF, en los supuestos en que se produzcan discrepancias de criterios en el ámbito interno de la institución.

Opinión contraria es la que sustenta RODRIGUEZ SOL[646], para quien "una de las grandes ventajas de atribuir la dirección de la investigación al MF *in genere* es precisamente la posibilidad de dotarle de mayor agilidad y eficacia en su actuación, al superar el rígido sistema de sustituciones de los jueces de instrucción; por otra parte, ni existe ningún derecho del justiciable al <fiscal ordinario predeterminado por la ley> ni está justificada la sospecha —que parece subyacer en esta cuestión— de que el principio de dependencia jerárquica pueda ser utilizado para vulnerar el principio —no menos importante— de imparcialidad del MF, mediante la designación por el Fiscal Jefe de Fiscales dispuestos a apartarse de su obligación de ser imparciales; en el peor de los casos, si esto se produjera, el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal dispone de mecanismos para reaccionar adecuadamente" (previstos en los arts. 23 y 27 EOMF, ya reseñados).

Otra diferencia sustancial es, como antes se decía, la relación de vinculación entre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial. En el AP 2011 se propone el mantenimiento de la situación vigente, es decir, la dependencia funcional (arts. 435 a 442, o 456), mientras que en el CPP 2013 se apuesta por una significativa novedad, como sería

---

de la complejidad del procedimiento, se asignen varios fiscales para una sola investigación, bajo la coordinación de uno de ellos, o incluso que se creen equipos de investigación compuestos por fiscales pertenecientes a distintos órganos, opción a que se alude expresamente en el articulado.
La flexibilidad organizativa garantiza, de este modo, una respuesta adaptada a cada tipo de delincuencia y a las necesidades de cada concreto asunto".

[645] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II)".* Op. cit.

[646] Rodríguez Sol, Luis. "*El "Fiscal investigador" en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos*". Revista Diario La Ley. nº 8205. 4 de diciembre de 2013.

la dependencia orgánica que, sin duda, tendría que ser objeto de una paralela reforma de la normativa sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado[647].

En efecto, el art. 80 CPP 2013 establece que: "1.- *La Policía Judicial queda integrada orgánicamente en el Ministerio Fiscal. La Ley de Organización y Funcionamiento de la Policía Judicial establecerá su estructura, el estatuto de su personal y su forma de actuación.*
2.- La Fiscalía General del Estado dictará las circulares e instrucciones de funcionamiento de la Policía Judicial que entienda precisas para el buen funcionamiento del servicio".

La Exposición de Motivos del AP 2011 descartaba expresamente este modelo, al considerar inescindibles las funciones policiales de seguridad pública (atribuidas al Gobierno en virtud de lo dispuesto en el art. 104 CE) y de investigación criminal[648], atribuyendo una "*noción de Policía Judicial (…) puramente funcional. De ahí que se aluda simplemente a su ejercicio ordinario por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad bajo la dependencia funcional del Ministerio Fiscal*". Una dependencia que tenía lugar, eso sí, con carácter de monopolio, ya que se entendía que "*en un modelo de procedimiento de investigación en el que el juez tiene funciones de garantía (…), la*

[647] Significadamente, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos y de seguridad; y del Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la policía judicial. No parece que debiera implicar una reforma del art. 126 CE, por cuanto éste no se pronuncia expresamente sobre un modelo u otro.
[648] En el apartado XVIII se desarrolla expresamente este razonamiento: "*La Constitución española no ha optado por un modelo determinado de Policía Judicial. La única obligación que deriva del artículo 126 de la Carta Magna es la siguiente: quien ejerce la función de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente ha de depender de jueces y fiscales, por lo que, en la realización de tales funciones, deben quedar en segundo plano los vínculos de dependencia orgánica. A su vez, el artículo 104 del texto constitucional, tras señalar en su apartado primero que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», obliga en su apartado segundo a que «las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad» se contengan en una Ley Orgánica. Esta regulación orgánica general de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha de incluir forzosamente aspectos relacionados con la Policía Judicial. A día de hoy no puede hacerse una división absoluta de las actividades policiales de seguridad pública y de investigación criminal, pues las fuerzas policiales han de dar una respuesta coordinada a la delincuencia, como perturbación de la seguridad ciudadana, tanto desde el punto de vista preventivo como represivo. En definitiva, los mismos cuerpos administrativos –las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad– están llamados a ejercer las funciones de policía de seguridad y de policía criminal, por ser ambas ordinariamente inescindibles en sus estadios iniciales, con un tronco organizativo general previsto en una Ley Orgánica específica. la distribución de competencias y la fijación de los criterios de coordinación entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en materia de policía criminal deben acometerse en el marco de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por otra, la actividad de Policía Judicial propiamente dicha –como acción tendente a la averiguación del delito– debe plasmarse en las normas procesales penales, con la debida determinación del momento en que han de cesar las indagaciones exclusivamente policiales*."

policía no ha de poder acudir directamente al juez para interesar determinadas actuaciones. Es más, la policía no ha de tener ninguna relación inmediata con el Juez de Garantías, debiendo ser el Ministerio Fiscal su único interlocutor"[649].

El CPP 2013 defendía la dependencia orgánica de la Policía Judicial respecto del Ministerio Fiscal, señalando en el apartado III, A) de su Exposición de Motivos que esta medida debía contemplarse en el marco de la notable potenciación del Ministerio Fiscal, y como "*un radical cambio de modelo que blinda la independencia de la investigación penal frente al Poder Ejecutivo*".

Para LÓPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[650], sin embargo, "la decisión de atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal siempre ha estado ligada —en los países de nuestro entorno— a la voluntad de ejercer un mayor control jurídico sobre la actuación investigadora policial (…). La nueva regulación ha de asegurar, por tanto, que el fiscal-director de la investigación no esté en manos de la Policía (…). Y esto exige una clara distinción normativa entre el ámbito del Ministerio Fiscal (…) y el que es propio de la policía judicial (…). La apuesta del AP 2011 por un vínculo de dependencia funcional era, además, compatible con la potenciación —a través del principio de especialidad— de las capacidades investigadoras del Ministerio Fiscal. Sólo con Fiscales especialistas —con capacidad de acceder y dominar las peculiaridades de los distintos fenómenos criminales, cada vez más sofisticados— es posible establecer algún tipo de control de la gestión policial de la información". Y también debe ser compatible con "la inserción puntual, dentro de la estructura de la Fiscalía, de determinadas unidades investigadoras. Debe profundizarse, así, en ámbitos criminales como la delincuencia económica, la urbanística y la corrupción pública y privada, en el fenómeno de adscribir unidades de investigación policial a las Fiscalías especiales

[649] Con ello se pretendía, según la Exposición de Motivos (apartado XIX) que "con la gestión centralizada que asegura la Fiscalía, pueden unificarse los criterios de actuación policial para la investigación del delito. Y también pueden superarse ciertos abusos de la práctica diaria que debilitan la realidad del control judicial, como la reproducción ante un juez distinto de las peticiones policiales que han sido previamente rechazadas por otros órganos instructores".

[650] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II)".* Op. cit.

o a las secciones especializadas de las Fiscalías territoriales. La inserción puntual de estas unidades en la estructura orgánica del Ministerio Fiscal no generará la confusión de funciones que puede provocar, en cambio, una integración general de la policía judicial en la Fiscalía —que, de facto, vendría a suponer, siendo realistas, la integración de la Fiscalía en el ámbito policial—".

La controversia sobre el tipo de dependencia de la Policía Judicial con respecto al Ministerio Fiscal tiene particular relevancia a la vista del análisis conjunto de lo dispuesto en los arts. 83 a 85 y 239 y ss del CPP 2013, de los que se deduce la obligación de incoación de diligencias de investigación por parte del Ministerio Fiscal ante cualquier noticia de un hecho aparentemente delictivo, aunque no haya autor conocido. La excepción contemplada en el art. 242.2 se refiere a "delitos contra el patrimonio sin violencia o intimidación", que son numerosos, pero no los únicos en los que "no sea razonablemente previsible la identificación de los responsables". En cualquier caso, el texto del borrador señala que en esos supuestos el Ministerio Fiscal podrá "archivar la denuncia o el atestado sin apertura de Diligencias de Investigación". A falta de mayor concreción, y a expensas de lo que en su día pudiera determinarse a través de las correspondientes Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, no parece posible proceder a este archivo sin una mínima labor de registro o anotación de la recepción de esas denuncias o atestados. Por lo tanto, se mantendría una significativa labor burocrática que, como hemos visto, genera una ineficiencia del modelo que es imprescindible superar.

El AP 2011 ofrecía una solución alternativa a este problema que convendría tomar en consideración. Efectivamente, los arts. 450 y 451 establecían un sistema en el que la Policía Judicial no estaba obligada a remitir los atestados al Ministerio Fiscal en los casos en que no hubiera autor conocido. En estos supuestos, la Policía Judicial debería continuar practicando las diligencias pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, pero se establecían algunas cautelas. Y así, esas actuaciones habrían de quedar debidamente documentadas (con expresión de ciertos datos mínimos imprescindibles), con remisión periódica al Fiscal de una relación de las mismas, y todo ello sin perjuicio de que se pudieran establecer

diferentes reglas generales (para determinados tipos de delitos) o específicas (para investigaciones concretas iniciadas por la Fiscalía). De esta forma se obviaba un significativo volumen de gestión burocrática, manteniendo el debido control de la actividad policial por parte del órgano encargado de dirigir la investigación penal.

En palabras de LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ [651] "(…) el texto articulado de 2011 dotaba por primera vez al fiscal —sin confundirlo con un jefe orgánico de la policía— de instrumentos sólidos con los que someter a verdadero control jurídico un espacio de investigación policial que hoy día se desenvuelve de forma totalmente opaca (…). De estos límites materiales a la acción policial nada queda, en cambio, en el texto del ACPP, que opta por mantener el sistema formalista de las <primeras diligencias>, propio de una legislación del siglo XIX que confunde las funciones policiales con las jurídicas y que, a la hora de la verdad, carece de toda viabilidad práctica. De acuerdo con el mismo, la investigación policial autónoma se desarrolla, supuestamente, a lo largo de las primeras veinticuatro horas. No hay, por tanto, en el texto de 2013 un verdadero cambio de modelo. Ni siquiera se libera al sistema de justicia penal de la absurda burocracia relativa a los crímenes sin autor conocido".

5.2.- El régimen de recursos contra los decretos del Ministerio Fiscal.

Otra de las cuestiones que ha suscitado más polémica doctrinal es el régimen de impugnaciones contra los decretos del Fiscal durante la fase de investigación criminal.

Así, el AP 2011 establecía un criterio restrictivo, según el cual, "*los decretos dictados por el Fiscal durante el procedimiento de investigación sólo podrán ser impugnados ante el Juez de Garantías en los supuestos expresamente establecidos en esta ley*" (art. 492 AP 2011). Sin embargo, el art. 128.1 CPP 2013 cambia radicalmente el modelo, al declarar el carácter recurrible de "*los decretos*

[651] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II)*". Op. Cit.

del Ministerio Fiscal en los que se acuerden o denieguen medidas de investigación o de recogida de instrumentos, efectos del delito o fuentes de prueba, los que acuerden o denieguen tener por parte a quienes pretendan intervenir como tales en las Diligencias de Investigación y los restantes decretos cuya impugnación esté expresamente autorizada por la Ley".

Como señala RODRIGUEZ SOL[652] , "cuando se convierte al Juez de Garantías en la última instancia decisoria acerca de cuál es el objeto de la investigación, qué personas deben ser investigadas, y qué diligencias son o no necesarias para el esclarecimiento de la verdad, se le reconoce capacidad para cuestionar la estrategia y el objeto mismo de la investigación que está llevando a cabo el MF, se le atribuye una función que nada tiene que ver con la garantía de los derechos fundamentales afectados por la investigación y, en definitiva, se hace del Juez de Garantías un Juez de Instrucción a la vieja usanza. Además, se compromete su imparcialidad, ya que —al tener que decidir si unas diligencias son útiles o no— ha de basar su decisión en un análisis de cuestiones de fondo que sólo se pueden resolver a partir de ciertos juicios anticipados (o prejuicios) acerca de la culpabilidad o no de los encausados, y estos mismos prejuicios le incapacitan para resolver con absoluta imparcialidad —como se debería esperar de un Juez de Garantías— las cuestiones que sí entran en el ámbito natural de su competencia, como es decidir sobre la libertad o prisión de los encausados, o la adopción de medidas cautelares en general".

De nuevo lo describen gráficamente LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[653], cuando expresan que en el AP 2011 "debía ser, pues, el Fiscal el que dirigiera la investigación para tomar una decisión fundada acerca del ejercicio de la acción penal. En ese marco de autonomía, podía dirigir el procedimiento sin las trabas burocráticas y la indefinición característica del actual sistema de instrucción. Sólo una vez que el Fiscal había acumulado los materiales necesarios

---

[652] Rodríguez Sol, Luis. "*El "Fiscal investigador" en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos*". Op. cit.

[653] LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE Y RODRIGUEZ FERNANDEZ, IGNACIO. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". (Op. Cit.)

para ejercer o descartar la acción penal, las partes podían solicitar del Juez la práctica de diligencias que hubieran sido previamente denegadas". Para estos autores, el sistema del CPP 2013 "se aparta completamente de estos parámetros estructurales" siendo su "nota más característica (…) la ausencia de un mínimo marco de decisión autónoma. La actividad indagatoria de la Fiscalía se sujeta a un sistema de permanente impugnación de sus diligencias" ya que "toda decisión del director de la investigación acordando o denegando diligencias puede ser inmediatamente impugnada ante el Juez de Garantías. Será éste realmente quien decida —implicándose desde un principio en las funciones directivas del procedimiento de investigación— contra quién ha de dirigirse el procedimiento, cómo ha de desarrollarse éste y los cargos que han de formularse contra el sujeto <encausado> —cargos que, supuestamente, deberá depurar el mismo juez en la fase intermedia—. En suma, el texto de 2013 agrava, con un modelo de doble instancia directiva, la <esquizofrenia> actual del sistema de instrucción. Se perpetúa la ineficacia estructural del actual modelo de proceso y se condena toda investigación mínimamente compleja a un fracaso anticipado"[654].

Pues bien, a pesar de que, con carácter general, las impugnaciones previstas en el art. 128 CPP 2013 no tienen efectos suspensivos y pueden ser inadmitidas de plano en los casos de "manifiesta falta de fundamento", es indudable que una

[654] Para estos mismos autores, en el AP 2011 "las partes podían dirigirse al Juez de Garantías para que acordara la práctica de diligencias indebidamente denegadas por el Fiscal. Pero este trámite de <investigación complementaria> tenía lugar, salvo en los casos de riesgo de pérdida de una fuente de prueba, una vez que el Fiscal había dado por concluido su procedimiento investigador —esto es, una vez que había acumulado los materiales que consideraba necesarios para tomar una decisión autónoma sobre el ejercicio de la acción penal—. Con este régimen normativo, la actuación investigadora del Juez nunca podía marcar una nueva dirección de la investigación. En otras palabras, el Juez no tenía la posibilidad de sustituir —con un sesgo inquisitivo— la función directiva del Fiscal. Podía, eso sí, equilibrar las armas a disposición de las partes asegurando que se incorporaran materiales útiles para las defensas o para las acusaciones no públicas que el Fiscal hubiera rechazado indebidamente. Al Juez correspondía, después, la depuración de los materiales investigadores del Fiscal para evitar el acceso al juicio oral de los que pudieran reputarse inválidos". En López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I):* Op. cit.
Parcialmente en contra se posiciona RODRÍGUEZ SOL, LUIS. En "*El "Fiscal investigador" en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos*". Op. cit. Para este autor, el AP 2011 difería sustancialmente del CPP 2013 en materia de impugnación de las decisiones del Fiscal y, en su opinión, acertadamente "no permitía que los decretos del Fiscal denegando la práctica de diligencias solicitadas por las partes pudieran ser impugnados antes de que el Fiscal hubiera concluido la investigación. En concreto, preveía un trámite de <investigación complementaria> en el que el Juez de Garantías podía valorar, a instancia de parte, la necesidad de practicar diligencias que no se hubieran practicado antes". Sí le parece discutible, en cambio, la opción escogida por el AP 2011, "al establecer este trámite en un momento previo al <juicio de acusación> propiamente dicho".

reiteración de recursos ante cualquier decisión del Fiscal pudiera generar una suerte de práctica de "*filibusterismo*" procesal que entorpezca de manera grave la necesaria agilidad de la investigación penal.

En definitiva, la previsión recogida en el art. 128 CPP 2013 no trata sólo de discutir la legalidad o no de lo actuado por el Fiscal, o de garantizar el derecho de defensa del imputado o de las acusaciones personadas frente a denegaciones indebidas de diligencias. Se trata, nada más y nada menos, que de discutir la línea de investigación asumida por el Fiscal en el ejercicio legítimo de sus funciones. Esta opción legislativa, de llevarse a la práctica, supone que el Juez de Garantías no será el encargado del *control* de la investigación, sino que realmente asumirá la *tutela* de la investigación, su dirección indirecta[655], perdiendo con ello la necesaria imparcialidad para poder adoptar, en su caso, la decisión ulterior sobre si procede o no la apertura de juicio oral.

5.3.- La intervención de las acusaciones en la investigación del Fiscal.

En un sistema que atribuye la investigación criminal al Ministerio Fiscal adquiere una particular relevancia el abanico de posibilidades concedidas a las partes acusadoras para intervenir en esta fase del proceso penal. Cuando se analizan comparativamente las soluciones ofrecidas en estos textos prelegislativos se advierten, una vez más, algunas diferencias de carácter estructural.

Así, en lo referente a la acusación particular, ambos textos difieren en el concepto de <víctima>. En el AP 2011 se reconoce este carácter únicamente a quien haya sido ofendido o perjudicado directamente por el hecho delictivo, que se puede personar como acusación particular. Como señala su Exposición de Motivos (apartado XX) "*con esta noción estricta se evita que se desvirtúe el objeto de debate con la introducción de intereses o pretensiones reflejas o de algún modo dependientes del resultado del proceso penal"* ya que "*en la actualidad se observa*

[655] No se puede olvidar que frente a las decisiones del Juez de Garantías tomadas al amparo del art. 128 CPP 2013 no cabe recurso de apelación (art. 579.1 CPP 2013, *sensu contrario*).

cierta proliferación de acusaciones particulares fundadas en estos perjuicios <indirectos>[656]", que ahora se reconducen "*a la propia noción de víctima que dimana del Derecho de la Unión Europea*".

En cambio, como indica RANGEL GARCIA-ZARZO[657], en el CPP 2013 se "define en el art. 59 como víctima a "*todo ofendido o perjudicado por el hecho punible objeto de la causa, incluida la persona que haya sufrido daño personal o patrimonial por tratar de prevenir el delito o auxiliar a la víctima de la comisión del hecho punible o inmediatamente después*". Por tanto, (…) el prelegislador ha optado por un concepto amplio de <víctima>".[658]

En cuanto a la acusación popular, en el AP 2011 se contiene una modulación relevante de su configuración, al menos en tres vertientes. La Exposición de Motivos (en sus apartados XXII y XXIII) razona de forma exhaustiva el redimensionamiento de esta figura. Partiendo del "*reconocimiento constitucional de la acción popular como forma de participación ciudadana en la administración de justicia*", se considera que "*puede constituir un elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio de la acción pública por parte del Ministerio Fisca*l". Pero al mismo tiempo se advierte que, "*como más de una vez se ha puesto de manifiesto, a veces se convierte en un medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común*".

Por ello, "*la delimitación del alcance de la actuación de la acusación popular puede establecerse a través de tres clases de condicionamientos. En primer lugar, los subjetivos que están en relación con las personas que pueden sostener la*

---

[656] Como señala BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN, el "fundamento (…) es que intereses meramente económicos puedan producir dilaciones indebidas, que con suma frecuencia ocurre o puede acontecer en cualquier proceso penal, complicando el mismo". En "*La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011*". Op. cit.

[657] Rangel García-Zarco, Rocío. "*Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8174. 21 de octubre de 2013.

[658] En todo caso, justo es poner de manifiesto que ambas propuestas reconocen por primera vez lo que se denomina un "estatuto de la víctima" del delito, mediante un listado completo y sistematizado de derechos (arts. 65 a 76 AP 2011 y arts. 59 a 68 CPP 2013). Se pretendía incorporar así en nuestro ordenamiento procesal el elenco de derechos que fija la Decisión Marco 2001/220/JAI, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, que finalmente se ha llevado a cabo por medio de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE 101 de 28 de abril, con fecha de entrada en vigor el 28 de octubre de 2015).

pretensión punitiva como acusadores populares. Es obligada en este punto la exclusión por razones de mínima coherencia institucional de las personas jurídicas públicas, los partidos políticos y los sindicatos[659]*. (…) En segundo lugar, los límites objetivos de la acción popular se refieren a los concretos tipos delictivos en los que puede ser utilizada o, dicho de otro modo, a la delimitación precisa de los concretos procesos previstos en la ley a que alude el artículo 125 del texto constitucional*". Y así, siguiendo el camino señalado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (…) se ha establecido un sistema específico en la fase intermedia. "*Finalmente cabe la posibilidad de establecer una tercera vía consistente en el control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto. Esta es la opción que decididamente sigue el texto articulado y que obliga a acreditar ante el juez que el ejercicio de la acción popular se basa en su único fundamento constitucional legítimo: la participación en la administración de justicia para alcanzar fines de interés general*[660]*. O lo que es lo mismo, que se persigue inequívocamente la realización del Derecho en sede judicial, y no otra clase de fines o propósitos ajenos a ese objetivo*"[661].

---

[659] Sobre esta exclusión se pronuncia expresamente GIMENO SENDRA, VICENTE, en "*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECr de 2011*". Revista Diario La Ley. nº 7738. 17 de noviembre de 2011. Para este autor, la exclusión de los partidos políticos "resulta plenamente justificada (…) ante el abusivo fenómeno de la <judicialización de la vida pública>", pero "no debiera ser secundada con respecto a las entidades sindicales, las cuales debieran estar legitimadas para el ejercicio, al menos, de la acción penal en los delitos contra los derechos de los trabajadores"

[660] En tal sentido, como resalta BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, JUAN, en el art. 66.3 AP 2011 se reconoce la personación como acusación popular de las entidades y organizaciones privadas que tengan por objeto la protección o defensa de intereses difusos o generales relacionados con el bien jurídico tutelado en la norma penal. En "*La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011*". Op. cit.

Para GIMENO SENDRA, VICENTE, este régimen de intervención de dichas entidades como acusadores populares y no particulares, que podría tener algún fundamento en la doctrina establecida en la STS 54/2008, de 21 de enero (caso <Atutxa>), no se justifica, y debieran comparecer en calidad de ofendidos con todo su estatus de acusadores privados, pudiendo ejercer, tanto la acción penal, como la civil derivada del delito, sin prestación de caución alguna y vincular, junto al M.F, al órgano judicial en la petición de sobreseimiento. En "*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECr de 2011*". Op. cit.

[661] Para LOPEZ ORTEGA, JUAN JOSE Y RODRIGUEZ FERNANDEZ, IGNACIO "la exclusión de los acusadores que carecen de legitimación o que mantienen idénticas posiciones procesales con distintas representaciones, es muestra de la preocupación tanto del AP 2011 como del CPP 2013, por limitar la presencia de acusadores múltiples, que no solo aboca a la ineficiencia del proceso, sino que además corre el riesgo de romper el necesario equilibrio que debe existir entre la acusación y la defensa. En ambos textos se reformula el ejercicio de la acción popular y se intenta dotar de la efectividad, que en el régimen vigente no tiene, a la facultad de exigir a los diversos acusadores que litiguen bajo una misma representación (…) con la única diferencia de que el CPP 2013 sitúa el momento de la depuración de los acusadores en la fase de investigación mientras el AP 2011 lo hace en la fase intermedia. Las diferencias más notables, sin embargo, se encuentran en la configuración de la acción popular. El CPP 2013 opta por limitar subjetivamente su ejercicio, excluyendo a los partidos políticos, sindicatos y cualquier persona jurídica pública y privada y, objetivamente, estableciendo un catálogo reducido de delitos que pueden perseguirse mediante el ejercicio de la acción

En términos similares el CPP 2013 "*redefine legalmente*" la figura de la acusación popular "*para evitar abusos*[662]". Así, en los arts. 69 a 73 CPP 2013 se establecen una serie de limitaciones personales (destacando, una vez más, la exclusión de los partidos políticos y sindicatos[663], a los que se añade las personas jurídicas públicas y privadas), y para determinados tipos delictivos caracterizados por la concurrencia de bienes jurídicos de carácter colectivo[664].

En ambos textos se exige la presentación de querella para poder personarse como acusación popular, con la diferencia de que en el AP 2011 la querella ha de presentarse ante un Juez (art. 86 AP 2011), mientras que en el CP 2013 se debe presentar ante el Fiscal (art. 255 CPP 2013).

Pero, al margen de todo lo anterior, el tratamiento de la intervención de las acusaciones en esta fase procesal difiere sustancialmente en las propuestas prelegislativas analizadas. En particular, en un aspecto de una indudable repercusión práctica, como es el momento en que pueden hacer valer ante el Juez

---

popular. Por su parte, el AP 2013 además de las limitaciones subjetivas que no incluyen a las personas jurídico - privadas, somete el ejercicio de la acción a una suerte de *certiorari*, al exigir, como condición necesaria para su ejercicio, que el actor popular justifique la relevancia de su intervención en el proceso para la defensa del interés público relacionado con los hechos punibles. Sin duda, se trata de una importante novedad que, en último término, se traduce en otorgar al juez de garantías amplias facultades de control". En López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio".* Revista Diario La Ley. nº 8121. 8 de julio de 2013.

[662] Así se recoge expresamente en su Exposición de Motivos, en el apartado III.- I.- A)

[663] Para Rangel García-Zarco, Rocío, si bien "esta limitación ha ido encaminada a evitar la utilización de la acusación popular por partidos políticos y sindicatos de forma torticera y con arreglo a la consecución de sus propios fines, la exclusión del resto de personas jurídicas nos parece inadecuada, ya que, en caso de que éstos sujetos no la ejerciten, solo quedarán para ejercerla determinadas personas físicas que, claramente, se verán condicionadas por el importe de la fianza que se les imponga a la hora de personarse como parte en el proceso en cuestión. Es decir, en el caso de que ésta tenga una cuantía elevada, solo podrá ser asumida por personas físicas con alto poder adquisitivo, discriminando a aquellas con menores recursos económicos". En "*Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal*". Op. cit.

[664] Art. 71 CPP 2013. Delito de prevaricación judicial; delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos; delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal; delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal; delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal; delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal; delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General; provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del Código Penal; y delitos de terrorismo.
Para Rangel García-Zarco, Rocío, debieran incluirse también los delitos económicos. En "*Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal*". Op. cit.

de Garantías sus discrepancias con las diligencias acordadas o denegadas por el Fiscal encargado de asumir la investigación, a fin de contribuir con su actuación a la conformación del material necesario para fundamentar o descartar una ulterior acusación.

En efecto, el AP 2011 establece que las partes (tanto la acusación como la defensa) podrán acudir al Juez de Garantías para que éste practique las diligencias que, habiendo sido propuestas al Fiscal, éste ha denegado. Sin embargo, este control se difiere al momento de la conclusión de la investigación[665], de manera que el Fiscal no se ve condicionado en su labor a la hora de conformar la línea de investigación que estime pertinente.

Este diseño ha sido criticado, entre otros, por GIMENO SENDRA[666], para quien "la intervención de los acusadores, populares o particulares, (…) a partir del ejercicio de la acción penal mediante el escrito de acusación (art. 520)" determina que "su capacidad de postulación durante la investigación del MF es muy limitada hasta el punto de que no puede predicarse siquiera su estatus de coadyuvante o de parte subordinada"[667]. Para este autor, además, la "equiparación de la intervención del acusador popular al del particular no se cohonesta con la doctrina constitucional sobre la acción penal del ofendido, pues, aunque ambas, acción penal popular y particular, contengan un *ius ut procedatur*, la primera, prevista en el art. 125 CE encierra un derecho constitucional de configuración legal, mientras que el ejercicio de la acción penal por la víctima del delito, en tanto que titular del bien jurídico protegido y del derecho de crédito a obtener la reparación del daño ocasionado por el delito, se encuentra prevista en el art. 24.1 CE y se erige, pues, en un auténtico derecho fundamental".

---

[665] Ver, en tal sentido, los arts. 494 y ss. AP 2011.
[666] Gimeno Sendra, Vicente. "*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECr de 2011*". Op. cit.
[667] Como nos recuerda el mismo autor en ese trabajo, la intervención de las acusaciones "queda circunscrita a facilitar al M.F. información que sea relevante para la investigación (art. 478), a conocer, salvo declaración de secreto, las actuaciones que puedan practicarse (art. 477) y a proponer diligencias (art. 479) que, caso de ser denegadas, podrá ser trasladada su petición de práctica al término de la investigación y ante el Juez de garantías. En particular, no se les autoriza a participar en la práctica de las diligencias del M.F. De esta última regla, el art. 480 tan sólo exceptúa las <que se practiquen a su instancia por orden del Juez de Garantías> y los actos de <aseguramiento de una fuente de prueba>, es decir, los actos de prueba anticipada que pudieran celebrarse ante el Juez de garantías".

Más generoso es el régimen propuesto en el CPP 2013. Como antes se aludió, las partes pueden acudir desde el primer momento al Juez de Garantías a estos efectos, mediante la impugnación de los decretos del Fiscal en los amplios términos previstos en el art. 128 CPP 2013, de forma que el Juez puede incidir de manera directa en el curso de la propia investigación, estimando los recursos de las partes y ordenando al Fiscal que practique las diligencias que el Juez considere necesarias en función de las peticiones de aquéllas.

Este sistema, sin embargo, pudiera tener todo su sentido en un escenario en el que el Juez de Garantías no fuera el encargado de decidir sobre la apertura del juicio oral, como ocurre en el modelo del AP 2011. Pero en el diseño previsto en el CPP 2013, la acumulación de las funciones del Juez de Garantías, en cuanto que puede dirigir de forma indirecta la investigación y al mismo tiempo decidir sobre la apertura del juicio oral, pudiera suscitar de nuevo los problemas de imparcialidad que actualmente se ponen de manifiesto, de forma mucho más intensa (desde luego) con el Juez de Instrucción.

Parece obvio que el sistema de impugnación de los decretos del Ministerio Fiscal previsto en el CPP 2013 sería mucho más garantista si, a su vez, fuera complementado con la figura del Juez de la Audiencia Preliminar recogido en el AP 2011. De esta manera, las partes podrían combatir las decisiones del Fiscal desde el primer momento ante un Juez imparcial (el Juez de Garantías), y al mismo tiempo, la decisión sobre la apertura del juicio oral también recaería ulteriormente sobre otro Juez también imparcial (el Juez de la Audiencia Preliminar), que no habría tenido intervención alguna en la fase de investigación.

No obstante, un equilibrio adecuado entre la necesaria autonomía del Ministerio Fiscal en su labor investigadora y la debida garantía de las posiciones procesales de las partes acusadoras, podría sugerir un modelo en el que las decisiones del Ministerio Fiscal sólo fueran impugnables ante el Juez de Garantías una vez concluida la investigación. Sobre ello se insistirá en el Capítulo IV.

En todo caso, las posibles objeciones sobre la imparcialidad del Juez de Garantías en el momento de tomar una decisión sobre la apertura del juicio oral, tanto en el diseño del AP 2011 como en el CPP 2013, pudieran solucionarse con reglas de reparto de asuntos en el ámbito interno de los Tribunales de Instancia (elemento orgánico que, a pesar de no haber sido finalmente desarrollado, ha estado muy presente en ambos textos prelegislativos[668]), de forma que no fuera necesario crear formalmente la figura del Juez de la Audiencia Preliminar.[669]

Sea como fuere, ambos proyectos normativos se han preocupado de regular detenidamente la fase intermedia del proceso, con la finalidad de superar una de las deficiencias que, como ya se expuso, presenta nuestro vigente sistema procesal, como es la ausencia de un verdadero juicio de acusación.

5.4.- El juicio de acusación.

Como se acaba de exponer, una de las principales diferencias entre el AP 2011 y el CPP 2013 es que el órgano judicial encargado de valorar la suficiencia del material probatorio necesario para decretar o no la apertura del juicio oral, no tiene que ser el mismo que ha intervenido durante la fase de investigación.

En el apartado VI de la Exposición de Motivos del AP 2011 se señala expresamente que "*las competencias jurisdiccionales de esta fase procesal han sido claramente desdobladas a efectos, nuevamente, de asegurar un mayor grado de imparcialidad en el enjuiciamiento del hecho. Así, por una parte, un magistrado del órgano judicial estará llamado a actuar como Juez de la Audiencia Preliminar[670]. (…) La misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al*

[668] Ver, en tal sentido, el apartado IX de la Exposición de Motivos del AP 2011, y el apartado III.- I.- A) de la Exposición de Motivos del CPP 2013.
[669] De hecho, "*la competencia para conocer de la fase intermedia se atribuye a un magistrado de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia que, en ese caso concreto, actuará como Juez de la Audiencia Preliminar y que no intervendrá después en el desarrollo del juicio oral*", tal y como destaca la Exposición de Motivos del AP 2011 (apartado LXVI).
[670] Término similar al recogido en la legislación italiana, como se expuso en el Capítulo I.

juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada. (…) La opción tiene su explicación fundamental en la importancia que cobra en el nuevo modelo procesal el juicio de acusación, que, como decisión esencial sobre la admisibilidad de la acción penal, no ha de estar contaminado por las resoluciones previamente adoptadas en los diversos juicios de "garantía" o de "libertad" realizados por la autoridad judicial durante la fase investigadora"[671].

Por su parte, el CPP 2013 concentra las funciones de garantía y de juicio de la acusación en el mismo Juez de Garantías, como se expone en el apartado VI.- IV.- B) de la Exposición de Motivos CPP 2013, incidiendo en la importancia de que, en cualquier caso, no sea el Tribunal del Juicio el que deba adoptar decisión alguna en este trámite. En efecto, "*el Tribunal de Garantías ha de pronunciarse sobre la revocación del decreto de archivo para la práctica de nuevas diligencias o la continuación del procedimiento, concediendo a las partes la posibilidad de formular escrito de acusación. De presentarse éste, ya sea a iniciativa del Fiscal que así lo acuerde en el momento de formalizar el decreto de conclusión, ya como consecuencia de la estimación de la impugnación del archivo hecha valer por las acusaciones, el Tribunal de Garantías asume el control y examen de la fundabilidad de la pretensión acusatoria. Se logra así preservar al Tribunal de Juicio de todo*

---

[671] Como señalan LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSE Y RODRIGUEZ FERNANDEZ, IGNACIO, "en el AP 2011 el juicio de acusación tiene carácter eventual y contradictorio. Eventual, porque se realiza únicamente a instancia de la defensa; y contradictorio, porque se desarrolla en el marco de un incidente, la Audiencia Preliminar, que se encuentra a cargo de un Juez distinto del encargado de controlar las investigaciones y del competente para el enjuiciamiento. Esta configuración orgánica responde, por una parte, a que el primero, a pesar de no tener a su cargo la investigación, se encuentra comprometido con su resultado. Al fin y al cabo él ha sido quien ha autorizado los actos de injerencia y también ha sido él quien, en su caso, ha acordado la prisión provisional. Y en cuanto al Tribunal encargado del enjuiciamiento es preciso evitar que realice cualquier juicio anticipado sobre la consistencia del material probatorio acumulado contra el investigado. De hecho, el mayor inconveniente de la decisión ordenando la realización del juicio oral reside en que el Juez que decide su apertura, si la decisión es positiva, se ve obligado a incurrir en prejuicios previos al juicio oral, pues abrir el juicio, en último término, supone afirmar que existe la sospecha suficientemente fundada de la realización del hecho punible a cargo del acusado. Para solventarlo existen dos posibilidades: limitar las facultades de control, aunque ello suponga renunciar parcialmente a la función garantizadora que tiene para el inculpado esta actuación procesal, o dejar la decisión de apertura en manos de un Juez distinto al encargado del enjuiciamiento, al que en contrapartida se le faculta para realizar un examen más amplio sobre el fundamento de la acusación". Ese es el diseño del AP 2011. En López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio".* Op. cit.

contacto con el hecho justiciable antes de que se inicien las sesiones del plenario, reforzando su imparcialidad y descartando el riesgo de incompatibilidad funcional."

No obstante lo anterior, como ya se expuso, lo esencial es que el Juez reúna las condiciones de imparcialidad subjetiva y objetiva que aseguren que la decisión sobre la apertura del juicio oral no va a estar influenciada por la previa toma de contacto con las fuentes de prueba, y para ello pueden ser suficientes las correspondientes normas de reparto.

Precisamente por ello, las diferencias entre ambos textos van más allá de una mera cuestión de tipo orgánico u organizativo. De hecho, la relevancia que ambos proyectos conceden a esta fase intermedia o juicio de acusación se ve reflejada en una normativa extensa y detallada.

Así, el AP 2011 dedica los arts. 494 a 502 y 516 a 539, que se encargan de regular la finalización de la investigación, la posibilidad de practicar diligencias complementarias, la decisión sobre la conclusión y el archivo o la continuación del procedimiento, el ejercicio de la acción penal a través del escrito de acusación, el juicio sobre esta acusación -que incluye el análisis sobre la legitimidad de las acusaciones personadas-, y la decisión final sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

Por su parte, el CPP 2013 dedica a esta fase los arts. 417 a 431, con un esquema similar, que se inicia con la decisión sobre la conclusión y archivo o continuación de la causa, la formulación de los escritos de acusación y defensa, y la decisión final sobre la apertura del juicio oral o el sobreseimiento de la causa.

Se trata de una regulación que, con carácter general, ha sido bien valorada por diversos autores como LOPEZ LOPEZ[672] quien, en relación con el AP 2011, destaca que "el control de la acción penal por parte del Juez, se sigue viendo

[672] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.

reforzado en la fase intermedia, en la que se desarrolla un auténtico juicio de acusación a cargo de un juez que no ha participado en la actividad investigadora y que, por ello, en momento alguno se ha pronunciado sobre las pretensiones acusatorias. En definitiva, se trata de establecer un control judicial sobre la acción penal, que se pretende ejercer una vez finalizada la investigación, resolviendo la prosecución del proceso y la apertura del juicio oral o el sobreseimiento que corresponda".

De la misma opinión son LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[673], quienes, no obstante, apuntan algunas similitudes y diferencias de concepto entre ambas propuestas.

Y así, en primer lugar, destacan con carácter general que "el objeto del juicio de acusación —en relación con la suficiencia de la prueba— debe entenderse (…) en términos de probabilidad objetiva. Su constatación no exige la certeza o la alta probabilidad de una futura condena, sino la simple aptitud abstracta del material de que dispone la acusación para producirla. En otros términos, se trata de verificar la existencia de una base razonable en la acusación que se formula".

Sin embargo, no existe un desarrollo normativo o jurisprudencial sobre, al menos, "un elenco de estándares negativos que determinen necesariamente el rechazo de la procedencia de la acción penal. Frente a la apreciación de la duda razonable, que sólo puede realizarse tras la práctica de la verdadera prueba en el acto del juicio, la presencia efectiva de una mínima actividad probatoria de cargo puede ser valorada anticipadamente en el juicio de acusación —esto es, en el momento en que el Fiscal presenta al Juez los cargos definitivos y los fundamentos de su pretensión acusatoria—".

---

[673] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8111. 24 de junio de 2013.

La cuestión es particularmente relevante ya que, para estos autores, se debe "distinguir (…) entre el archivo acordado por el Fiscal en la fase investigadora, carente de todo efecto de cosa juzgada —en la medida en que la autoridad que lo acuerda carece de potestad jurisdiccional—, y el verdadero sobreseimiento, como decisión judicial definitiva —y previa al juicio oral— sobre la acción penal que el Fiscal pretende presentar. (…) Con esta distinción puede alcanzarse una doble garantía. Por un lado, la más clara articulación de la división del proceso en una fase preparatoria —dirigida por el órgano público que debe determinar si procede ejercer la acción penal— y otra principal —dominada por los órganos jurisdiccionales que han de decidir sobre la acción penal que pretende ejercitarse— redundará en beneficio del ciudadano afectado. Éste debe tener la certeza de que los cargos definitivos que contra él se formulan en el juicio de acusación han de encontrar una respuesta judicial igualmente definitiva".

No obstante, ni el AP 2011 ni el CPP 2013 "han llegado a realizar esta división estructural. El primero de los dos textos sí que procuraba establecer un sobreseimiento en la audiencia preliminar con efecto general de cosa juzgada. Sin embargo, en una extraña inercia del actual sistema de instrucción —en el que las funciones directivas de la investigación y las jurisdiccionales están confundidas en un mismo sujeto—, mantiene, con carácter general, el instituto del sobreseimiento en la fase investigadora. Hace, así, que toda decisión de archivo del Fiscal tenga que ser refrendada a través de una decisión judicial de sobreseimiento del Juez —de efectos diferentes según los casos, siendo unas veces provisional y otras definitivo—".

El CPP 2013, por su parte, "se limita a reproducir la institución del sobreseimiento tal y como está contemplada hoy día en la regulación vigente (…) aunque mantienen el "sistema por el que toda decisión de archivo del Fiscal debe quedar judicialmente refrendada a través de un sobreseimiento de distintos efectos".

De hecho, en otro de los trabajos publicados sobre el CPP 2013[674], señalan que "la principal actuación que se realiza en el período intermedio es adoptar una decisión a cargo de un juez sobre la apertura del juicio oral, verificando el fundamento de la acusación. Su importancia reside en su función de control negativo, estableciendo un marco procesal para discutir y decidir sobre la necesidad de proceder contra el inculpado en el marco del juicio oral. (…) Hacer efectiva la garantía de la presunción de inocencia en esta fase preliminar también supone evitar la realización del juicio cuando la acusación se funde en un medio de prueba objetivamente inidóneo para servir de fundamento a una sentencia condenatoria y, por tanto, aboque irremisiblemente a la absolución. (…) La depuración de la prueba ilícita también debe formar parte del conjunto de actuaciones que se desarrollan en la fase intermedia. Independientemente de que el control de la validez del material probatorio que accede al juicio oral se encomiende al juez de la fase intermedia o al Tribunal encargado de realizar el enjuiciamiento, lo que sí resulta esencial es que la prohibición probatoria opere como una auténtica regla de exclusión impidiendo el acceso de la prueba ilícita al juicio oral".

Es en este punto donde se observa, según estos autores, una diferencia sustancial entre ambos textos, ya que el AP 2011 opta por un modelo en el que, con carácter previo al juicio oral, se examina no sólo la suficiencia de la prueba (en el juicio de acusación propiamente dicho que se celebra ante el Juez de la Audiencia Preliminar) sino también sobre la pertinencia y la validez de la prueba (dentro de la fase intermedia y ante el Tribunal de Enjuiciamiento)[675]; mientras que la propuesta de regulación del CPP 2013 difiere menos del sistema vigente ya que, en lo relativo a la prueba ilícita, "su impugnación (…) sigue el modelo del procedimiento abreviado, es decir, la vulneración de derechos fundamentales puede alegarse como una cuestión previa al comienzo del juicio oral, el Tribunal puede resolverla en ese acto o diferir la resolución para la sentencia[676] .

[674] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio".* Op. cit.
[675] Ver, en tal sentido, los arts. 543 y 544 AP 2011.
[676] Ver, en tal sentido, el art. 443 CPP 2013.

Sea como fuere, ambos autores coinciden en señalar que "tanto desde el punto de vista de la depuración de la prueba como desde la óptica de la depuración de los cargos, la atribución de la dirección de la investigación al órgano público que debe decidir sobre el ejercicio de la acción penal conduce a mejorar el estándar de garantías. La mayor eficacia del nuevo modelo se extiende, pues, al ámbito mismo de los derechos fundamentales y de la presunción de inocencia"[677].

Una vez analizadas las deficiencias del actual modelo de instrucción, así como las propuestas que se han formulado en los últimos años para superarlas, estamos en condiciones de proponer un nuevo diseño de investigación penal que, recogiendo muchas de las ideas que se han ido exponiendo, permita conciliar de manera adecuada la ineludible garantía de los derechos fundamentales de los implicados con la irrenunciable eficacia del sistema.

[677] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

CAPITULO IV.- UNA PROPUESTA PARA UN NUEVO SISTEMA DE INSTRUCCIÓN PENAL: HACIA UN VERDADERO MODELO DE FISCAL INVESTIGADOR.

La constatada insatisfacción que produce el actual modelo de instrucción penal ha conducido de manera inexorable a la formulación de diversas propuestas de reforma que, desde diferentes posiciones doctrinales, se han centrado en dos ideas básicas aparentemente contrapuestas: la que defiende el mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción, y la que pretende su desaparición, al menos, en su actual configuración.

Sin embargo, a nuestro juicio, ambas posturas pueden ser conciliables, si no se pretende perder de vista los principios esenciales del proceso penal como un sistema de garantías de derechos y libertades, en su doble vertiente: para la sociedad en su conjunto, en su función de proteger eficazmente a sus integrantes frente a las más graves vulneraciones de sus reglas mínimas de convivencia; y para el ciudadano concreto que se ve sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

Como se ha descrito en el Capítulo anterior, parece ya ampliamente asumida la idea, plasmada en sendas propuestas normativas, de que la reforma del proceso penal en España ha de partir de una nueva configuración de los roles del Juez y del Fiscal. A éste le sería atribuida la responsabilidad de la dirección de la investigación criminal, reservando para el Juez la trascendental función de garante de los derechos fundamentales. Pero, bajo este esquema general, es necesario superar algunas reticencias que, de forma recurrente, se advierten por quienes no son partidarios de este nuevo diseño. De entre las diversas cuestiones que se han suscitado, se ha optado en este trabajo por abordar las que nos parecen más relevantes, por cuanto suponen una alteración sustancial del actual estado de cosas. Y así, en primer lugar, se analizarán desde luego las razones que abonan el propio cambio de modelo, mediante la asunción por el Ministerio Fiscal de esta nueva responsabilidad; en segundo lugar, e íntimamente ligada a la anterior, será objeto de estudio la modificación funcional de la figura del Juez de Instrucción

desde la perspectiva de la mejor garantía de los derechos fundamentales; y en tercer lugar, se hará referencia a las implicaciones del nuevo diseño en el ámbito de actuación de las partes personadas, particularmente de las acusadoras, cuyo reconocimiento constitucional y legal debe hacerse compatible con las nuevas atribuciones asignadas al Ministerio Fiscal y al Juez de Instrucción. La pretensión final de este Capítulo es formular un esquema general de un nuevo modelo en el que la adecuada conjunción de las funciones y límites de los intervinientes en el proceso permita no sólo, y por supuesto, su adecuación a los principios constitucionales como expresión de garantía de los derechos fundamentales, sino también la mayor eficacia posible del sistema.

1.- El Fiscal investigador: razones para un nuevo sistema.

La idea de un proceso penal en el que se atribuya al Ministerio Fiscal la dirección de la fase de investigación ha sido defendida por muy diversos autores y con diferentes motivos. En tal sentido, las razones que justificarían el cambio de modelo se podrían agrupar en cuatro grandes bloques argumentales, algunos de los cuales se han ido mencionando a lo largo de este trabajo, y cuyo planteamiento sistemático se pretende abordar a continuación.

1.1.- Razones de carácter procesal.

La figura del Fiscal investigador se ajusta más adecuadamente al concepto y finalidad de la fase de instrucción, sin merma alguna de su naturaleza y características.

En efecto, la instrucción penal tiene por objeto la práctica de las diligencias necesarias para verificar la existencia de una infracción penal y de su posible autor, a fin de valorar si procede o no la apertura de juicio oral contra éste. Debido a la finalidad de esta fase preliminar, las diligencias practicadas no han de tener valor probatorio porque su finalidad no es acreditar unos hechos (con las excepciones

legales correspondientes), ni han de desarrollarse con más exhaustividad que la estrictamente necesaria para valorar la suficiencia indiciaria para proceder a la apertura del juicio oral. En el marco de esta fase, las actuaciones practicadas pueden tener una triple naturaleza: investigadora, cautelar o probatoria. De ahí que se predique su naturaleza mixta o compleja, y en todo caso procesal, pero no necesariamente jurisdiccional, ya que no todas las actuaciones requieren la intervención de un Juez. Y así, las diligencias que revistan el carácter de prueba anticipada han de *practicarse ante* un Juez, como elemento de alteridad propio de toda prueba; determinadas medidas de naturaleza cautelar han de ser *acordadas por* un Juez debido a su carácter restrictivo de derechos (libertad, propiedad, etc.); y las diligencias de investigación que afecten al contenido esencial de un derecho fundamental requieren la *previa autorización* judicial por mandato constitucional. En cambio, el resto de actuaciones pueden ser realizadas por otra autoridad, siempre que responda a los principios básicos de oficialidad, legalidad, obligatoriedad y sumariedad.

El principio de oficialidad implica que el inicio e impulso de la investigación penal debe estar residenciada en un órgano público estatal, cuya actuación sólo puede regirse por el principio de legalidad. Este principio determina la obligación de iniciar una investigación ante el conocimiento de la presunta comisión de un hecho delictivo, que a su vez se configura como el único objeto del procedimiento, evitando así investigaciones generales o prospectivas cuya duración exceda del tiempo estrictamente necesario para su verificación (sumariedad).

El Ministerio Fiscal puede cumplir estas funciones, al tratarse de un órgano estatal cuya actuación está sometida a los principios de legalidad e imparcialidad, en coherencia con las líneas rectoras del proceso penal. Un proceso penal en el que ha de plasmarse el interés de toda la sociedad en la persecución de las infracciones criminales, como expresión del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, pero en el que han de respetarse las garantías constitucionales del debido proceso.

Varios son los autores que abonan estas tesis. Así, GIMENO SENDRA[678], para quien "se ha de conferir al Ministerio Público la dirección de la investigación y mantener al Juez de Instrucción como Juez de garantías, para el conocimiento de los actos auténticamente jurisdiccionales, como lo son los supuestos de prueba sumarial anticipada y adopción de medidas limitativas de los derechos fundamentales (entrada y registro, prisión provisional, intervención de las comunicaciones, intervenciones corporales, etc.), así como del conocimiento de la fase intermedia". Para este autor, se debe "acentuar la distinción entre actos de investigación y de prueba con el objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales", así como "actualizar los supuestos de prueba sumarial anticipada y perfeccionar su procedimiento de entrada en el juicio oral".

En esta idea abunda NARVAEZ RODRIGUEZ[679], al destacar que "los actos de investigación previos a la formulación de una acusación no constituyen en sí mismos actos jurisdiccionales, por cuanto únicamente están encaminados a fundamentar la prosperabilidad del ejercicio de la acción penal", de manera que "ninguno de ellos (…) constituyen verdaderos actos de prueba, en la medida en que solamente los realizados en el acto del juicio oral revisten este carácter".

Y de nuevo GIMENO SENDRA[680] señala que "si el Ministerio Fiscal entendiera de los actos de investigación y el Juez siguiera conociendo de los escasos supuestos de prueba sumarial anticipada y preconstituida, lógicamente el Tribunal sentenciador en momento alguno podría fundamentar una sentencia de condena en las diligencias practicadas por el Ministerio Público. Y ello, porque el Ministerio Fiscal no puede, en modo alguno, generar actos de prueba, que requieren la intervención de un órgano independiente, cual es el Juez de Instrucción"[681].

---

[678] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 61 a 72.
[679] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Págs. 136 y 137.
[680] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[681] En esta misma idea se insiste en GIMENO SENDRA, VICENTE. "*Hacia un nuevo modelo de proceso penal*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Op. cit. Págs. 59 y 60.

En el mismo sentido se pronuncia MORENO CATENA[682], al destacar que "la instrucción comprende otras muchas actuaciones que escapan de la esfera jurisdiccional por mucha extensión que pretenda darse al término. Naturalmente que la adopción de medidas cautelares personales, la práctica anticipada de la prueba o las diligencias que supongan restricción o privación de derechos fundamentales deberá seguir atribuida a la autoridad judicial, pero no necesariamente a un juez de la investigación sino a un juez defensor de los derechos de las partes mientras duran aquellas actuaciones previas al juicio. Como es obvio, encomendar a un mismo órgano toda la actividad que se ha de realizar durante la investigación de un hecho delictivo, sin tener en cuenta la naturaleza de cada actuación, carece de justificación y de sentido. El juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales realizados por el fiscal, (…) porque el papel que debe desempeñar el juez durante la instrucción no es más (ni menos) que el de garante de los derechos de las partes, esencialmente del sujeto pasivo del proceso. De este modo se fortalece el principio de imparcialidad judicial y se aplica mejor el principio de exclusividad jurisdiccional por el Poder Judicial".

En parecidos términos se expresa ASENCIO MELLADO[683], cuando señala que "la atribución al Ministerio Fiscal de la investigación supone siempre la conversión del Juez de instrucción en un juez de garantías, plenamente imparcial y sin iniciativas propias en orden a la restricción de derechos fundamentales o la conformación indirecta de la acusación".

Y también CALVO SANCHEZ[684], al destacar que "otorgar al MF la fase de investigación, excepción hecha de las resoluciones que suponen limitación de derechos fundamentales o prueba anticipada, puede ser eficaz de cara a la potenciación del principio acusatorio (…) contribuiría, además, a que la adopción de las medidas cautelares, de carácter jurisdiccional, fueran rogadas, (…) con lo que se incrementaría la imparcialidad y la justicia del caso concreto; (…) desterrando la viciada práctica de hipervalorar la instrucción".

---

[682] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit.
[683] Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 46.
[684] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.

Del mismo modo, DAMIAN MORENO[685] resalta la necesidad de que las acusaciones muestren una labor más activa en esta fase, al destacar que "debería estudiarse la viabilidad de despojar al juez de instrucción de los poderes que derivan de un mal entendimiento sobre el contenido del principio de investigación oficial. La iniciativa en la investigación y en la búsqueda del material que ha de servir de fundamento a la acusación ha de estar confiada a quienes han manifestado su voluntad de constituirse en parte para ejercitar la acción penal. Lo que no es posible es que haya de ser el fiscal quien vaya a remolque de lo que en cada momento se le vaya ocurriendo al juez instructor, y menos aún que haya de ser el propio fiscal quien a menudo tenga que poner coto a los eventuales excesos que incurra el juez en la investigación".

En definitiva, desde el punto de vista procesal, la atribución de la responsabilidad de la investigación al Ministerio Fiscal, lejos de suponer una merma de los principios y garantías procesales, implica una potenciación de los mismos, y señaladamente, del principio acusatorio. Con ello se superan algunos rasgos propios del modelo inquisitivo (como la incoación e impulso de oficio por un Juez), se mantiene el carácter oficial, público[686] y sumario de la investigación, que seguirá estando presidida por un órgano estatal sometido al principio de legalidad, y se mejoran las garantías para la persona investigada, por cuanto se otorga su verdadero valor a la prueba practicada en el juicio oral.

1.2.- Razones de organización y eficacia.

Cualquier reforma del proceso penal debe hacerse desde el conocimiento de la realidad práctica sobre la que actúa, y desde luego, no puede quedarse en un mero cambio de la figura del Juez de Instrucción por el Fiscal investigador. Como señala

---

[685] Damián Moreno, Juan. *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Op. cit.
[686] Ver Moreno Catena, Víctor. "*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Págs. 91 y 92.

MORENO CATENA[687], "no se trata de reproducir los esquemas procesales vigentes, cambiando a uno por el otro, sino de superar el modelo que históricamente ha regido en la Europa continental por más de un siglo. De otra manera, la reforma no supondría más que modificar la ubicación y el centro de imputación de los males que aquejan al actual modelo de proceso penal, pero poco o nada se habría avanzado". ESPINA RAMOS[688] expresa esta misma idea con otras palabras: "la cuestión (…) ha de centrarse no tanto en *quién* instruye, sino en *cómo* se instruye".

Pues bien, los principales problemas a los que se enfrenta el actual modelo de instrucción penal consisten en una excesiva burocratización determinante de una notoria lentitud y en la falta de una respuesta adecuada a los problemas derivados de la criminalidad más compleja u organizada. Así lo expresa, entre otros, GIMENO SENDRA[689], cuando señala que "uno de los mayores males de nuestra Justicia penal es su extremada lentitud, la cual resulta patente en los procesos instaurados por la corrupción política"; opinión que se complementa en otra obra del mismo autor[690], al destacar la necesidad de combatir "nuevos fenómenos de delincuencia (terrorismo, criminalidad organizada) y la proliferación de la pequeña delincuencia que genera sobrecarga de trabajo".

La burocratización viene determinada por una conjunción de factores. Desde el plano estrictamente procesal[691] destacan dos de ellos por encima de otros. Uno se acaba de exponer en el apartado anterior, la exhaustividad de las diligencias sumariales derivadas de su extraordinario (e impropio) valor probatorio. El otro se refiere a la obligatoriedad de la incoación de un procedimiento penal ante cualquier *notitia criminis*.

---

[687] Moreno Catena, Víctor. "*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Págs. 81 a 83.
[688] Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". Op. cit. Pág. 415.
[689] Gimeno Sendra, Vicente. "*Corrupción y propuestas de reforma".* Op. cit.
[690] Gimeno Sendra, Vicente. "*Derecho Procesal Penal*". Op. cit. Págs. 61 a 72.
[691] Se ha prescindido deliberadamente de otro tipo de condicionantes como la adecuada dotación de medios personales y materiales, considerando que se trata de problemas que, aunque relevantes, no requieren de reformas de carácter procesal.

Como señala LACUEVA BERTOLACCI[692] "la investigación penal, con independencia de que su dirección legalmente se atribuya a un Juez o a un Fiscal, la realizan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado" y "en el Juzgado de instrucción se reproducen las actuaciones realizadas ante la Policía sin que dicha práctica modifique, en su mayoría, en nada lo ya practicado. Se trata, por consiguiente, de un coste económico innecesario e irrelevante, puesto que, como norma general, únicamente tendrán la consideración de pruebas aquellas que se practiquen en sede de juicio oral y no en el Juzgado de instrucción. Nos encontraremos con un testigo, por ejemplo, que declarará en tres ocasiones: ante la Policía, en el Juzgado de instrucción y en el Juzgado de lo penal (o Audiencia Provincial, en su caso); con un contenido idéntico en todas ellas".

En la misma idea abunda GIMENO SENDRA[693], quien destaca el factor *psicológico* que supone para el Juez de Instrucción su "deseo de exhaustividad en el tratamiento del material instructorio (…) ante el temor más o menos consciente de que no le revoquen los sumarios y de que, en su día, sus <superiores> no condenen al procesado".

Esta reiteración de diligencias provoca indudables problemas de falta de celeridad en la tramitación de la fase de investigación. Frente a esta situación, el nuevo art. 324 LECrim[694] ha introducido una medida consistente en la fijación de un plazo de tramitación de las diligencias de instrucción. La regla general es de seis meses, susceptible de ser ampliado hasta los dieciocho que, a su vez, puede ser prorrogado hasta otros dieciocho meses más. La ampliación de los plazos requiere una previa declaración judicial de "complejidad" de la causa, conforme a criterios sumamente indeterminados[695], y siempre a instancia del Ministerio Fiscal. Sin

---

[692] Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Op. cit.
[693] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[694] Texto reformado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* (BOE nº 239, de 6 de octubre). Se ha previsto su entrada en vigor a los dos meses de la publicación en el BOE.
[695] Entre otros, merecen destacarse los siguientes: " (…) b) tenga por objeto *numerosos* hechos punibles; c) involucre a *gran cantidad* de investigados o víctimas; d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de *abundante* documentación o *complicados* análisis (…)"

embargo, cualquiera de las partes podrá solicitar "excepcionalmente (…) por concurrir razones que lo justifiquen" que se fije un "nuevo plazo máximo" (sin concretar) "para la finalización de la instrucción". En consecuencia, la previsión normativa, en realidad, no sujeta la instrucción penal a plazo concreto alguno. Al margen de lo anterior, y sin entrar en un estudio en profundidad de este novedoso sistema, que excedería del objeto de este trabajo, esta reforma sólo tiene sentido en el marco de una modificación integral del proceso penal. A tal efecto, lo relevante no es el tiempo que se tarda en tramitar unas diligencias de investigación, sino su contenido y finalidad, y sobre eso nada se introduce en esta nueva reforma parcial de la LECrim.

De esta forma, sigue estando vigente el planteamiento de GIMENO SENDRA[696], para quien la atribución al Ministerio Fiscal de la responsabilidad de la fase de investigación "aceleraría sustancialmente la tramitación de la fase instructora (…) porque la actitud del Ministerio Fiscal, frente a la investigación, es distinta a la actual del Juez de Instrucción" ya que "habrá de realizar la imprescindible actividad investigadora dirigida a determinar si pueden concurrir o no los presupuestos de la apertura del juicio oral, es decir, si podrá en su día fundamentar su acusación o si debe proceder al sobreseimiento". De la misma opinión son CALVO SANCHEZ[697] y MORENO CATENA[698]. Para este último, "el modelo de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal introduce (…) mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose la duplicidad de diligencias". Además, como destaca NARVAEZ RODRIGUEZ[699], "desde un punto de vista lógico no resulta muy coherente que los elementos sobre los que apoyar una hipotética acusación sean incorporados al proceso por un órgano diferente a aquél que ha de formularla".

En definitiva, la dirección de la investigación por parte del Ministerio Fiscal confiere a esta fase procesal una naturaleza de mera preparación (o no) del juicio oral, de

---

[696] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[697] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit. Se "ganaría la celeridad de esta fase, y con ello la del proceso, (…) asegurando el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas"
[698] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit
[699] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Pág. 139.

manera que las diligencias practicadas se configuran como fuentes de prueba, careciendo de valor probatorio. Con ello se evita su reiteración innecesaria, con la consiguiente agilización del procedimiento.

El otro factor determinante de la burocratización del sistema es, como ya se dijo, la obligación de incoar una causa penal ante cualquier *notitia criminis,* lo que genera un número muy considerable de procedimientos que se inician y terminan el mismo día o en los días inmediatamente posteriores (en muchos casos, tras haber pasado por diferentes órganos judiciales –incluso dentro del mismo partido judicial- hasta determinar el Juzgado competente en función de prolijas normas de reparto). Esta situación viene motivada, fundamentalmente, por la incoación de procesos penales derivados de la presunta comisión de hechos delictivos respecto de los cuales no existe el más mínimo indicio de su autoría. Con ello se desconoce la naturaleza del proceso penal como un sistema de garantías, es decir, como un instrumento que regula el momento y las condiciones en que se produce la confrontación entre el Estado y el sujeto a quien se imputa un hecho punible. Así lo destacan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[700], para quienes el proceso sólo debe empezar cuando surge la confrontación entre el resultado de la investigación del Estado a través de la Policía Judicial, que identifica al presunto autor del hecho delictivo y, por tanto, la persona objeto de investigación.

El legislador español, consciente de este problema, ha introducido[701] una reforma del art. 284.2 LECrim, a fin de que los atestados policiales tramitados por hechos respecto de los que no exista "autor conocido" sean conservados por la Policía Judicial, "a disposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial", salvo en determinadas circunstancias[702]. Con esta medida se eliminaría una gran parte de

---

[700] Ver, en tal sentido, López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

[701] A través de la ya citada Ley 41/2015, de 5 de octubre, *de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales* (BOE nº 239, de 6 de octubre). Se ha previsto su entrada en vigor a los dos meses de la publicación en el BOE.

[702] "a) Que se trate de delitos contra la vida, contra la integridad física, contra la libertad e indemnidad sexuales o de delitos relacionados con la corrupción; b) que se practique cualquier diligencia después de transcurridas setenta y dos horas desde la apertura del atestado y éstas hayan tenido algún resultado; o c) que el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial soliciten la remisión".

las tareas de registro e incoación de procedimientos en los servicios de guardia, pero se trata de una reforma parcial que se introduce en un sistema en el que perviven otras disfunciones estructurales.

En efecto, como ya se mencionó, una de las deficiencias del actual sistema de justicia penal en nuestro país es la falta de respuesta adecuada a los fenómenos de criminalidad compleja u organizada.

La persecución eficaz de este tipo de delincuencia exige la formación de equipos de trabajo especializados, en los que de una manera organizada mediante una adecuada distribución de funciones, se pueda desarrollar una labor que en la mayoría de las ocasiones trasciende los rígidos contornos territoriales de un partido judicial. Actualmente, las lógicas exigencias derivadas del derecho al Juez legal no permiten la actuación coordinada de varios Jueces de Instrucción, dentro o fuera de un mismo partido judicial.

Con la finalidad de superar esta situación, la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio[703], por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha introducido una fórmula de "apoyo judicial en la instrucción de causas complejas", en su nueva disposición adicional vigésimo primera. Sin embargo, este tipo de medidas no se contemplan como un mecanismo ordinario de respuesta del Estado frente a este tipo de delincuencia. Por el contrario, se trata de figuras que se configuran como claramente excepcionales y potestativas. Para su puesta en marcha se requiere, en primer lugar, la previa propuesta del titular del órgano judicial, que debe llegar al convencimiento de su necesidad; la aprobación del Consejo General del Poder Judicial; y la autorización del Ministerio de Justicia para la puesta en marcha del programa de actuación correspondiente. Y todo ello para que otro u otros Jueces o Magistrados, o Letrados de la Administración de Justicia, puedan realizar "exclusivamente labores de colaboración, asistencia o asesoramiento", pero "sin funciones jurisdiccionales y bajo la dirección del titular" del órgano judicial. Como se

[703] BOE nº 174, de 22 de julio de 2015. Con fecha de entrada en vigor el día 1 de octubre de 2015.

verá, la lógica de la independencia judicial condiciona de forma significativa la eficacia práctica del sistema.

La atribución al Ministerio Fiscal de la responsabilidad en la dirección de la investigación penal permitiría superar estas deficiencias, articulando unos mecanismos adecuados de coordinación bajo dos premisas iniciales: que no existe el derecho al "Fiscal ordinario predeterminado por la Ley", y que la flexibilidad estructural de esta institución permite que la criminalidad organizada pueda ser combatida organizadamente.

Así lo expresan, entre otros, RUIZ RUIZ[704], cuando afirma que "el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley no puede extenderse a los miembros del Ministerio Fiscal ni a los Secretarios de órganos judiciales", con cita del ATC 460/1983, de 13 octubre (FJ 4º), en el que se indica que "*siendo por fin de destacar la confusión en que se incurre de asimilar por extensión al Ministerio Fiscal con el Juez ordinario predeterminado, cuando sus funciones son diferentes, y no corresponde a aquél la misión jurisdiccional de juzgar, única protegida en el art. 24.2 de la C.E., no existiendo en ésta reconocido en favor de los ciudadanos, la intervención en el proceso penal como parte acusadora de un miembro determinado del Ministerio Fiscal, pues como dice el art. 124.2 de la C.E., ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad*."

Y también LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[705], cuando destacan que se trata de una "organización estatal que puede (…) estructurarse de acuerdo con cánones que trascienden de la pura competencia territorial, conforme al principio de especialidad, y que puede igualmente sujetarse a criterios flexibles de asignación de asuntos, con más capacidad de adaptación a la naturaleza y la complejidad de los distintos fenómenos criminales. (…) En esta línea, el Ministerio

[704] Ruiz Ruiz, Gregorio. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Op. cit. Págs. 121.
[705] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

Fiscal, como institución de defensa de la legalidad regida por el principio de unidad de actuación, puede centralizar la entrada de los asuntos, evitando las duplicidades y remisiones, y puede articularse de acuerdo con criterios de organización eficientes, con mayores posibilidades de especialización y con una respuesta unitaria para cada tipo de delincuencia".

Ello aportaría, además, dos ventajas adicionales: en primer lugar, la uniformidad en los criterios de investigación con la consiguiente mejora de las garantías de seguridad jurídica; y en segundo lugar, la coordinación real y eficaz de la Policía Judicial.

En efecto, como señala DAMIÁN MORENO[706], se dotaría al sistema judicial de "un mayor grado de cohesión en la aplicación de la ley penal, sirviendo el Fiscal de elemento vertebrador a fin de garantizar el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley". Por su parte, MORENO CATENA[707] destaca que "no parece posible articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces en el actual modelo de proceso penal, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de ellos, organizados precisamente de acuerdo con el principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (…). Otra cosa bien distinta sucedería si la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, que actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial". En parecidos términos se expresan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[708], cuando señalan que el "control jurídico sobre la actuación investigadora policial (…) es totalmente irrealizable desde un modelo disperso de jueces-directores de la investigación —en el que la policía busca, y acaba encontrando, un instructor receptivo a sus pretensiones indagatorias—. En el nuevo sistema procesal, las peticiones policiales de injerencia —que las unidades

[706] Damián Moreno, Juan. *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Op. cit.
[707] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma"*. Op. cit
[708] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

policiales suelen presentar por sí mismas ante los órganos instructores, arrogándose una discutible capacidad de solicitar diligencias— han de encontrar un filtro efectivo en el criterio unitario de la Fiscalía".

En definitiva, se considera que el nuevo modelo permitiría superar la situación actual de la instrucción penal, que ha sido descrita por CUNHA RODRIGUES bajo la conocida fórmula del "<*diálogo triangular sucesivamente renovado*> por el que el Fiscal pide al Juez que ordene a la Policía que haga una diligencia, el Juez lo ordena, la Policía actúa e informa al Juez, y el Juez pregunta al Fiscal si considera que la Policía ha hecho adecuadamente lo que el Fiscal le pidió al Juez que ordenara a la Policía. Todo un ejemplo de claridad, sencillez y eficiencia"[709].

1.3.- Razones de armonización con el derecho comparado.

Como ya se tuvo la ocasión de exponer en el Capítulo I, la legislación procesal penal española no ha seguido una vía coincidente a la de los países de nuestro entorno más cercano. Con independencia de que el proceso penal representa el fruto de la evolución histórica de cada Estado, parece lógico reflexionar seriamente sobre la originalidad propia de un sistema como el nuestro que, como se ha descrito anteriormente, ofrece unos índices de eficacia que pueden ser claramente mejorables.

En tal sentido, la práctica totalidad de los autores han abordado el análisis de los sistemas vigentes en el derecho comparado para reforzar o descartar sus respectivas posiciones sobre la procedencia o no de un cambio en el modelo de proceso penal en nuestro país[710].

---

[709] Cunha Rodrigues. "*Direito Processual penal. Tendencias de reforma na Europa continental. O caso portugués*". Pág. 4. Citado por Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. "*El fiscal instructor: la experiencia portuguesa*". Op. cit; y también por Espina Ramos, Jorge, con cita, a su vez, de Flores Prada, Alfredo. "El Ministerio Fiscal en España". Ed. Tirant Lo Blanch. 1999. Se trata de una descripción que, aunque proviene de un autor portugués, puede ser perfectamente aplicable a nuestro país.

[710] La reseña concreta de los estudios analizados a estos efectos se recoge expresamente en el Capítulo I.

Pero de lo que no cabe duda es que casi todas las soluciones procesales ofrecidas en los países de nuestro entorno coinciden en atribuir al Ministerio Fiscal la responsabilidad de la dirección de la fase de investigación criminal, reservando para el Juez de Instrucción las funciones propias de un Juez de Garantías[711]. Sin embargo, lo que ahora interesa destacar es lo que tienen en común todos ellos: un adecuado equilibrio entre los distintos intervinientes en el proceso.

Así, en el sistema alemán, el monopolio de la acción penal por el Fiscal durante la fase de investigación[712] no impide la intervención del ofendido, tanto en vía civil, como en los delitos privados y, sobre todo, con el trámite del forzamiento de la acusación[713] configurado como un sistema de control de la actuación del Ministerio Público. De esta forma, bajo un esquema general basado en el sistema acusatorio, se mantienen concesiones al modelo inquisitivo, entre las que se destaca igualmente el juicio de acusación[714], celebrado ante el Tribunal encargado de celebrar el juicio y de dictar sentencia. Todo ello se ha de valorar como una muestra de la prevalencia concedida al principio de legalidad y a la búsqueda de la verdad y la Justicia, en cuyo marco la notoria dependencia respecto del Poder Ejecutivo no impide la atribución al Ministerio Fiscal de esta relevante función, ya que se encuentra adecuadamente sometida a los controles descritos, que impiden un uso abusivo de la misma.

Otro tanto se puede decir respecto del sistema portugués, en el que la asunción en régimen de monopolio de la función de investigación por el Ministerio Público[715] -que se encuentra bajo la dependencia del Poder Ejecutivo en determinados casos-, está sometida a varios límites. El más relevante y singular, sin duda, es el control

---

[711] Así ha ocurrido igualmente con el sistema establecido para el funcionamiento de la Corte Penal Internacional, con la paradoja de que España ha suscrito un acuerdo por el que asume un modelo procesal que es sustancialmente diferente al que está vigente en nuestro país. En virtud de la autorización concedida por la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, España ratificó, por instrumento de 19 de octubre de 2000 (depositado el 25 de octubre), el Estatuto de la Corte Penal Internacional adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Dicho Estatuto entró en vigor, conforme a lo dispuesto en su art.126, el 1 de julio de 2002. La normativa reguladora de este Tribunal puede ser consultada en: http://www.icc-cpi.int

[712] Ver lo dispuesto en el art. 160 StPO.

[713] Este incidente, denominado *Klageerzwingungsverfahren*, está regulado en los arts. 172 a 177 StPO.

[714] Regulado en los arts. 199 y ss StPO.

[715] Ver lo dispuesto en el art. 262 CPP Po.

judicial que se ejerce a través de la *instruçao*[716] que tiene un doble objeto: no sólo pretende valorar la suficiencia o no de la base probatoria aportada por la acusación; sino que, sobre todo, tiene por finalidad analizar la legalidad de la actuación del Ministerio Público, a petición del imputado o de la víctima, complementando, en su caso, la investigación inicial.

Distinto es el caso italiano, en el que la notoria independencia de la Magistratura (integrada por Jueces y Fiscales) permite que el Ministerio Público pueda asumir la investigación penal[717] sin tacha alguna de intervención política en esta función[718]. Aún así, el Ministerio Público está sometido a diversos controles, como el que ejerce el *Giudice per le Indagini Preliminare (*GIP*)*[719], el establecimiento de plazos concretos para la investigación[720], la rigidez de las reglas sobre la prueba[721] o la actividad investigadora de la defensa[722]. Pero además, el ofendido por el delito (aunque no puede constituirse en parte) puede obtener del GIP la orden al Fiscal para que formule acusación[723]. Una acusación que está sometida no sólo al control del GIP, sino que la decisión última sobre la apertura del juicio oral depende de otro Juez distinto, el *Giudice dell'udienza preliminare*[724].

Finalmente, incluso en el sistema francés, que es el único de los descritos que ha mantenido la figura del Juez de Instrucción en términos funcionales similares a los previstos en nuestro derecho, su concreta regulación difiere sustancialmente de la vigente en nuestro país. Y así, el Juez de Instrucción en Francia está sometido a unos controles que limitan de forma relevante sus potestades. Entre los más destacados se pueden citar los siguientes: en primer lugar, no puede iniciar de oficio ni ampliar una investigación[725]; en segundo lugar, el juez está limitado en sus

---

[716] Ver lo dispuesto en el art. 286 CPP Po.
[717] Ver lo dispuesto en los arts. 326 y ss CPP It.
[718] No obstante, como ya se expuso en el Capítulo I, este sistema ha sido puesto en cuestión desde algunos sectores, ya que se dice que no permite el control democrático efectivo sobre una labor que, de facto, es ejercitada de forma discrecional porque es imposible aplicar a rajatabla el principio de legalidad estricta, ante el volumen de asuntos penales que impide dedicar el mismo tiempo y recursos a todas las infracciones.
[719] Ver, entre otros, lo dispuesto en los arts. 267.1 ó 272 y ss CPP It.
[720] Ver lo dispuesto en los arts. 405 y ss CPP It
[721] Ver lo dispuesto en los arts. 194 a 271 CPP It.
[722] Ver lo dispuesto en los arts. 391 y ss CPP It.
[723] Ver lo dispuesto en los arts. 408 y 409 CPP It.
[724] Ver lo dispuesto en los arts. 416 y ss CPP It.
[725] Ver lo dispuesto en el art. 80 CPP Fr.

potestades respecto de la prisión preventiva, que solo puede acordar otro juez, el de las libertades y la detención[726]; en tercer lugar, está sometido a plazos de duración de la investigación[727]. De resto, mantiene potestades similares al Juez de Instrucción en España (entradas y registros, intervenciones telefónicas, etc.) incluyendo el juicio de acusación[728].

Por su parte, el Ministerio Fiscal en Francia ofrece una notable dependencia del Gobierno, por lo que, aunque ostenta el monopolio de la acción penal, está sometido igualmente a controles en su labor, entre los que destaca el hecho de que el ofendido (que sólo se puede personar como actor civil) puede instar la incoación del procedimiento ante el Juez de Instrucción, en defecto del Ministerio Fiscal[729].

En definitiva, las peculiaridades de cada modelo no impiden apreciar una nota común a todos ellos: un sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*, en la terminología anglosajona) por el que se pretende garantizar que las facultades y potestades de cada una de las partes se desarrollen dentro de unos límites que permitan la mayor efectividad posible de los derechos de todas ellas.

Y también permiten valorar que en la mayoría de estos países[730] la atribución de la responsabilidad en la investigación criminal recae sobre un Ministerio Público que presenta una notable dependencia del poder ejecutivo, mucho mayor desde luego que la prevista en nuestro sistema constitucional.

1.4.- Razones constitucionales e institucionales.

No puede ofrecer ya ninguna duda el punto de inflexión que la CE de 1978 implicó para la evolución hasta entonces conocida de la institución del Ministerio Fiscal. Sin necesidad de acudir a otros antecedentes más remotos, se puede señalar que la

[726] Ver lo dispuesto en los arts. 137 y ss CPP Fr.
[727] Ver lo dispuesto en el art. 175-2 CPP Fr.
[728] Ver lo dispuesto en los arts. 175 y ss CPP Fr.
[729] Ver lo dispuesto en los arts. 85 y 86 CPP Fr.
[730] Salvo en Italia, y con una notable polémica.

Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 y el Estatuto del Ministerio Fiscal de 1926 venían a recoger lo que hasta ese momento había supuesto una constante histórica del Ministerio Fiscal, es decir, su configuración como "representante del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial"[731]. La dependencia directa del Ministerio de Justicia[732] no dejó de existir durante el régimen franquista, pero se fue poco a poco trasmutando hasta convertirse en "órgano de comunicación" entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia[733]. No obstante, como señala MARCHENA GOMEZ[734], la "ingeniosa retórica <*representación-comunicación*> no trajo consigo un verdadero reforzamiento de la independencia del Ministerio Fiscal". La CE rompe de manera decidida con ese modelo, y el EOMF del año 1981 avanzó en la línea de profundización del diseño constitucional que definitivamente superó la tradicional *tutela gubernamental* del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, una de las objeciones más recurrentes para abordar un cambio de modelo de instrucción es la supuesta dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, con el consiguiente riesgo de que las investigaciones puedan venir determinadas por criterios diferentes a los de la estricta legalidad.

Así se pronuncian autores como ANDRES IBAÑEZ[735], DIEZ-PICAZO[736], o MONTERO AROCA[737], quienes distinguen entre el deber de cumplimiento del

---

[731] Así se decía expresamente en el art. 763 de la LOPJ de 15 de septiembre de 1870, conforme al cual: "*el Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción d ela justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicia*l". Por su parte, el art. 1 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Real Decreto de 21 de junio de 1926, obra de Galo Ponte, señalaba que: "*El Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y Tribunales, promover la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público y representar al Gobierno en sus relaciones con el Poder Judicial, procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés socia*l". Ambos textos vienen reseñados en Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. págs. 72 y 77; así como en Herrero-Tejedor Algar, Fernando. "*La reforma del Ministerio Fiscal*". Op. cit. pág. 11.

[732] Baste señalar que el art. 42 del Estatuto de 1926 señalaba que el Fiscal del Tribunal Supremo se encontraba "bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia" y que el art. 45.2 permitía al Gobierno dictar "órdenes e instrucciones" al Ministerio Fiscal.

[733] Así se recoge en el art. 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1 de enero de 1967, (dentro del Título V dedicado a la Justicia) cuando señala que: "*El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés socia*l".

[734] Marchena Gómez, Manuel. "*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Op. cit. Pág. 100.

[735] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Op. cit. Págs. 12 a 18.

[736] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Págs. 31 a 37.

principio de legalidad al que está sometida la Administración Pública en general (art. 103.1 CE), y el Ministerio Fiscal en particular (art. 124.2 CE), frente a la función jurisdiccional que está sometida *únicamente* al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Para estos autores, además, el diseño constitucional no exige un cambio de modelo, que puede verse comprometido no sólo por la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, sino por la dependencia jerárquica interna, que puede prestarse a situaciones de abuso o de impunidad selectiva. Además, frente a quienes defienden el cambio de sistema como mecanismo para la debida aplicación de la política criminal del Gobierno, estos autores señalan que la política criminal viene definida por la Ley, y que incluso la introducción del principio de oportunidad estaría sometida a requisitos establecidos en la propia norma, propugnando finalmente la limitación de la expansión del derecho penal como mecanismo para que el sistema de justicia pueda absorber todas las infracciones, sin necesidad de acudir a mecanismos excesivamente amplios en la aplicación de la oportunidad, aunque sea reglada.

Otros autores como GARBERÍ LLOBREGAT[738] y DE LA OLIVA SANTOS[739] insisten igualmente en la sospecha general de una posible injerencia del Poder Ejecutivo en la actuación del Ministerio Fiscal para considerar innecesario y contraproducente el cambio del modelo del proceso penal. Y otros como CALVO SANCHEZ[740], GOMEZ COLOMER[741], DEL MORAL GARCÍA[742] o HERRERO-TEJEDOR ALGAR[743], sin descartar la modificación del sistema, consideran que deben introducirse cambios orgánicos para que esta reforma pueda ser asumida en nuestro país.

A la hora de concretar esta dependencia se alude, como elemento clave, al sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado que, propuesto por el Gobierno (art.

---

[737] Montero Aroca, Juan. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral*". Op. cit. Págs. 52 a 55.
[738] Garberí Llobregat, José. *"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente"*. Op. cit.
[739] De La Oliva Santos, Andrés. "*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Op. cit. Págs. 65 y ss.
[740] Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Op. cit.
[741] Gómez Colomer, Juan Luis. "*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". Op. cit. Pág. 341.
[742] Del Moral García, Antonio. "*El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto Orgánico*". Op. cit. Págs. 218 y ss.
[743] Herrero-Tejedor Algar, Fernando. "*La reforma del Ministerio Fiscal*". Op. cit. Pág. 66.

124.4 CE), colocaría a todos los integrantes de la institución, a modo de vasos comunicantes, bajo las instrucciones del Poder Ejecutivo. Y en este punto, parece necesario recordar el análisis del derecho comparado, que nos ofrece un panorama en el que países con un indudable *pedigree* democrático, confieren la investigación criminal a un Ministerio Fiscal mucho más dependiente del Poder Ejecutivo que lo que pueda predicarse del modelo español. En Francia[744], Alemania[745] o Portugal[746], el Ministerio de Justicia puede dictar órdenes o instrucciones a la Fiscalía. No ocurre lo mismo en nuestro país.

En efecto, como recuerdan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[747], "sólo con la Constitución de 1978 se dieron los pasos necesarios para configurar definitivamente al Fiscal como una institución de defensa activa de la legalidad. La opción del constituyente fue hacer del Ministerio Fiscal un órgano de relevancia constitucional que promoviera y defendiera ante los tribunales el <interés público tutelado por la ley>. El constituyente configuró, por tanto, al fiscal como un defensor activo de la legalidad ajeno a los intereses plurales y relativos de las administraciones públicas".[748]

Se explica así que la regulación constitucional del Fiscal se incluya en el Título VI de la CE, relativo al Poder Judicial, y que su normativa estatutaria, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2007 de 9 de octubre, se refiera al Ministerio Fiscal como un "órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial"[749].

---

[744] Ver lo dispuesto en el art. 30 CPP Fr.
[745] Ver lo dispuesto en el art. 147 de la Ley Orgánica de los Tribunales (GVG)
[746] Ver lo dispuesto en el art. 80 del Estatuto del Ministerio Público (EMP)
[747] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[748] Se trata de una expresión que, para estos autores, "no se escogió de forma casual. Tanto en el art. 114 del Anteproyecto constitucional como en el art. 116 del Informe de la Ponencia correspondía al Ministerio Fiscal la defensa de «los intereses públicos». Esta referencia plural a varios intereses fue sustituida, a través de enmienda, por la defensa exclusiva de un «interés público» único, tutelado por la ley. Según señalaba el diputado enmendante, se debía asegurar que el Ministerio Fiscal defendiera el interés público como «categoría suprema» del ordenamiento y «principio general del Derecho». Se trataba, pues, de un concepto distinto al de los «intereses generales» de los ciudadanos, servidos, conforme al art. 103 de la Constitución, por las distintas administraciones ligadas al Gobierno."
[749] Esta integración en el Poder Judicial es defendida por autores como Herrero-Tejedor Algar, Fernando, en "*La reforma del Ministerio Fiscal*". Op. cit. Págs. 22 a 25, con cita de Del Moral García, Antonio: "*Ministerio Fiscal y reforma de la Justicia*", en Jueces para la Democracia, nº 43. Marzo 2002. Págs. 19 y ss. En contra,

Como señalan estos autores, el Ministerio Fiscal, en este sentido, "no forma parte del Poder Judicial —en cuanto no ejerce jurisdicción— pero sí se configura constitucionalmente como una <magistratura> que sirve igualmente al imperio de la ley. Y lo hace a través de <órganos propios>, que no están insertos en el ámbito de la administración orgánicamente dependiente del Gobierno".

No obstante, lo cierto es que "el Gobierno de la Nación es el órgano constitucional que debe elevar al Rey la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado, previo informe del Consejo General del Poder Judicial sobre la idoneidad del candidato", que a su vez debe comparecer ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, para "valorar los méritos e idoneidad" del candidato propuesto (art. 29.2 EOMF, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 24/2007, de 9 de octubre). Nótese cómo, con este sistema, el Fiscal General del Estado es nombrado mediante un proceso en el que intervienen los tres poderes y la jefatura del Estado.

Pues bien, este nombramiento no debe ser confundido con un cargo político de confianza, tal y como recuerda FUENTES SORIANO[750], ya que el vigente art. 31.1 EOMF establece causas tasadas de cese para el Fiscal General del Estado, entre las que no se encuentra, "precisamente, la pérdida de dicha confianza".

Y lo que es más importante, el Gobierno no puede dictar órdenes o instrucciones al Ministerio Fiscal, como se deduce claramente de lo dispuesto en el art. 8 EOMF, según el cual, como ya se expuso, frente a cualquier actuación interesada por el Gobierno, el Fiscal General del Estado debe resolver "sobre la viabilidad o procedencia" de la misma "de forma razonada", y previa audiencia de la Junta de Fiscales de Sala, que es el órgano del Ministerio Fiscal encargado de asistir al Fiscal General del Estado en materia doctrinal y técnica (art. 15 EOMF).

---

también citado por Herrero-Tejedor (pág. 21), se encuentra López Aguilar, Juan Fernando, en "La Justicia y sus problemas en la Constitución". Madrid. 1996. Págs. 167 a 169; para quien la controversia sobre la ubicación en alguno de los tres poderes del Estado debe ser superada, ya que los órganos y las instituciones tienen la "exacta incardinación, sentido funcional y extensión que la Constitución ha deseado conferirles".

[750] Fuentes Soriano, Olga. "*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal*". Op. cit. pág. 189.

Como recuerda GIMENO SENDRA[751], "la circunstancia de que el Fiscal General del Estado sea nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno (…) no deslegitima el modelo de reforma, sino antes al contrario, lo refuerza, por cuanto dicho Gobierno hoy es elegido por el pueblo de quien emana la Justicia (art. 117.1 CE) y es responsable de su política criminal ante el Parlamento (art. 108 CE)". Como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[752], "se trata de una opción constitucional razonable —probablemente la más razonable en una democracia institucionalmente sólida—". Lo que, desde otro punto de vista, también subraya VARELA CASTRO[753], cuando destaca que "el ejercicio de la acción penal no puede ser una actividad políticamente exenta de responsabilidad".

Sin embargo, ha sido utilizada de forma reiterada para justificar o criticar, según el momento de que se trate, una supuesta dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno. Una dependencia que no se deduce en absoluto del art. 124 CE, en el que, además, se resalta que la actuación del Ministerio Fiscal está sometida, "*en todo caso*, a los principios de legalidad e imparcialidad", en una expresión similar a la referida a los Jueces y Tribunales que, en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, están "sometidos *únicamente* al imperio de la ley" (art. 117.1 CE).

Es cierto que el Ministerio Fiscal también está regido por los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica (art. 124.2 CE). Una jerarquía que se predica a nivel interno, extendiendo sus efectos en el seno de la propia institución, pero que no existe a nivel externo, es decir, no viene impuesta desde fuera del Ministerio Fiscal. Una jerarquía que tiene su sentido como instrumento al servicio de la unidad de actuación que, a su vez, es garantía de seguridad jurídica para los ciudadanos, al asegurar la aplicación uniforme de las normas. Una jerarquía que, conviene

---

[751] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[752] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[753] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En Hacia un nuevo proceso penal. Op. cit. Pág. 297.

recordar una vez más, *en todo caso* sólo puede ser ejercitada bajo los principios de legalidad e imparcialidad.

Precisamente, en su recto entendimiento, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica no sólo no impiden sino que facilitan la atribución a esta institución de la responsabilidad de la dirección de la investigación penal. Como antes se mencionó, la necesidad de adecuar la instrucción penal a nuevos modelos de criminalidad exige una respuesta coordinada que sólo puede ofrecer una institución que actúe mediante criterios uniformes que, lógicamente, deben venir establecidos conforme a principios de dirección jerarquizada.

No obstante, como señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[754] estos principios no deben "confundirse con una herramienta coactiva que prive al fiscal del caso de todo grado de responsabilidad individual. (…) El Ministerio Fiscal está compuesto de funcionarios que han accedido a su cargo conforme a un sistema de selección común al de los jueces y que están sujetos a un estatuto personal con idénticas restricciones. La particularidad propia de los fiscales es que, al no ejercer jurisdicción, no desarrollan sus funciones como compartimentos independientes sino que actúan como un colectivo imparcial. Es por ello que el EOMF establece todo un elenco de contrapesos que tratan de asegurar que la dependencia jerárquica interna esté sujeta al filtro de la reflexión colectiva. Es así que, ante una disparidad de criterio con el superior jerárquico, el fiscal del caso puede forzar que la orden le sea remitida por escrito y que se proceda a un debate colectivo en la Junta de Fiscalía", a través del mecanismo previsto en el art. 27 EOMF, que puede activarse frente a decisiones que se consideren no sólo ilegales sino meramente improcedentes. De esta forma, el sistema garantiza que ningún Fiscal realice sus funciones bajo parámetros diferentes de los que considere que correspondan, de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

[754] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

En definitiva, la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la fase de investigación criminal se ajusta más adecuadamente a la naturaleza y finalidad de la instrucción penal, sin merma alguna de sus principios esenciales; permite superar algunas de las actuales deficiencias del sistema, fomentando el principio acusatorio e introduciendo criterios de actuación más eficaces y ágiles; es coherente con los modelos existentes en los países de nuestro entorno; y por último, no contradice en modo alguno los principios constitucionales.

En efecto, la CE no contiene un modelo concreto de instrucción penal, y tampoco descarta ninguno. Pero introduce algunas claves que permiten pronunciarse a favor de un nuevo sistema en el que se produzca una reasignación de los roles del Juez y del Fiscal. Y así, la función judicial aparece ligada a la tarea de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", en "garantía de cualquier derecho" (art. 117, apartados 3 y 4 CE), mientras que el Ministerio Fiscal ha de "promover la acción de la Justicia" (art. 124.1 CE)[755]. De esta forma, parece lógico que el Fiscal sea el responsable de dirigir el procedimiento de investigación penal, recopilando el material necesario para tomar una decisión fundada acerca del ejercicio de una acción penal ante los tribunales. Por su parte, los Jueces serían los encargados de dictar la resolución que correspondiera en función de la acción ejercitada, así como autorizar cualquier intromisión en la esfera de los derechos fundamentales. De esta manera, esta labor sería desempeñada desde una posición ajena al objeto mismo de la investigación y de las fuentes de prueba sobre las que deban pronunciarse.

Por consiguiente, la implantación del nuevo modelo no sólo se ajusta más adecuadamente a las funciones que parecen deducirse del diseño constitucional, sino que permitiría profundizar en la imparcialidad judicial, o lo que es lo mismo, promover una mejora sustancial de las garantías del proceso debido.

---

[755] Así lo exponen, entre otros: Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". En "La reforma de la Justicia Penal". Op. cit. Págs. 414 y 416; y Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

2.- Del Juez de Instrucción al Juez de Garantías.

La atribución al Ministerio Fiscal de la función de dirección de la fase de investigación del proceso penal sólo puede ser entendida desde una nueva configuración funcional del Juez de Instrucción. No se trata, por tanto, de proponer la desaparición de esta figura, ni de la mera sustitución de un Juez por un Fiscal. Ni siquiera se trata de recomponer los respectivos ámbitos de actuación por razones de tipo procesal o de técnica legislativa. Lo que se pretende con este cambio de modelo es algo mucho más profundo: garantizar la imparcialidad del Juez de Instrucción y, con ello, la mejora de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, singularmente del imputado.

Como ya se expuso anteriormente, el *quiebro funcional* del Juez *de* Instrucción hacia un Juez *de la* instrucción, es decir, hacia una figura de auténtico Juez de Garantías, permite introducir una mejora sustancial en el funcionamiento del proceso penal en nuestro país: que las decisiones judiciales que afecten a la esfera de los derechos fundamentales y al juicio de acusación sean adoptadas desde una posición de imparcialidad real y efectiva, reforzando con ello el control judicial de la investigación criminal.

2.1.- La verdadera imparcialidad del Juez de la instrucción.

La necesidad de un cambio en el modelo de investigación criminal se expresa con toda su fuerza argumental cuando se analiza la situación vigente desde la perspectiva de la posición de imparcialidad del Juez de Instrucción, en su actual configuración funcional.

A nuestro juicio, la definición clásica del principio de imparcialidad, centrada en la idea de que el “Juez que instruye no puede fallar”, debe ser superada y ampliada. La verdadera imparcialidad consiste en que el Juez no puede ser, a la vez, sujeto y objeto del proceso, lo que debe incluir necesariamente la fase de instrucción o

investigación, ya que esta fase no puede quedar al margen de la aplicación de un principio tan básico como éste.

Indudablemente, como cualquier funcionario público, el Juez no debe tener ningún interés directo o indirecto en un proceso, es decir, debe actuar con desinterés subjetivo. Sin embargo, y dejando a salvo -como no podía ser de otra manera- la profesionalidad de los integrantes de la carrera judicial, la regulación funcional de la figura del Juez de Instrucción le coloca, objetivamente, en la posición de juez y parte, porque le corresponde dirigir una investigación y, al mismo tiempo, controlarla.

El Juez de Instrucción tiene capacidad para adoptar de oficio algunas decisiones que implican, de forma inevitable, una previa valoración de la adecuación jurídica de las actuaciones anteriormente desarrolladas. Y esa valoración se hace precisamente por quien ha acordado las actuaciones previas que deben ser valoradas. Esto sitúa al Juez de Instrucción en una posición que, necesariamente, puede generar en el sujeto pasivo del proceso la percepción fundada de que no existen garantías de que esa valoración no esté condicionada por una previa toma de partido, basada en su contacto directo con las fuentes de prueba.

En el sistema vigente, el Juez de Instrucción pierde la posición de *alteridad* propia de quien debe valorar desde la imparcialidad, porque ya se ha convertido en un actor del proceso. En consecuencia, el actual marco normativo funcional de la figura del Juez de Instrucción le coloca en una posición de parcialidad objetiva, incompatible con el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE.

La atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal permitiría superar esta relevante deficiencia del actual sistema. Varias son las razones que abonan esta idea.

En primer lugar, porque el Juez quedaría automáticamente ubicado como un tercero ajeno al objeto del proceso, resolviendo las peticiones que formularan las partes desde una adecuada posición de imparcialidad, no sólo subjetiva -que se presume-, sino también objetiva.

En segundo lugar, porque de esta manera el Juez puede ejercer un adecuado control de la investigación criminal, en un aspecto concreto y muy relevante como es el de la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales. El actual control de este tipo de medidas de investigación es difuso, en la forma y en el tiempo, y por lo tanto, se muestra como insuficiente. Ello es debido a que se somete a controles dispersos, y en ningún caso con carácter previo, sino *ex post facto*. Estos controles se concretan, en primer lugar, a través de los recursos, tanto de reforma (ante el propio Juez de Instrucción) como de apelación (a través de la Sección correspondiente de la Audiencia Provincial), conforme a lo dispuesto en los arts. 217 y ss y 766 LECrim; y en segundo lugar, mediante el control que pueda realizarse al comienzo del juicio oral o en la sentencia (art. 786.2 LECrim). Todos estos filtros no impiden que la vulneración se haya producido, porque ninguno de ellos es previo a la adopción de la concreta medida de investigación acordada. A mi juicio, no parece razonable mantener un sistema que admita como inevitable que se produzcan situaciones de vulneración de derechos fundamentales. Una cosa es que no se puedan descartar, y otra cosa es que los elementos estructurales del sistema no establezcan los contrapesos necesarios para que estos supuestos sean verdaderamente excepcionales.

Con el cambio de modelo propuesto el Juez dejaría de valorar su propia actuación, para analizar la labor desarrollada por otro, y previa audiencia de todos los implicados, con lo que se refuerza su tarea de control judicial de la investigación criminal. Es decir, el Juez no decidiría por sí y ante sí mismo, sino que resolvería sobre una petición formulada por un tercero. De esta manera, el control se produciría con carácter previo a la adopción de la medida, porque ésta no podría acordarse precisamente sin la previa autorización judicial. Y además, la decisión se adoptaría desde la necesaria distancia que supone no haber acordado ni practicado

las diligencias que presuponen la medida de investigación cuya adopción se debe valorar. Esto permitiría que la ponderación sobre la existencia de indicios, la necesidad de la medida o su proporcionalidad no esté influida –directa o indirectamente, de forma consciente o involuntaria- por la previa toma de partido que supone haber entrado en contacto con las fuentes de prueba que deben ser valoradas.

En cuarto lugar, con el nuevo sistema se fortalece el diseño constitucional. En efecto, frente a la deficiencia apuntada, la posible alternativa sería que las medidas limitativas de los derechos fundamentales fueran acordadas por un Juez distinto del responsable de la investigación. Sin embargo, con el nuevo modelo ahora planteado se respeta en mayor medida las posiciones respectivas del Juez y del Fiscal, tal y como se deducen de lo dispuesto en los arts. 117.3 y 124.1 CE, respectivamente, al colocar al Juez en mejores condiciones de ejercer su función de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado" en "garantía de cualquier derecho", correspondiendo al Fiscal la iniciativa de practicar las diligencias necesarias para el "ejercicio de la acción penal", entendida ésta en el sentido ya expuesto en el Capítulo II, y sobre lo que luego se insistirá.

En quinto lugar, se debe reiterar que el Ministerio Fiscal ha de actuar "*en todo caso*", bajo los principios de "*legalidad e imparcialidad*", por mandato constitucional (art. 124.2 CE). Por lo tanto, la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal no supone merma alguna de imparcialidad del órgano que dirige esta fase del proceso. No obstante, y en todo caso, la única imparcialidad exigible desde el plano de las garantías del debido proceso es la imparcialidad judicial (art. 24.2 CE).

Varios son los autores que se posicionan en las mismas líneas que se acaban de exponer. Así, GIMENO SENDRA[756], cuando señala que "en un sistema democrático, de un lado, la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE), y (…) de otro, en la limitación al libre ejercicio de los derechos fundamentales, nuestros

[756] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.

juzgados y Tribunales han de ostentar, no sólo la última, sino también la *primera palabra,* a la autoridad judicial le habrá de corresponder, pues, tanto los actos que pudieran negar el derecho a la tutela, como los que pudieran limitar el libre ejercicio de los derechos fundamentales".

En estas ideas abunda LORCA NAVARRETE[757], al destacar que un nuevo modelo procesal penal ha de suponer "un reparto de funciones nítido entre los cometidos de un juez garante (…) de la operatividad del principio de igualdad de armas de las partes durante la instrucción y el fiscal que inquiere e investiga. (…) En el nuevo modelo de enjuiciamiento que se propugna, el nuevo <juez de garantías> no va a poder instruir al margen de su funcionalidad jurisdiccional (…). En consecuencia, su cometido funcional en nada le vincula con un instructor <juzgador-acusador> que deba resolver <cuasi juicios>. No se van a realizar juicios o <cuasi juicios> en la instrucción, que sólo tienen lugar —los juicios, no los <cuasi juicios>— en la fase de plenario o juicio oral. Por tanto, no existe el peligro de que el juez se convierta en juzgador-acusador que elimine la garantía del justiciable a ser juzgado por un órgano jurisdiccional distinto. (…) Por el contrario, la presencia del <juez de garantía> es garantía de judicialización de lo que, aún, se denomina sumario. Se trata de un órgano plenamente jurisdiccional, carente de capacidad indagatoria, con funciones de garantía y control imparcial de la actividad dispositiva de las partes personadas". Y en otra obra del mismo autor[758] se insiste en las mismas ideas, cuando señala que "el futuro juez de garantías es un órgano jurisdiccional que no investiga y, por ende, está en una posición que le permite examinar imparcialmente la labor del fiscal y también la de la policía judicial. La conclusión no se hace esperar: la fase de investigación se judicializa en cuanto a su control, se evitan abusos y se presta rápido auxilio a los imputados en cuanto a los eventuales excesos o desequilibrios que se puedan producir".

---

[757] Lorca Navarrete, Antonio María. "*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Op. cit.
[758] Lorca Navarrete, Antonio María. "*Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor*". Op. cit.

Y también LOPEZ LOPEZ[759], para quien el nuevo modelo implicaría que "el juez pasa a ser un órgano que se distancia de la investigación, pero no permanece ajeno, situándose en una posición adecuada para resolver los conflictos que se generen en el curso de la misma".

Y del mismo modo, MORENO CATENA Y CORTES DOMINGUEZ[760], constatan que "de forma reiterada, nuestro legislador ha creído que es mejor solución que sea el órgano judicial quien lleve a cabo toda esa fase, dejando al MF en la situación que ya tenía con anterioridad a estas reformas, en cuanto que fiscalizador de los actos instructorios y animador de la instrucción defendiendo los derechos fundamentales de los acusados y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas". Sin embargo, apuestan abiertamente por un cambio de modelo, señalando que "esta opción legislativa (único órgano instructor, el Juez de Instrucción) no tiene desde el punto de vista jurídico un fundamento serio e incontestable. Antes al contrario, todo parece indicar, si hacemos un análisis constitucional de las instituciones instructorias, que es factible dejar al MF la realización de cuantas diligencias estimase oportunas para que se pudiera decidir por el Juez si es o no conveniente abrir el juicio contra determinada persona, y dejar en manos del Juez todas aquellas decisiones que, dentro de las que componen la instrucción, suponen una limitación de los derechos de las personas (ver STC 41/1988, de 24 de febrero). La coincidencia, en esta instrucción hipotética y deseable, del MF y del Juez de Instrucción permitiría que el órgano judicial actuara siempre bajo el principio acusatorio y posibilitaría una fase instructoria con plena vigencia del principio de contradicción".

En otra obra de MORENO CATENA[761] se insiste en esta tesis señalando que "el juez (no debe tomar) la iniciativa ni debe posicionarse en ningún momento de la instrucción respecto de las líneas y de las estrategias de la investigación".

---

[759] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.
[760] Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 192 a 197.
[761] Moreno Catena, Víctor. "*Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*". Op. cit. Pág. 214.

De la misma idea participa CRESPO BARQUERO[762], cuando señala que "el reforzamiento de los principios de contradicción e igualdad de armas, paralelamente a la consolidación de la imparcialidad y equidistancia de un Juez que, como tal, ejerza su potestad jurisdiccional conforme al art. 117 CE <juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado>, y no ejerciendo otras funciones, salvo las que expresamente les sean atribuidas por ley <en garantía de cualquier derecho>, implica que si en el curso de la investigación del delito se precisa el control de esa garantía el Juez necesariamente habrá de intervenir, pero no exige que sea él quien lleve a cabo y dirija dicha investigación".

En el mismo sentido, LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[763] destacan que "lo razonable (…) es disociar los dos elementos nucleares del concepto de instrucción. El juez debe conservar lo que la <instrucción> tiene de garantía. Se ha de transferir a un sujeto distinto la función de dirección de la investigación. Con esto no se limita ni reduce el control judicial. Al contrario, se coloca por primera vez al juez en una posición funcional idónea para ejercerlo de forma efectiva. En el nuevo modelo de proceso penal el juez debe estar llamado expresamente a controlar la investigación, sin estar implicado en su éxito, sin vínculos profesionales o emocionales con ella. Sólo con esta perspectiva tendrá posibilidades reales de cumplir un exigente rol de garantía y podrá servir de auténtico límite a los excesos en los que el poder público, con el afán de esclarecer los hechos e identificar a los culpables, puede incurrir en su actividad investigadora. En definitiva, la decisión de atribuir la dirección de la investigación a un sujeto distinto al juez debe perseguir, antes que cualquier otro fin accesorio, el objetivo de dar a aquél la posibilidad de ejercer de manera óptima la función garantizadora de derechos. El efecto principal buscado ha de ser, por tanto, el de reforzar el control jurisdiccional". En palabras de VIVES ANTON[764], "privar al juez de la Investigación no significa, en ningún caso, menoscabar la función jurisdiccional, sino restaurarla en su sentido más propio, que es el acogido por la Constitución".

---

[762] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Pág. 202.
[763] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[764] Vives Antón, Tomás Salvador. "*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*". Op. cit.

Incluso algunos de los autores que son partidarios del mantenimiento de la figura del Juez de Instrucción admiten la necesidad de introducir mecanismos funcionales propios de un Juez de Garantías. Así, ANDRES IBAÑEZ[765], quien tras resaltar la, a su juicio, imprescindible jurisdiccionalidad de la fase de instrucción, asume la necesidad de que exista "un Juez *de* y *en* la instrucción", es decir, un juez encargado del control de la investigación y otro juez encargado de adoptar medidas como la prisión provisional, "que en la medida en que –no cabe engañarse- implica un juicio previo de condenabilidad (…) debería estar a cargo de otro sujeto institucional: no prevenido y tampoco contaminable, por externo a la investigación (…) asimismo encargado de conocer de los incidentes probatorios y sobre el envío a juicio de la causa, una vez concluida la investigación".

Pues bien, sentados los principios generales de la necesidad del cambio de modelo, es necesario concretar qué tipo de decisiones deben ser adoptadas por el nuevo Juez *de la* instrucción o Juez de Garantías. Y para ello, es imprescindible recalcar la importancia del control previo de las medidas de investigación limitativas de los derechos fundamentales.

En esta idea insiste CRESPO BARQUERO[766], al destacar que en el sistema vigente el Juez "valora y convalida la legalidad de sus propios actos, por supuesto antes de llevarlos a cabo, lo que produce un doble efecto: el control posible –por vía de recurso- suele ser tardío, y el efecto del control es que no sólo no evita el abuso – ya producido- sino que en caso de que a través del acto finalmente considerado ilegal se haya obtenido alguna fuente de prueba, los mecanismos de la nulidad conducirán a su pérdida y, posiblemente (…) a la de la investigación entera". Con la modificación propuesta, el "Juez de la instrucción se aplica a la tarea de autorizar previamente o, en su caso, convalidar (en el supuesto de la detención básicamente) a posteriori, las actuaciones que impliquen esa afectación de derechos

[765] Andrés Ibáñez, Perfecto. "*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Op. cit. Págs. 18 a 20

[766] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Págs. 202 y 211.

fundamentales. Pero siempre resolviendo a instancia o a iniciativa de parte, sobre presupuestos concretos y en función del interés supremo de protección de los derechos y libertades".

Se trata de un control previo que, no obstante, no implica la necesidad de que sea el propio Juez de la instrucción el que ejecute materialmente la medida de investigación acordada, como resalta IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA[767], ya que "una cosa es que el Fiscal no pueda acordar por sí la práctica de dichas diligencias o la adopción de dichas medidas cautelares y otra muy distinta que no pueda, tras obtener la pertinente autorización judicial y bajo su control, llevarlas a cabo en el seno de su propia investigación. Esta hipótesis es perfectamente encajable desde el punto de vista constitucional. (…) Dicha postura tendría, incluso, apoyo jurisprudencial[768].

Bajo estas premisas, las diligencias de investigación[769] que necesariamente tendrían una naturaleza jurisdiccional, es decir, que tendrían que ser *acordadas por* o *practicadas ante* el Juez de la instrucción o Juez de Garantías, serían las que implicaran la intromisión o afectación en la esfera de los derechos fundamentales, las medidas cautelares personales o reales que afectaran a derechos tales como la libertad o la propiedad, y las que hubieran de practicarse con las garantías propias de la prueba anticipada a fin de surtir efecto en el acto del juicio oral.

Así se pronuncian diversos autores como GIMENO SENDRA[770], quien se refiere a "los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, la prisión provisional, entrada y registro e intervención de las comunicaciones"; LORCA NAVARRETE[771], quien

---

[767] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*". Revista Diario La Ley. nº 7122. 25 de febrero de 2009.
[768] Ver, en tal sentido, la STS 404/2015, de 4 de febrero (FJ 1º), ya reseñada. Se trata de una tesis ya expuesta por este mismo autor en su obra: "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Op. cit. Págs. 331 y ss.
[769] En lo que ahora interesa, en este apartado se obvian aquellas otras resoluciones judiciales que no tienen por finalidad la obtención o aseguramiento de fuentes de prueba. Por lo tanto, quedarían fuera de este análisis las resoluciones de carácter netamente procesal, tales como las derivadas de la revisión de decisiones de incoación o archivo, así como las relativas a la admisión o no de práctica de diligencias, que serán objeto de análisis en otro apartado.
[770] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[771] Lorca Navarrete, Antonio María. "*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Op. cit.

alude a la materia de libertad personal, correspondiendo al Juez "garantizar la adecuada adopción de las medidas cautelares personales (detención, prisión preventiva y libertad condicional) (…) y no es menos importante su competencia esencial de ser garantía de la formación de la prueba"; o LOPEZ LOPEZ[772], quien resalta las funciones de "autorizar las diligencias de investigación restrictivas de derechos, resolver sobre las peticiones de medidas cautelares, asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de pérdida de la misma".

Llegados a este punto, la siguiente cuestión que ha de plantearse es la forma concreta en que se puede ejercer el control judicial de la fase de investigación. En este sentido, siguiendo a LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[773], se pueden distinguir dos sistemas o formas de configuración: el modelo disperso propio del derecho procesal alemán; y el modelo concentrado que, a su vez, puede presentar alguna variable, como se analizará seguidamente.

Como señalan estos autores, "el paradigma de modelo disperso del Derecho continental es el alemán". La reforma del año 1974 "no sólo suprimió en Alemania la instrucción judicial sino que" pretendió "superar definitivamente los problemas inherentes al <juez inquisitivo>, esto es, el riesgo para la imparcialidad que deriva del interés del órgano judicial en el buen fin de la investigación. (…) Por este motivo, se optó por evitar una figura judicial específicamente llamada a controlar el curso de la investigación del fiscal. De ahí que (…) cada vez que resulta necesaria una autorización judicial, la Fiscalía alemana la solicita del juez genéricamente competente para el acto que debe ser acordado. Por tanto, en la investigación pueden intervenir diversos jueces en función de los distintos actos necesitados de autorización judicial. Cada uno de estos jueces actúa para cada acto concreto (…) como juez de <garantía> al tiempo que como juez de <auxilio> de la investigación". Parece lógico pensar que este modelo ofrece un control judicial insuficiente, por su carácter difuso, debido a su excesiva atomización.

---

[772] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.
[773] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

Por el contrario, el modelo concentrado atribuye a un órgano judicial concreto las funciones específicas de garantía. Esta era la propuesta que, en lo básico, compartían el AP 2011 y en el CPP 2013, y que, en acertada síntesis de LÓPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[774], suponía un control "tasado y rogatorio en lo funcional a la vez que concentrado y especializado en lo orgánico". Sin embargo, en ambos textos este sistema concentrado presentaba peculiaridades diferenciadas propias. De hecho, en los modelos comparados se pueden distinguir dos variantes.

Siguiendo de nuevo a LÓPEZ ORTEGA Y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ[775], en una primera, existe "un juez de las garantías o de la investigación para las diligencias sujetas a autorización judicial. Un juez de la libertad (modelo italiano o francés) encargado del control de las medidas cautelares personales. Y un juez de la fase intermedia o de control de la admisibilidad de la acusación, que tiene encomendada la decisión acerca de la apertura de juicio oral o, en su caso, del sobreseimiento de la causa (juicio de acusación)". En una segunda variante un mismo juez tiene "personalmente atribuidas las funciones de garantía, libertad y juicio de acusación (sistema portugués)". Este fue el modelo elegido en el CPP 2013.

Partiendo de la base de que cualquiera de los dos modelos permite que el Juez de la instrucción o el Juez de Garantías pueda ejercer sus funciones desde una posición de verdadera imparcialidad (desde luego, mucho mayor que el sistema actualmente vigente en nuestro país), el primero de ellos se presenta como excesivamente complejo en lo organizativo y disperso en lo funcional. La distinción entre medidas limitativas del derecho a la libertad y el resto de medidas limitativas de otros derechos fundamentales, no parece obedecer a razones constitucionales o procesales diáfanas. En realidad, la lógica del sistema tendría que llevar a la conclusión de que, en puridad, cada medida limitativa de un derecho fundamental

---

[774] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[775] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

tendría que ser valorada por un Juez distinto, lo que implicaría a la postre un modelo de control disperso y no concentrado.

En cuanto al segundo sistema, no puede ser valorado en sus justos términos si no se tiene en cuenta el régimen de *tutela judicial* de la investigación que se deduce del mecanismo de recursos previsto en el art. 128 CPP 2013, que ya fue objeto de análisis en el Capítulo anterior. En ese texto prelegislativo, el Juez no dirige formalmente la investigación, pero puede haber marcado las líneas generales de la misma a través de la resolución de las impugnaciones formuladas por las partes frente a cualquiera de las decisiones del Fiscal. De esta forma, queda en cierta manera condicionado para tomar una decisión sobre la apertura del juicio oral desde la suficiente distancia, objetiva y subjetiva.

Por ello, este sistema concentrado que, en sí mismo, puede ser adecuado para asegurar la verdadera imparcialidad del Juez de la instrucción o del Juez de Garantías, puede no ser, sin embargo, suficiente si se le atribuye un ámbito funcional excesivamente "invasivo" de la investigación. Precisamente por este motivo, puede resultar interesante explorar la vía ofrecida por el AP 2011, en el que un único Juez asume las funciones de garantía y de libertad mientras que la decisión acerca de la apertura de juicio oral corresponde a un Juez distinto, el denominado Juez de la Audiencia Preliminar. Conforme señalan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[776], este modelo "combina equilibradamente las ventajas del control judicial concentrado con la salvaguarda de la pureza del juicio de acusación, que queda totalmente liberado de las implicaciones derivadas de cualquier tipo de decisión previa". Para estos autores, esta variante toma como base una concepción del juicio de acusación como un "acto inicial del verdadero proceso", más que como un "acto final de la fase investigadora", lo que explica que la opción del AP 2011 fuera "la de atribuir el juicio de acusación a un magistrado del órgano de enjuiciamiento que, en ese caso concreto, no podía ya participar en el eventual juicio oral".

---

[776] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

Sin embargo, a la hora de optar por uno u otro modelo, lo relevante es, a mi juicio, que la configuración funcional del Juez de la instrucción o Juez de Garantías le coloque en una posición de auténtica *alteridad* que le permita adoptar las relevantes funciones atribuidas en esta fase desde una verdadera imparcialidad, subjetiva y objetiva. Por ello, adquiere una singular importancia poner previamente en relación el ámbito funcional de la nueva figura del Juez de la instrucción o Juez de garantías, con la naturaleza y contenido de una fase decisiva del proceso penal como es el juicio de acusación.

2.2.- La relevancia de un auténtico juicio de acusación.

El juicio de acusación puede ser definido como la fase del proceso penal en la que se realiza una valoración judicial sobre la validez y suficiencia del material probatorio necesario para decretar, en su caso, la apertura del juicio oral. Mediante el juicio de acusación se delimita el objeto del proceso, entendido éste como la determinación del/os hecho/s y del/os sujeto/s que va/n a ser sometido/s a enjuiciamiento. Obviamente, ello ha de incluir, por un lado, la calificación jurídica de los hechos, puesto que éstos han de ser constitutivos de una conducta tipificada como delito; y por otro, los medios de prueba susceptibles de ser practicados y valorados en el acto del plenario, cuya suficiencia ha de ser precisamente objeto de análisis en el juicio de acusación, desde la perspectiva de la razonable probabilidad de la comisión de un hecho y de su autoría. Pero además, desde el punto de vista de la lógica jurídica, la determinación de la suficiencia del material probatorio ha de partir de la base, necesariamente previa, de la valoración sobre su legalidad. Es decir, sólo puede ser valorada como suficiente la prueba que previamente se ha reputado como válida. Además, la depuración previa de la legalidad o validez de la prueba provoca dos efectos especialmente relevantes desde el plano de las garantías procesales. En primer lugar, limita cualquier iniciativa probatoria del órgano de enjuiciamiento, de matiz inquisitivo; y en segundo lugar, reduce la posible influencia que, aunque sea de forma involuntaria, pueda ejercer en el ánimo

del órgano enjuiciador su presencia en la práctica de una prueba que luego sea declarada ilegal.

Como ya se analizó en el Capítulo III, la regulación del juicio de acusación en nuestro país ofrece una notoria heterogeneidad, ya que el sistema difiere en función del tipo de procedimiento, lo que conduce a una dispersión de criterios que no guardan una coherencia interna en una materia tan relevante como ésta.

Sin embargo, lo más importante es que la regulación procesal no permite afirmar que el órgano judicial encargado de realizar esta labor ofrezca garantías de imparcialidad objetiva.

En efecto, en el caso del procedimiento abreviado, que es el proceso penal más habitual en España, el sistema actualmente vigente establece que el Juez que decide sobre la apertura del juicio oral es el mismo Juez de Instrucción que ha dirigido la investigación, que ha adoptado –en su caso- las medidas limitativas de los derechos fundamentales, y que ha formulado una imputación formal a través de un auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. Es decir, el Juez de Instrucción valora y enjuicia su propia actuación previa. Además, el control de este tipo de decisiones no parece especialmente efectivo. En primer lugar, porque el auto de incoación de procedimiento abreviado -o el posible recurso de apelación que se interponga contra el mismo-, se dicta o resuelve antes de que las partes acusadoras se hayan pronunciado sobre el ejercicio de la acción penal[777], lo que confiere a este tipo de resoluciones un notorio carácter inquisitivo. En segundo lugar, porque el ulterior auto de apertura de juicio oral se dicta por el mismo Juez de Instrucción que ha dirigido la investigación, y no es susceptible de recurso[778]. Aspecto en el que coincide con el procedimiento ante el Tribunal del Jurado[779] y el denominado Juicio Rápido[780].

[777] Ver, en tal sentido, lo dispuesto en los arts. 779 y 780 LECrim.
[778] Ver, en tal sentido, lo dispuesto en los arts. 782 y 783 LECrim
[779] Ver, en tal sentido, lo dispuesto en los arts. 32 y 33 LOTJ
[780] Ver, en tal sentido, lo dispuesto en los arts. 798 y 800 LECrim

No parece mucho mejor el sistema previsto para el procedimiento ordinario o sumario, en que esta labor es realizada por el propio tribunal sentenciador[781]. Con este modelo no se pueden desconocer las posibles implicaciones que desde el punto de vista de su imparcialidad pueda provocar que el órgano de enjuiciamiento tenga que tomar una decisión sobre la base de las mismas fuentes de prueba cuya suficiencia ha valorado previamente.

Por ello no han faltado autores que hayan afirmado la necesidad de establecer en nuestro proceso penal una regulación del juicio de acusación que sea coherente y homogénea, pero sobre todo, que atribuya esta fase del proceso a un órgano judicial que sea verdaderamente imparcial.

Así se expresan, entre otros, CRESPO BARQUERO[782], cuando señala que, "concluida la instrucción, el mismo Juez que la ha dirigido resuelve (en el procedimiento abreviado) o determina por el contenido de lo actuado (en el sumario) la apertura del juicio oral", pero "en un sistema acusatorio real (…) el juez de la acusación (…) se encuentra frente a dos o más partes que en momentos anteriores han llevado a cabo determinada actividad para aportar (…) fuentes de prueba. (…) Así se reubica al Juez (…) en la posición de tercero *supra* partes que le corresponde" porque "en la investigación ni ha actuado por propia iniciativa (…) no ha dirigido la instrucción, ni la ha orientado, ni ha buscado pruebas, ni ha decidido si hace falta buscar otras o las que hay ya son suficientes"[783].

En estas ideas insisten LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[784], al destacar la necesaria vigencia del principio de contradicción real entre las partes como una de las garantías propias de un sistema acusatorio. Para estos autores, la

---

[781] Ver, en tal sentido, lo dispuesto en los arts. 632 y 634 y ss LECrim

[782] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Págs. 209 y 210.

[783] Ver, en el mismo sentido MORENO CATENA, VICTOR: "*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". En *"¿Ministerio Fiscal o Juez instructor?. La investigación penal a debate*". Op. cit. Págs. 86 y 87. Obra en la que reivindica un auténtico juicio de acusación a cargo de un órgano judicial verdaderamente imparcial.

[784] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

“contradicción característica de la fase preliminar del proceso, lejos de referirse a la práctica de todas y cada una de las diligencias investigadoras, tiene (…) una dimensión estructural. Se trata de asegurar que la defensa pueda someter los cargos penales que pretenden formularse en su contra a la decisión de un tercero ajeno a la contienda. El objeto de esta contradicción debe ser, así, dar a la defensa la oportunidad de someter los cargos del director de la investigación al filtro efectivo de un juez imparcial que pueda resolver adecuadamente las peticiones del investigado tendentes a la depuración de los mismos —cuando carezcan de suficiente fundamento— y a la exclusión de los materiales que hayan sido obtenidas de forma ilícita. (…) Es obvio que, para que esto sea posible, debe desvincularse a la autoridad judicial de la dirección de las actuaciones investigadoras. La actividad defensiva se desenvolverá, así, en dos planos fundamentales, la obtención de diligencias denegadas por el fiscal y la impugnación de los cargos y las pruebas obtenidas de contrario”. De esta forma, la principal manifestación de la vigencia del principio de contradicción, donde “alcanzará su cenit”, será “en el momento decisivo en el que la autoridad judicial deba resolver sobre la viabilidad de los cargos presentados por el fiscal. (…) El punto álgido de la contradicción será, pues, la realización del juicio de acusación en una audiencia preliminar de las partes. En este trámite, un juez ajeno a las investigaciones resolverá sobre la impugnación de los cargos y sobre la legalidad de los elementos probatorios que los fundamentan”.

Como se verá, la necesidad de una nueva regulación del “juicio de acusación” no viene determinada, únicamente, por la conveniencia de establecer un sistema uniforme y coherente desde el punto de vista procesal, sino que toma su base en la importancia que debe tener, en el plano de las garantías constitucionales, que este tipo de decisiones estén atribuidas a un órgano judicial del que realmente se pueda predicar su imparcialidad, subjetiva y objetiva.

Y en este punto resulta pertinente destacar, como hacen LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[785], que el juicio de acusación participa de una naturaleza jurídica esencial en el *iter* procesal, por cuanto "más que un acto final de la fase investigadora, debe entenderse como el acto inicial del verdadero proceso. Se trata de la decisión jurisdiccional sobre la admisión de la acción penal y, por ello, de la autorización judicial del proceso contradictorio del que puede resultar la imposición de la pena correspondiente".

Precisamente por ello, el juicio de acusación debe distinguirse de la tarea de *complemento de la investigación*, que también ha de llevarse a cabo dentro del complejo entramado que supone la denominada fase intermedia, pero que tiene un contenido y finalidad diferentes. El complemento de la investigación supone una *mirada atrás*, es decir, un examen de la suficiencia de la investigación previa, en el sentido de determinar si se han practicado todas las diligencias que se entienden como necesarias y pertinentes para concluir la investigación; mientras que el juicio de acusación implica también una *mirada hacia delante*, ya que no sólo se limita a examinar la validez o legalidad de la investigación previa sino que proyecta sus efectos hasta el mismo juicio oral, haciendo un análisis prospectivo sobre la suficiencia de los indicios que justifican la celebración de la vista, y también sobre la eficacia de las pruebas a practicar en el plenario. En consecuencia, ambas funciones deben estar asignadas a órganos judiciales diferentes.

En efecto, se considera que el complemento de la investigación ha de ser asumido por el Juez de Garantías, una vez culminada esta fase del procedimiento, fundamentalmente por dos motivos. En primer lugar, por su propia configuración como el órgano judicial verdaderamente imparcial encargado de velar por los derechos fundamentales de las partes durante la fase de investigación. Y más en concreto, en lo que ahora interesa, por el derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, a obtener una resolución judicial motivada sobre las peticiones formuladas. Por lo tanto, en el ejercicio de esta función, el Juez de Garantías debe resolver

[785] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

sobre las peticiones de las partes (defensa y acusaciones) en relación con las diligencias propuestas e indebidamente denegadas, en su caso, por el Fiscal que dirige la investigación. En segundo lugar, desde el punto de vista práctico, parece lógico pensar que el Juez de Garantías se encuentra en mejores condiciones para ejercer esta labor, al haber podido tener un conocimiento previo del asunto, mediante la resolución de las peticiones que se le hayan podido someter a su consideración (sobre la admisión de denuncia o querella, sobre medidas cautelares o de investigación, etc.). Precisamente por ello, el complemento de la investigación ha de hacerse una vez que ésta haya culminado (salvo los supuestos en que se justifique la existencia de un riesgo de pérdida de la fuente de prueba) porque sólo un análisis final conjunto de la investigación permite tener una imagen fiel acerca de la necesidad o pertinencia de las diligencias propuestas por las partes. Sobre esta cuestión se insistirá en el apartado siguiente.

Por otro lado, el juicio de acusación ha de ser asumido por un Juez distinto del Juez de Garantías, ya que uno de los contenidos esenciales del juicio de acusación es la valoración sobre la validez/legalidad de la investigación. En consecuencia, la competencia no puede corresponder al Juez de Garantías, porque la coherencia de la exigencia de imparcialidad judicial, subjetiva y objetiva, determina que un mismo Juez no debe controlar su propia actuación.

Como destacan LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[786], "el juez que interviene a lo largo de la investigación del fiscal puede verse obligado a dictar resoluciones que anticipan una valoración positiva de la existencia de indicios racionales de criminalidad —como la adopción de una medida cautelar de naturaleza personal—. Al no tener funciones directivas de la investigación, este juez puede afrontar esta tarea jurisdiccional con verdadera imparcialidad objetiva. Pero es altamente probable que una decisión de este tipo le incline a favorecer la

[786] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

celebración del juicio oral. Esta sola circunstancia permite plantear la necesidad de disgregar las funciones judiciales de garantía y de juicio de acusación"[787].

Pero este juicio de acusación tampoco debería corresponder al órgano de enjuiciamiento. En el mismo sentido se pronuncian, de nuevo, LOPEZ ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[788], para quienes "el juez que depura la prueba no puede ser ni quien ha contribuido a generarla —el juez de garantías que ha autorizado la intervención telefónica incumpliendo ciertos requisitos legales— ni el que está llamado a valorarla —que no debe formarse un prejuicio sobre la culpabilidad teniendo acceso a las conversaciones—". Es decir, que la depuración de la prueba no debe quedar diferida al momento de la vista ante el órgano de enjuiciamiento, precisamente porque, entonces, el órgano judicial que debe tomar la decisión sobre la apertura del juicio oral no habrá podido tener en cuenta la legalidad de la prueba sobre cuya suficiencia se debe pronunciar. Como continúan señalando estos autores, "¿tiene sentido que sea el órgano judicial llamado a resolver sobre el fondo del asunto el que previamente determine la prueba de la que pueden servirse las partes? ¿No se forma, de este modo, un prejuicio sobre el objeto de debate al examinar previamente los distintos materiales investigadores?". Para ellos, "resulta absolutamente rechazable la práctica judicial actual, en la que el saneamiento de la prueba suele realizarse en la propia sentencia. (…) Lo razonable, a estos efectos, es que la actividad saneadora se realice conjuntamente con la función depurativa de los cargos. Es obvio que no puede valorarse cabalmente la suficiencia de la acusación sin deslindar previamente el material lícito del ilícito. En otras palabras, sólo se ha de acordar la apertura de juicio oral si la acusación está respaldada con prueba lícita y suficiente, lo que exige la previa exclusión de la prueba ilícita. (…) Con la anticipación a la fase intermedia de la actividad depurativa de la prueba se cumple, así, uno de los requisitos

[787] Para estos autores, los "problemas que genera una figura judicial única son especialmente visibles en el modelo de fase intermedia que contempla la legislación portuguesa. Y es que este tipo de regulación genera un sistema de cuasi-instrucción judicial, que no acaba de perder sus notas inquisitivas". Un desarrollo de esta idea puede verse en López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

[788] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.

fundamentales que persigue un modelo de corte acusatorio, como es preservar la pureza e integridad de la labor del órgano de enjuiciamiento. De este modo, el tribunal del juicio no tiene más función que la de dirigir el desarrollo de la vista, presenciar la práctica de la prueba lícita y decidir sobre el fondo del asunto".

Ello no significa, necesariamente, que el Juez de la acusación ha de ser "un magistrado del órgano de enjuiciamiento", como sostienen ambos autores, es decir, un "<igual> de los que debían enjuiciar el hecho" y que, "en buena lógica, debía emplear las pautas del órgano enjuiciador al que pertenecía". A tal efecto se considera que basta que esta decisión sea adoptada por un órgano judicial, sin que sea estrictamente necesario que forme parte orgánicamente de un Juzgado o Tribunal de enjuiciamiento. Lo relevante es que se encuentre en condiciones de adoptar una decisión con absoluta imparcialidad, tanto subjetiva como objetiva. Y en tal sentido, bastaría una previsión legal –complementada por normas claras de reparto de asuntos- que impidiera la concurrencia de funciones en una misma causa, es decir, que el Juez de Garantías pudiera ejercer funciones de Juez de la Acusación en un mismo procedimiento.

El juicio de acusación se resolvería previa audiencia a las partes, lo que podría implicar la celebración de una vista a tal efecto, si así se solicitara por alguna de ellas o se considerara necesario por el Juez competente. En este punto, siguiendo a VARELA CASTRO[789], se considera que "juzgar el mérito de la acusación debe hacerse conforme a las exigencias del principio de defensa", es decir, con "contradicción". Para este autor, el contenido del juicio de acusación vendría delimitado por la concreción del "hecho o hechos justiciables de entre los que han sido objeto de acusación y respecto de los cuales estime razonable llevar a cabo el enjuiciamiento"; la "persona o personas que han de ser juzgadas como acusados o terceros responsables civilmente"; el "delito o delitos que tales hechos constituyen", la "fundamentación de la pertinencia de la apertura del juicio" y el "órgano competente" para el mismo. A lo que habría que añadir, como ya se anticipó, la

[789] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Págs. 333 y 342 a 349.

motivación sobre la declaración de nulidad o invalidez, en su caso, de alguna prueba propuesta por las partes.

A fin de decretar, si procede, la apertura del juicio oral, el Juez de la Acusación ha de valorar si "concurren elementos de juicio suficientes" (y válidos) "para estimar *razonablemente probable*[790] el hecho y la participación" atribuidos al acusado, ya que, en caso contrario, debería dictar el sobreseimiento que correspondiera, libre o provisional, total o parcial[791].

Planteado así el juicio de acusación, permitiría ejercer un adecuado control real e integral de la instrucción, frente al control parcial, difuso, tardío y poco eficaz[792] que existe en la actualidad, a través del recurso de apelación ante la Audiencia Provincial.

En definitiva, la tesis que se sostiene es que el modelo que mejor puede combinar las exigencias de un control judicial imparcial, riguroso y eficaz de la fase de investigación y del juicio de acusación, pasa por un sistema concentrado intermedio o mixto. En este modelo, el "Juez de Garantías" estaría encargado del control judicial sobre las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, sobre las medidas cautelares personales o reales que afectaran a derechos como la libertad o propiedad, y sobre la práctica de prueba anticipada, además del control judicial sobre el inicio y la suficiencia de la investigación, resolviendo a tal efecto sobre las impugnaciones iniciales ante el archivo indebido de la denuncia o querella y, una vez culminada la fase de investigación, sobre las diligencias propuestas e

---

[790] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Pág. 348.
[791] En este punto, conviene recordar la doctrina del TC sobre el "*diferente grado de exigencia a la acusación en sentido estricto, que es la plasmada en el escrito de conclusiones o de calificaciones definitivas* (…) *que a la acusación que da lugar al inicio de una investigación criminal*" (STC 41/1998, de 24 de febrero. FJ 15); y que "*es doctrina consolidada* (…) *que el derecho del art. 24 CE puede satisfacerse también mediante resoluciones fundadas en Derecho, que no se producen sobre el fondo del asunto, cuando así lo requiera o determine la naturaleza y características del procedimiento seguido* (…). *La fase preliminar de un proceso penal puede concluir así legítimamente mediante un auto de sobreseimiento siempre que sean respetadas las garantías procesales* (…) *si la decisión judicial impeditiva de una resolución sobre el fondo aparece basada en una causa legal, dentro de los márgenes de interpretación que el órgano jurisdiccional penal dispone*" (STC 212/1991, de 11 de noviembre. FJ 4).
[792] Desde el plano de la escasa prosperabilidad que, como ya se expuso en el Capítulo III, presentan este tipo de impugnaciones en el sistema vigente.

indebidamente denegadas, en su caso, por el Fiscal que dirige esta fase del procedimiento.

Una vez finalizada y/o complementada la investigación, se procedería a formular, en su caso, el correspondiente escrito de acusación, dirigido a otro Juez distinto, que se denominaría el "Juez de la Acusación". Este sería el encargado de valorar la validez/legalidad de la investigación y la consiguiente suficiencia o no del material probatorio necesario para decretar, en su caso, la apertura de juicio oral, sin que pueda formar parte, en ningún caso, del órgano de enjuiciamiento.

En consecuencia, este sistema se basa en la necesidad de que la actividad jurisdiccional que se lleva a cabo durante la fase de investigación debe ser asumida por unos órganos judiciales verdaderamente neutrales, es decir, de los cuales pueda garantizarse su imparcialidad, tanto subjetiva como, sobre todo, objetiva. Para ello se ha distinguido entre la naturaleza de las funciones judiciales durante la fase de obtención y conformación de las fuentes de prueba, que incluye la suficiencia de la propia investigación, y la diferente naturaleza de las funciones relativas a la valoración sobre la validez/legalidad de la investigación y la suficiencia de la base para decretar, en su caso, la apertura del juicio oral. Las primeras son ejercidas por el Juez de Garantías quien, sin dirigir la investigación, se coloca en una posición que le permite tutelar los derechos fundamentales durante esta fase, lo que incluye el examen final sobre su suficiencia, pero que no debe valorar la validez/legalidad de su propia actuación. Las segundas son ejercidas por el Juez de la Acusación quien, sin haber tomado parte en la investigación ni poder integrarse en el órgano enjuiciador, valora con imparcialidad la suficiencia de la prueba desde el previo examen de su validez. De este modo, a su vez, se permite que el órgano de enjuiciamiento pueda ejercer su labor de forma igualmente imparcial, es decir, sin tener que tomar decisión alguna previa sobre el material probatorio que debe ser objeto de su análisis y valoración en el acto del juicio oral[793].

[793] Lo que no excluiría, obviamente, la posibilidad de que el órgano de enjuiciamiento pudiera decretar, a la vista de lo actuado en el juicio oral, la nulidad o ineficacia de alguna prueba que hubiera sido, en su caso, indebidamente admitida por el Juez de la Acusación.

3.- La intervención de las partes en la investigación del Fiscal.

En un escenario procesal en el que el Ministerio Fiscal dirija la fase de investigación penal, parece claro que el papel que han de desempeñar el resto de las partes intervinientes ha de experimentar una cierta reubicación. La interacción procesal de las partes no puede desarrollarse de la misma forma cuando la dirección de la investigación recae en un órgano judicial que cuando se atribuye al Ministerio Fiscal, toda vez que no se puede desconocer que esta atribución de funciones implica que el objeto del proceso vendrá determinado, en su caso, por la formulación de una acusación basada en el material previamente recabado por quien, precisamente, formula dicha acusación. Pero ello ha de poder hacerse sin merma alguna del contenido esencial de los derechos procesales constitucionalmente reconocidos. En particular, en lo que ahora interesa, el derecho fundamental a la defensa y al resto de garantías procesales reconocidas en el art. 24.2 CE; el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, en el que se incardina la posible intervención procesal del ofendido o perjudicado por el hecho delictivo; y el derecho al ejercicio de la acción popular reconocido en el art. 125 CE.

3.1.- La intervención de la persona investigada.

Aunque el estudio y análisis exhaustivo de esta cuestión excede de la finalidad de este trabajo, se debe dejar constancia expresa de que, a nuestro juicio, la atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal no ha de suponer, en modo alguno, una merma de los derechos constitucionales reconocidos a la persona que se ve sometida al proceso. Todo lo contrario.

En efecto, el derecho a la defensa viene consagrado en el art. 24.2 CE como un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede verse condicionado por el tipo de procedimiento o por el hecho de que sea un Juez o un Fiscal el órgano estatal encargado de dirigir la fase procesal de investigación criminal. Y como ya se

ha expuesto, el modelo ahora propuesto presenta, con respecto al sistema actualmente vigente, una ventaja esencial desde el plano de las garantías constitucionales: la investigación penal va a estar controlada por un órgano judicial verdaderamente imparcial. Pero para ello, la persona sometida al proceso ha de tener intervención en el mismo desde el primer momento en que sea posible o procedente, ya que sólo así podrá estar en condiciones de ejercer su derecho a la defensa.

Siguiendo en este punto a ASENCIO MELLADO[794], el derecho de defensa "se enmarca o engloba" en el principio de contradicción, y se constituye en "una garantía esencial del proceso penal moderno", que "tiende a conseguir hacer realidad que el proceso funcione como un auténtico mecanismo dialéctico útil, por tanto, para proporcionar el hallazgo de la verdad real de los hechos enjuiciados". Durante la fase de investigación penal, el derecho de defensa implica "tener conocimiento de todas las actuaciones que se lleven a efecto en esta fase procesal, (…) intervenir activamente (…) en los actos de investigación llevados a efecto de oficio o a instancia de las partes acusadoras (…)" y "proponer actos de investigación" que considere oportuno para evitar que se dirija una acusación o, en su caso, para preconstituir o anticipar pruebas que le sean favorables a la hora de ser reproducidas en el acto de la vista oral". Para este autor, se puede comprender la "importancia de la adquisición por parte del imputado de su condición de tal", porque sólo a partir de ese momento se le "abrirán los derechos inherentes a su posición de sujeto procesal y titular del derecho de defensa"[795].

Así se pronuncia, con cita de otras muchas, la STC 186/1990, de 15 de noviembre, que en su FJ 5º declara que: "*Entre las garantías que incluye el art. 24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales*

---

[794] Asencio Mellado, José María. "*El imputado en el proceso penal español*". Op. cit.

[795] Sobre el derecho de defensa y su relación con el principio acusatorio, ver también, entre otras obras: ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA. "Principio acusatorio y derecho de defensa": Ed. Trivium. Madrid. 1991; ARMENTA DEU, TERESA. "Principio acusatorio y derecho penal". Publicaciones de Criminología de la Universidad de Barcelona. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1995; COLMENERO MENENDEZ DE LUARCA, MIGUEL. "El derecho de defensa, su ejercicio y el derecho a la asistencia letrada en el proceso penal". Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Número I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995; y GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, NICOLAS. "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal". Ed. Colex. Madrid. 1990.

al proceso, los principios de contradicción y de igualdad. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal -entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989-, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos. Ello impone la necesidad, en primer término, de que se garantice el acceso al proceso de toda persona a quien se le atribuya, más o menos, fundadamente un acto punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputada, para garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra ella, aun en la fase de instrucción judicial, situaciones de indefensión (SSTC 44/1985 y 135/1989)".

Pues bien, como señala MORENO CATENA[796], "la imputación consiste en atribuir a una persona determinada participación criminal en unos concretos hechos que presentan los caracteres de delito (…). Se trata, pues, de una doble concreción, subjetiva y objetiva". Por tanto, "con ello no sólo se identifica el procedimiento (…) sino que, esencialmente, sirve como garantía del sujeto pasivo y le permite, primero, conocer el contenido del proceso y las razones de su apertura y curso, y segundo, ejercitar su derecho de defensa". De esta forma, los "hechos son los determinantes para iniciar la fase de investigación y constituyen, además, el objeto de la misma, por lo que no es preciso que en el primer momento haya de estar fijada la persona presuntamente responsable"[797].

No obstante, para este autor[798], la comunicación de la imputación ha de hacerse desde el primer momento que sea posible (salvo en los casos en que la eficacia de la investigación requiera la declaración de secreto de las actuaciones). Y en todo

---

[796] Moreno Catena, Víctor. "*Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*". Op. cit. Págs. 216 y 217.

[797] De hecho, una de las funciones del proceso penal es determinar la culpabilidad o participación de una persona en unos hechos delictivos (arts. 299 y 777.1 LECrim)

[798] Moreno Catena, Víctor. "*Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*". Op. cit. Págs. 218 a 221.

caso, el derecho de defensa ha de reconocerse "no sólo cuando se haya formulado la acusación, sino desde el instante en que el procedimiento se dirija contra una determinada persona", por aplicación de lo dispuesto en el art. 118 LECrim[799].

Ello no es óbice para que, como señala VARELA CASTRO[800], se deba realizar una ponderación sobre el fundamento o verosimilitud de la imputación. Así se pronunciaba también la STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 5º), al atribuir al Juez instructor la tarea de "*efectuar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación de un hecho punible contra persona determinada, cualquiera que sea la procedencia de ésta*", a fin de "*considerarla imputada con ilustración expresa del hecho punible cuya participación se le atribuye para permitir*" el ejercicio del derecho de defensa.

Pero, desde el momento en que se pueda atribuir razonablemente un hecho delictivo a una persona concreta y determinada, será necesario otorgarle la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa. Un derecho que, como señala la STC 29/1995, de 6 de febrero (FJ 3º, 4º y 6º), tiene un "*carácter* (..) *dual, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado defensor*", ya que el "*contenido del derecho a defenderse por sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica*" que actúa como garantía de "*un correcto desenvolvimiento del proceso penal*".

En tal sentido, no se puede compartir la tesis mantenida por IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA[801], para quien es perfectamente posible llevar a cabo una investigación penal por parte del Ministerio Fiscal, con pleno respeto al derecho de

---

[799] El art. 118 ha sido modificado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, *e modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica,* (BOE nº 239, de 6 de octubre), con fecha de entrada en vigor el 1 de noviembre de 2015. En lo que ahora interesa, su apartado 1 señala que: "*Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento* (…)"; mientras que su apartado 5 dispone que: "*La admisión de denuncia o querella, y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, serán puestas inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables*".

[800] Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En "Hacia un nuevo proceso penal". Op. cit. Pág. 345.

[801] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Op. cit. Págs. 333, 334 y 337.

defensa pero sin intervención alguna del imputado. Se basa, para ello, en el entendimiento del contenido esencial de este derecho como la posibilidad de "oponerse con eficacia a las pretensiones acusatorias con anterioridad a la resolución en torno al sobreseimiento/apertura de juicio oral, y preparar, también con eficacia, la defensa con vistas a un eventual juicio oral. (…) Basta para que se pueda entender amparados los derechos del imputado que, finalizada dicha investigación y antes de que se resuelva sobre la apertura de juicio oral, se dé al imputado la oportunidad de articular su defensa, con acceso pleno al resultado de las investigaciones y con conocimiento de la correcta pretensión procesal de la acusación". No obstante, para este autor, en los casos de diligencias que, "por su propia naturaleza, fuesen irreproducibles, se habrá de regular la intervención puntual del imputado", ya que, en caso contrario, la aplicación del "principio constitucional de la interdicción de la indefensión" implicaría que estas diligencias "podrán ser declaradas nulas y, por lo tanto, expulsadas del proceso", a través de un "real <juicio de la acusación> (…), tras un incidente contradictorio y de carácter preferentemente oral" ante el órgano jurisdiccional "que haya de decidir en torno en la apertura del juicio oral".

A mi juicio, sin embargo, el derecho de defensa en esta fase de investigación implica no solamente tener conocimiento de lo actuado sino tener la oportunidad de llevar a cabo una intervención real y efectiva en esta fase, como expresión de la vigencia irrenunciable del principio de contradicción[802].

Así se pronuncia la ya citada STC 186/1990, de 15 de noviembre (FJ 5º), cuando señala que el derecho de defensa presupone "*la necesidad de que todo proceso penal esté presidido por la posibilidad de una efectiva y equilibrada contradicción*

[802] La nueva redacción del art. 118 LECrim, introducida por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre (ya citada) profundiza claramente en esta línea. En lo que ahora interesa, el derecho a la defensa comprende el derecho "a ser informado de los hechos que se le atribuyan, así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados"; a "examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa y en todo caso, con anterioridad a que se le tome declaración"; y a "actuar en el proceso penal para ejercer su derecho a la defensa de acuerdo con lo dispuesto en la ley" (art. 118.1.apartados a), b) y c) LECrim). Pero además, el derecho a la defensa "comprende la asistencia letrada (…) con el que podrá comunicarse y entrevistarse reservadamente, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial (…) y que estará presente en todas sus declaraciones así como en las diligencias de reconocimiento, careos y reconstrucción de hechos" (art. 118.2 LECrim)

entre las partes a fin de que puedan defender sus derechos, así como la obligación de que los órganos judiciales promuevan el debate procesal en condiciones que respeten la contradicción e igualdad entre acusación y defensa. En el proceso penal, además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio -que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso- que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (nemo iudex sine acusatore) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el Juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones (…) *sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en la fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia (SSTC 13/1985, 176/1988 y 66/1989)".*

En tal sentido, se considera que la defensa no se ejerce solamente teniendo conocimiento de lo que ha declarado un testigo, por ejemplo, sino teniendo la posibilidad de formular preguntas a éste que sirvan para valorar indiciariamente la credibilidad de su testimonio con vistas a la decisión sobre si procede la formulación de una acusación y la ulterior apertura, en su caso, del juicio oral. Por lo demás, no tiene sentido plantear una investigación al margen de la persona investigada, para luego declarar la nulidad de una diligencia practicada sin su presencia. Más razonable parece admitir la intervención desde el primer momento en que sea posible o procedente.

Por otro lado, como señala MORENO CATENA[803], frente a las posiciones que mantienen que "si se atribuye la instrucción al Ministerio Fiscal estaríamos

[803] Moreno Catena, Víctor. "*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Op. cit.

abocados a un encarecimiento del proceso y a una privatización de la justicia penal, puesto que tanto el acusador particular como el imputado deberían buscar fuera de la instrucción del Fiscal los elementos precisos para sustentar su posición en el proceso", este autor afirma que "hemos de partir de que el encargado de la instrucción ha de respetar escrupulosamente todos los derechos procesales de aquél, garantizando el ejercicio del derecho de defensa y todos los reconocidos en nuestras normas procesales, a lo largo de la instrucción". Añadiendo que "la infracción de estos derechos puede encontrar un mecanismo de petición o de recurso a la autoridad judicial, quien, como garante de los derechos de los ciudadanos (art. 117.3 CE), habrá de resolver contradictoriamente, preservando su propia imparcialidad".

Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal desarrolla sus funciones desde una cualificada posición derivada de los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad a los que debe sujetar su actuación (art. 124.2 CE), estará obligado a practicar las diligencias de cargo y de descargo que estime legalmente procedentes durante la fase de investigación. Pero además, la persona investigada ha de poder aportar fuentes de prueba, así como solicitar y estar presente en la práctica de las diligencias que considere oportunas en esta fase del proceso. Y desde luego, ha de tener la posibilidad de que las discrepancias sobre la pertinencia y/o legalidad de las diligencias a practicar o que hayan sido practicadas sean resueltas por un órgano judicial imparcial. En el diseño ahora propuesto, el Juez de Garantías o el Juez de la Acusación, según lo expuesto en el apartado anterior. En todo caso, esta labor se habría de llevar a cabo una vez culminada la investigación, porque sólo desde una valoración de conjunto sobre las diligencias practicadas se puede adoptar una cabal decisión acerca de la legalidad y/o procedencia de las mismas, o de aquellas otras diligencias solicitadas y, en su caso, no admitidas. La única excepción vendría determinada por los casos en que se justificara la existencia de riesgo de pérdida de la fuente de prueba (para no generar la correspondiente indefensión). Con ello, a nuestro juicio, se conjugan adecuadamente los diversos intereses que pueden entenderse contrapuestos: la

eficacia y agilidad de la investigación con el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva de la persona investigada.

En definitiva, una investigación penal dirigida por el Ministerio Fiscal no excluye el reconocimiento pleno del derecho de defensa para la persona que se ve sometida a esta fase del proceso.

3.2.- La intervención de las acusaciones.

Más problemática se presenta, desde el punto de vista constitucional y procesal, la intervención que podrían tener las partes acusadoras en el marco de una investigación penal dirigida por el Ministerio Fiscal. La disparidad de criterios sobre los hechos que han de ser investigados y la necesidad, utilidad o pertinencia de las diligencias a practicar para ello, podría ser una fuente de conflictos que no sólo afectara a la eficacia de la investigación, sino también, y sobre todo, a los derechos de la persona ofendida por el delito y de la persona investigada, y particularmente, a que no se les cause indefensión y a un proceso sin dilaciones indebidas.

Pues bien, tal y como se expuso en el Capítulo II, hay que partir de la base de que en el proceso penal no sólo se ejercitan derechos subjetivos propios. Es decir, el proceso penal debe ser entendido, desde luego, como una manifestación de las garantías que el propio Estado ofrece a los ciudadanos para la adecuada protección de sus derechos fundamentales, y singularmente, los relativos al imputado y a la víctima. Pero también han de tenerse en cuenta valores supraindividuales o colectivos, entre los que destaca el propio *ius puniendi* del Estado, entendido como el interés de una comunidad en ofrecer una respuesta proporcionada a las infracciones más graves cometidas respecto de los bienes jurídicos que en cada momento se consideren como más relevantes. Por lo tanto, en el proceso penal no hay partes en sentido material, sino formal. El perjudicado u ofendido no ejercita un derecho subjetivo, sino que ostenta un “interés legítimo”, amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido a “todas las personas” en el art. 24.1 CE. Por su parte, la posibilidad que tienen “los

ciudadanos" para ejercer la acción popular viene reconocida en el art. 125 CE, pero "en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine".

Precisamente por ello, no han faltado autores que hayan insistido en la necesidad de modular la intervención de las acusaciones, tanto en el esquema vigente del proceso penal como en un futuro escenario en el que la investigación penal se atribuyera al Ministerio Fiscal.

Algunos autores ponen el acento en la necesidad de evitar el ejercicio abusivo de este tipo de acciones penales. Así, para CRESPO BARQUERO[804], "el abuso de la acción popular con fines torticeros, ya sea de mera perturbación de determinadas personas o intereses, ya sea para la obtención de determinadas informaciones no accesibles por otros medios, carece hoy por hoy de un sistema de control verdaderamente eficaz que, sin recortar el derecho fundamental de acceso a la jurisdicción que implica, vaya más allá de la escasamente imaginativa –y menos efectiva- obligación de prestar fianza (…). El acusador profesional que a través de una imputación con (mera) apariencia más o menos verosímil consigue someter a un conciudadano a la instrucción judicial (…) ya le está imponiendo una auténtica pena que en ocasiones –siempre que se sepa complicar la tramitación- puede durar años. En un sistema que prescinda de las formalidades de la instrucción judicial, el querulante absolutamente carente de fundamento en su pretensión llegaría a lo sumo a obtener el archivo de una denuncia interpuesta ante la policía o el Fiscal, a conseguir la denegación de determinadas diligencias –concentradas en un solo momento procesal que se identifica con la audiencia o comparecencia de acusación- y a ver cómo se le niega la apertura del juicio oral. No habría lugar a más".

Lo que también ha llevado a otros autores a plantear una severa restricción de su intervención. Así, para PORTERO GARCÍA[805], "no resultaría inconstitucional cerrar el paso en la investigación a la acusación particular y popular si la ley así lo

[804] Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Op. cit. Págs. 211 y 212.
[805] Portero García, Luis. "*La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*". Op. cit. Pág. 111.

establece, permitiéndose su intervención en el plenario y ofreciéndose una primera fase procesal en el mismo de aportación y proposición de prueba (…). La limitación a la presencia de estas acusaciones (…) iría en el sentido de exigir litisconsorcio activo y una sola representación cuando se ejercite el mismo tipo de acción penal, desechándose por el Juez por evidente fraude o abuso o por innecesaria pretensión aquéllas acciones penales que pretendan ejercitarse separadamente y carezcan de fundamento para el objeto del proceso centrado por la acusación del MF. (…) La acción popular, además de estas limitaciones, podría sufrir otras establecidas legalmente para acotar el género de delitos en los que su presencia pudiera admitirse (…)".

En el caso de que se admitiera su intervención en una fase de investigación asumida por el Ministerio Fiscal, ESPINA RAMOS[806] destaca como uno de los problemas la necesidad de arbitrar un sistema que resuelva las discrepancias sobre las diligencias a practicar. Para este autor, "obviamente, puede hacerse que soliciten al Fiscal la práctica de diligencias, pero en caso de rechazo por éste, resulta peligroso acudir a un sistema de recursos ante el Juez de Garantías, porque se puede llegar a desvirtuar toda la estructura ya que, o bien se opta por desnaturalizar este órgano judicial, permitiendo que instruya directamente en estos casos o al menos respecto de determinadas diligencias solicitadas por las partes; o bien se opta por un sistema en el que *ordene* al Fiscal llevar a cabo determinadas actividades de investigación", lo que le parece inadecuado, porque "difícilmente puede esperarse una investigación adecuada (…) de quien no la considera pertinente".

Idea en la que abunda DIEZ-PICAZO[807], pero para destacar el posible debilitamiento de las acusaciones si el Ministerio Fiscal dificulta la labor desarrollada por éstas mediante la desestimación de la solicitud de práctica de diligencias.

---

[806] Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". En "La reforma de la Justicia Penal". Op. cit. Pág. 420.
[807] Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Op. cit. Págs. 37 y 38.

Intentando ofrecer alguna alternativa, DE OÑA NAVARRO[808] señala que cabrían "dos posibilidades: o entender que, al tratarse la instrucción del Fiscal de una investigación preliminar con la finalidad de preparar el material probatorio, que no son pruebas, las acusaciones particular y popular no tienen por qué intervenir en estas actuaciones y deben concretar su intervención en la ulterior fase judicial (…) o entender que por poder afectarle directamente la actividad instructora del Ministerio Fiscal alguna intervención han de tener en ésta".

Una solución más novedosa es la que propone IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA[809], en relación con el ejercicio de la acción penal por parte de los perjudicados u ofendidos por el hecho delictivo. Para este autor, "con vistas a una futura reforma procesal (…) sería ineludible, en caso de decantarse por un modelo de investigación preliminar dirigido por el Fiscal, la implantación de un sistema dual", ya que la intervención de aquéllos no es obligada sino potestativa. Para ello considera que los particulares son titulares de un derecho de acción independiente y equiparable al del MF y, por tanto, no sometido a las concretas líneas de investigación de éste. Por lo tanto, "cuando un particular ponga de manifiesto su intención de ejercitar la acción penal, la investigación preliminar habrá de encomendarse, necesariamente, a un órgano jurisdiccional, pues no es trasladable a la investigación del Fiscal el esquema de partes que rige en la actual instrucción judicial".

Sin embargo, para otros autores como GOMEZ COLOMER[810], sin dejar de admitir los riesgos que el ejercicio de las acciones particular o popular pueden representar para el funcionamiento de la Administración de Justicia[811], consideran que su intervención en el proceso penal y, más en concreto, en la fase de investigación,

---

[808] De Oña Navarro, Juan Manuel. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Op. cit. Pág. 239.
[809] Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María. "*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Op. cit. Págs. 334 y 335.
[810] Gómez Colomer, Juan Luis. "*Acción particular, acción popular y sobrecarga de la administración de justicia penal*". Op. cit.
[811] Para este autor, "es un hecho constatado empíricamente que en la generalidad de las causas penales no existe ejercicio de la acción popular. Cuando alguna persona (física o jurídica), grupo o ente se constituye como parte en un proceso penal sin ser el ofendido por el delito, es porque detrás del tema de fondo, es decir, de la responsabilidad criminal que proceda, hay otro tipo de caracteres o connotaciones, bien sociales, bien políticas, de notable importancia".

presenta igualmente ventajas nada desdeñables, tales como el control del ejercicio de la acción por el Ministerio Fiscal[812], incluso de forma subsidiaria, es decir, sólo para el caso de que éste decidiera no actuar penalmente[813].

Sea como fuere, el reconocimiento constitucional de las figuras de la acción particular (a través del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE) y popular (mediante su consagración en el art. 125 CE), impide –a nuestro juicio- prescindir de su intervención en una fase tan relevante del proceso como es la investigación penal. Por lo tanto, se hace necesario arbitrar un sistema que permita su compatibilidad con un modelo de investigación criminal dirigido por el Ministerio Fiscal. En esta misma línea se sitúan varios autores.

Así, GIMENO SENDRA[814], para quien "el querellante privado y el acusador popular (…) actuarían como coadyuvantes del Ministerio Público", pero admitiendo que "si a lo largo del procedimiento, se mantuviera algún género de contradicción entre las partes acusadoras privadas y el MF, se les ha de conferir a aquéllas un recurso efectivo ante el Juez, a fin de que éste disponga la ejecución de las diligencias, en su caso, denegadas[815]".

Para LOPEZ LOPEZ[816], en relación con la fase del juicio de acusación regulado en el AP 2011, "se debe permitir que la acción la pueda sostener en exclusiva la acusación particular, si está presente, y ello en plena igualdad de *status* que el Ministerio Fiscal, y también, la acción popular, con las limitaciones que de forma magistral ha apuntado nuestro Tribunal Supremo: ante la ausencia de acusación pública y particular, sólo se podrá sostener la acción en solitario cuando el delito

---

[812] Según este autor, "elimina los peligros que en cuanto al ejercicio de la acción penal puede significar el monopolio de la misma por parte de un órgano público".
[813] Como ya se reseñó en el Capítulo II, otros autores que se pronuncian a favor de la pervivencia de la figura de la acción popular, aún con modulaciones, serían: Asencio Mellado, José María. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 22, 52 y 53; Gimeno Sendra, Vicente. "*Constitución y proceso*". Op. cit. Pág. 85; De La Oliva Santos, Andrés, y otros. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Pág. 57; o Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Op. cit. Págs. 100 a 105.
[814] Gimeno Sendra, Vicente. "*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Op. cit.
[815] Este autor admitía en esta obra la opción de seguir "el modelo portugués", de manera que, en estos casos, la autoridad judicial asumiera "sencillamente (…) la instrucción judicial clásica".
[816] López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Op. cit.

afecte a bienes jurídicos no individuales, esto es, que se trate de intereses generales o difusos". Para este autor, "este sistema va por el buen camino de entender que el juez de Garantías no solo tiene como fin controlar la investigación y autorizar cualquier diligencia que pueda afectar a un derecho fundamental o que sea restrictiva de los mismos, sino que también debe tener como función esencial garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos (art. 24 CE), entre los cuales están los derechos de las víctimas de un delito y de cualquiera que se sienta afectado por una actuación delictiva, así como el ejercicio de la acción popular. Pero si el fiscal decidiese no admitir o archivar una denuncia o querella, esta decisión podrá ser recurrida ante el juez de garantías o el juez que se determine. El modelo propuesto también determina que si el fiscal denegase la práctica de alguna diligencia de investigación interesada por la defensa, ésta también dispone de recurso ante el citado juez, pero en (su) opinión igual derecho debe tener quien se haya mostrado interesado en esta fase de investigación como perjudicado o en el ejercicio de la acción popular".

Y en el mismo sentido se pronuncia DE RAMÓN FORS[817], quien considera que las víctimas de un delito deberían tener la posibilidad de "impugnar la decisión tomada por el Ministerio Fiscal de no iniciar actuaciones", entendiendo que "tal impugnación se podrá llevar a cabo, en su caso, después del control jerárquico, ya en el contexto de un control jurisdiccional, ya autorizando a las partes para que promuevan ellas mismas las actuaciones".

Del mismo modo, RUIZ VADILLO[818] se manifestaba partidario de dar a la víctima de un delito el debido "cauce de reclamación efectiva ante la autoridad judicial, para que pueda, en los términos que la ley señala, corregirse el error de apreciación del Ministerio Fiscal, otorgando así si procede satisfacción a legítimos intereses populares o individuales".

---

[817] De Ramón Fors, Ignacio. "*La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal*". Revista Diario La Ley. nº 7433. 28 de junio de 2010. Con fundamento en la Recomendación (2000) 19, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 octubre 2000, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, que puede ser consultada en: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=376859&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383

[818] Ruiz Vadillo, Enrique. "*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Op. cit.

Sentado todo lo anterior, el principio general que aquí se defiende es que las acusaciones particular y/o popular han de poder intervenir durante la fase de investigación penal dirigida por el Ministerio Fiscal, en los casos que se determine legalmente[819]. El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y el reconocimiento expreso de la posibilidad del ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) impiden, a nuestro juicio, que las acusaciones puedan quedar al margen de una fase esencial del proceso como es la propia investigación penal. Diferir su intervención a una ulterior fase de control judicial podría afectar al contenido esencial del derecho fundamental, al no permitirles participar en las actuaciones encaminadas a la obtención y conformación de las fuentes de prueba.

No obstante, hay que tener en cuenta que se trata de derechos de configuración legal que no exigen necesariamente una plena y mimética equiparación con las facultades reconocidas al Ministerio Fiscal.

Como tampoco hay que olvidar que la acción penal implica el derecho a obtener una resolución judicial motivada frente a una pretensión, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Y que en el ámbito del proceso penal, la pretensión se ejercita a través del escrito de acusación que, una vez admitido por un órgano judicial, delimita el objeto del proceso penal, conformado por los hechos, sujetos, calificación jurídica y petición de consecuencia jurídica.

Por lo tanto, en un escenario procesal en el que se atribuyera la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, la intervención de las acusaciones ha de entenderse como complementaria de la actuación de la Fiscalía. Es decir, el

[819] Se considera que las limitaciones o condicionantes que habría que introducir en nuestro proceso penal para el ejercicio de la acción popular excede del objeto de este trabajo. No obstante, parece claro que, al menos, debería tener la posibilidad de intervenir en delitos que afecten a bienes jurídicos protegidos de carácter general, difuso o colectivo, previa determinación de su interés legítimo. Cuestión distinta es la acción particular, que debe estar reconocida en todos los casos en los que exista una persona física o jurídica concretamente perjudicada u ofendida por el hecho delictivo. Se podría reconocer la condición de interesado a las asociaciones de afectados o habilitadas para la defensa y promoción de los valores colectivos lesionados por el delito. En los casos en que hubiera diversas acusaciones, se podría exigir, además, la unificación de las representaciones letradas. Todo ello sin perjuicio de los derechos y facultades reconocidos en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito (BOE nº 101, de 28 de abril), con fecha de entrada en vigor el 28 de octubre de 2015.

ejercicio de la acción penal por parte de estas acusaciones no tendría que ser entendido como derecho de acceso a la jurisdicción mediante el inicio de un proceso ante un Juez de Instrucción, sino como derecho a colaborar con el Ministerio Fiscal para acceder, si procede, a la jurisdicción a través de la pretensión de la apertura de juicio oral previa formulación de la acusación.

De esta manera, las acusaciones tendrían la facultad de conformar junto con el Ministerio Fiscal el objeto de la pretensión penal, en aquellos procedimientos en los que fuera procedente la intervención de aquéllas. Esta colaboración se podría manifestar mediante el derecho a aportar fuentes de prueba, así como solicitar, estar presente e intervenir en la práctica de las diligencias que se entendieran necesarias para recopilar el material necesario para poder formular (o descartar) la correspondiente pretensión. Lo que no parece razonable es que puedan condicionar la labor de la Fiscalía impugnando sistemáticamente cualquier decisión del Fiscal (como proponía el art. 128 CPP 2013), ni imponer su particular línea de investigación. En este punto conviene recordar que, a nuestro juicio, no se puede obviar que la acción penal no es un derecho para el Ministerio Fiscal, sino un deber, cuyo ejercicio ha de poder desarrollarse sin más limitaciones o condicionamientos que los derivados de los principios de legalidad e imparcialidad, a los que debe sujetar en todo caso su actuación (art. 124.2 CE).

Ahora bien, la legislación procesal debe respetar el contenido esencial del derecho de acción penal que, como ya vimos, consiste en obtener una resolución jurisdiccional motivada respecto a la pretensión formulada. En consecuencia, frente a una decisión del Ministerio Fiscal acordando el archivo de plano de una denuncia, o la denegación de una personación, las acusaciones podrían acudir a un órgano judicial, ya que no se puede ejercer la pretensión penal si no se inicia el proceso o no se admite la propia personación. Del mismo modo, frente a una discrepancia sobre las diligencias a practicar, las acusaciones particular o popular podrían acudir a un órgano judicial, ya que ello puede afectar a su facultad de conformar el objeto de la pretensión penal.

En el diseño propuesto sería el Juez de Garantías, ante quien se podría impugnar la decisión inicial de archivo de la denuncia o querella o la denegación de la personación; o bien, incoada la causa, en el trámite del "complemento de la investigación", una vez finalizada ésta, se podría valorar la pertinencia de las diligencias propuestas por las acusaciones y no acordadas por la Fiscalía. El Juez de Garantías podría determinar que el Ministerio Fiscal incoara las correspondientes diligencias de investigación, admitiera la personación, o bien que practicase las diligencias solicitadas por las acusaciones y que hubieran sido indebidamente denegadas por la Fiscalía.

De esta forma, se descarta que sea el propio Juez de Garantías el que practique las diligencias complementarias solicitadas por las partes, a modo de la *instruçao* portuguesa. Y ello, fundamentalmente, por dos motivos. En primer lugar, por la necesidad de preservar la imparcialidad del Juez de Garantías, que podría verse comprometida si tuviera que tomar ulteriores decisiones sobre práctica de nuevas diligencias; y en segundo lugar, porque ello supondría, de *facto*, una duplicidad de la investigación o instrucción penal.

Como ya se anticipó en el apartado anterior, el "complemento de la investigación" ha de hacerse, en cualquier caso, una vez que ésta haya culminado, salvo motivo de urgencia justificado (por ejemplo, en el caso de una prueba anticipada). Ello permite, por un lado, que la valoración sobre la necesidad o pertinencia de las diligencias propuestas por las partes se pueda realizar tras un análisis final conjunto de la investigación[820]; y por otro, se armonizan adecuadamente todos los intereses en juego, es decir, la eficacia y la celeridad de la investigación, junto con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, a fin de que sus pretensiones puedan ser resueltas por un órgano judicial verdaderamente imparcial, pero en el momento procesal oportuno, es decir, cuando puedan ser valoradas en su conjunto.

[820] No se puede obviar que, en la práctica, en muchas ocasiones, la necesidad o pertinencia de las diligencias de investigación depende, a su vez, de la necesidad o pertinencia de otras diligencias, de manera que sólo una visión de conjunto permite hacer una cabal valoración de la instrucción o investigación penal.

Y por supuesto, una vez culminada o complementada la fase de investigación, y previa formulación del correspondiente escrito de acusación, las partes acusadoras personadas podrían acudir al Juez de la Acusación, a fin de que éste valorara la pertinencia o no de la apertura del juicio oral. La presencia de estas acusaciones en nuestro proceso penal permite descartar algunas de las soluciones ofrecidas en el derecho comparado, como el forzamiento de la acusación (Alemania o Italia) o la instrucción judicial complementaria (Portugal).

Con todo ello, y sin merma alguna de los derechos reconocidos a las acusaciones, entendemos que su intervención puede ser compatible con la dirección de la investigación penal por parte del Ministerio Fiscal.

4.- Propuesta de esquema general de un modelo de Fiscal investigador.

La exposición de los criterios generales que justifican, a mi juicio, un cambio significativo del modelo de investigación penal en nuestro país, no podría considerarse culminada si no viene necesariamente acompañada de un esquema que contenga los principales elementos procesales que pudieran servir de base para el desarrollo de un nuevo sistema dirigido por el Ministerio Fiscal.

Para ello se han tomado como referencia algunos trabajos ya publicados por diversos autores[821] en este mismo sentido, en los que, con distinta sistemática y contenido, se coincide en la idea básica de la necesidad de modificar el modelo vigente. Así, pueden verse esquemas de este tipo en DE OÑA NAVARRO[822], FUENTES SORIANO[823], GIMENO SENDRA[824], LATORRE LATORRE[825], LOPEZ

[821] También pueden verse este tipo de esquemas en obras colectivas como: "*Hacia un nuevo proceso penal*". VVAA. Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. Madrid. 2005
[822] De Oña Navarro, Juan Manuel. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Op. cit. Págs. 237 a 240.
[823] Fuentes Soriano, Olga. "*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Op. cit. Págs. 175 a 184.
[824] Gimeno Sendra, Vicente. "*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECr de 2011*". Op. cit.
[825] Latorre Latorre, Virgilio. "*Acción popular, acción colectiva*". Págs. 198 y 199. Con cita de Ruiz Vadillo.

ORTEGA Y RODRIGUEZ FERNANDEZ[826], NARVAEZ RODRIGUEZ[827], PORTERO GARCÍA[828], o RUIZ VADILLO[829].

Como se verá, no se pretende elaborar un completo y detallado texto articulado. Más bien, el objetivo es exponer con una cierta sistematización los criterios que se han ido planteando en los apartados anteriores, a fin de ofrecer una panorámica general de los principales hitos procesales sobre los que giraría el funcionamiento del nuevo modelo propuesto.

4.1.- Inicio, contenido y finalidad de la investigación.

-La actividad de recepción de denuncias, querellas o atestados policiales, así como su registro y la correspondiente incoación, en su caso, de diligencias de investigación –que podrían, obviamente, iniciarse igualmente de oficio- se llevaría a cabo en la oficina de la Fiscalía que fuera territorial o funcionalmente competente.

-Los criterios para determinar la Fiscalía competente han de venir establecidos legalmente. Ello no debería impedir el desarrollo de otros criterios complementarios a través de las correspondientes Instrucciones de la Fiscalía General del Estado, que serían de público conocimiento. Por ejemplo, en función del tipo de delito, de la complejidad de la investigación o de su ámbito territorial, podrían designarse varias Fiscalías y/o Fiscales para el conocimiento y tramitación de una misma causa, bajo la dirección de un Fiscal coordinador de la investigación. En todo caso, el/os Fiscal/es competente/s para la investigación podría/n ser objeto de recusación, por las causas legalmente previstas, a cuyo fin se habría de comunicar a las partes su designación.

---

[826] López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio. "*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Op. cit.
[827] Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Op. cit. Págs. 139 a 162.
[828] Portero García, Luis. "*La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*". Op. cit. Págs. 108 a 111.
[829] Ruiz Vadillo, Enrique. "*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Op. cit.

-Los atestados elaborados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo serían remitidos al Ministerio Fiscal cuando hubiera un autor policialmente identificado. En todo caso, la Fiscalía podría recabar información general o particular, previamente parametrizada, sobre los atestados incoados y no remitidos, así como sobre su estado de tramitación, pudiendo ordenar su remisión inmediata a la Fiscalía.

-Las instrucciones generales que el Ministerio Fiscal dirija a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en materias propias de policía judicial, habrán de ser publicadas.

-El Ministerio Fiscal sólo podría archivar de plano una denuncia o querella si el hecho no es constitutivo de delito, o si no aparece identificado el presunto autor de los hechos. En este último caso, el archivo requerirá la previa remisión a la Policía Judicial a fin de que se proceda a la investigación del hecho.

-La decisión sobre el archivo de plano de una denuncia o querella, o sobre la solicitud de personación, podría ser impugnada ante el Juez de Garantías, previa notificación a las personas legitimadas para ello. A tal efecto, la legitimación activa vendría reconocida al ofendido o perjudicado por el hecho delictivo, así como a quien se hubiera personado –o pretendido personar- como acusación particular o popular, en los casos legalmente procedentes. El Juez de Garantías podría ordenar al Ministerio Fiscal la incoación de una investigación o la admisión de la personación. Pero en este momento inicial no habría de determinar las diligencias concretas a practicar, a fin de preservar su imparcialidad. La necesidad, pertinencia o suficiencia de las diligencias de investigación deben seguir siendo valoradas por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio del ulterior trámite del “complemento de la investigación”.

-El Fiscal encargado de la investigación habrá de practicar todas las diligencias que se consideren necesarias, pertinentes y suficientes para determinar, en su caso, si procede o no la apertura de juicio oral ante la posible constatación de la comisión de un hecho delictivo y la concurrencia de indicios contra una persona determinada. A tal efecto, habrá de practicar las diligencias que permitan valorar todas las

posibles circunstancias que tengan relevancia jurídico penal para la persona investigada, tanto favorables como desfavorables.

4.2.- Diligencias que puede practicar el Fiscal investigador y su valor probatorio.

-El Fiscal encargado de la investigación podrá ordenar la práctica de diligencias de investigación que consistan en la declaración y/o careos de testigos, recabar informes periciales y fuentes de prueba documentales, lo que debe incluir información bancaria y de registros públicos.

-El Fiscal podrá practicar por sí mismo u ordenar a la Policía Judicial que practique aquellas diligencias de investigación que, por su propia naturaleza, sean irreproducibles en el acto del juicio oral. A tal efecto, se podría realizar una inspección ocular, la recogida de muestras y/o vestigios (huellas, cabello, efectos y objetos del delito), la realización de pruebas de alcoholemia, reconocimientos en rueda o la autorización de entregas vigiladas y controladas de sustancias ilegales.

-Previa autorización del Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, el Fiscal encargado de la investigación podrá practicar por sí mismo u ordenar a la Policía Judicial que lleve a cabo materialmente una diligencia de entrada y registro; la observación o intervención de comunicaciones postales, telefónicas, audiovisuales o telemáticas; la anotación preventiva del embargo de un bien mueble o inmueble; o recabar historiales médicos personales.

-El Fiscal encargado de la investigación podrá acordar medidas de aseguramiento, personales o reales, mediante decreto motivado, en los casos en que concurra una causa justificada que pretenda garantizar la eficacia de la investigación.

A tal fin, el Fiscal podrá decretar la detención preventiva, que no podrá superar las 72 horas, transcurridas las cuales el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición del Juez de Garantías correspondiente. Del mismo modo, el Fiscal podrá acordar la intervención temporal de un vehículo o la retirada de un pasaporte,

sin perjuicio de que esta decisión deba ser ratificada por el Juez de Garantías en el plazo que se determine legalmente.

La detención policial no podrá superar las 48 horas, transcurridas las cuales el detenido habrá de ser puesto en libertad o a disposición del Fiscal encargado de la investigación quien, a su vez, podrá poner el detenido a disposición del Juez de Garantías en el plazo máximo de las 24 horas siguientes. La puesta a disposición del Juez de Garantías sólo podrá hacerse a instancias del Fiscal encargado de la investigación. En ningún caso una detención no judicial podrá superar las 72 horas.

-Las diligencias practicadas por el Fiscal gozarán de presunción de autenticidad, es decir, sobre la realidad del hecho mismo de la diligencia practicada (por ejemplo, la declaración de un testigo) y de lo que se haga constar en la documentación correspondiente (siguiendo con el ejemplo, lo declarado por ese testigo). Las diligencias practicadas por orden del Fiscal habrán de ser debidamente documentadas por quienes las hubieran realizado.

-Las diligencias practicadas durante la fase de investigación sólo podrán tener valor probatorio si se reproducen o ratifican en el acto del juicio oral, a fin de que el Juez o Tribunal pueda formar su convicción, conforme a los principios de inmediación, oralidad, concentración y libre valoración de la prueba.

4.3.- Los actos necesariamente jurisdiccionales.

-Prueba personal anticipada. Se habrá de practicar necesariamente en presencia del Juez de Garantías, previa autorización del mismo, a instancia de cualquiera de las partes, y en presencia de todas ellas, incluyendo al imputado debidamente asistido de su letrado, siempre que se justifique una alta probabilidad de que no se pueda practicar en el acto del juicio oral (por ejemplo, la declaración de un testigo en quien concurra riesgo de fallecimiento, o contra el que se haya dictado orden de expulsión del territorio nacional), o en los casos en que sea desaconsejable tal declaración en la vista (por ejemplo, en los casos de menores o discapaces que

sean víctimas de delitos de naturaleza sexual). Esta prueba habrá de documentarse en soporte audiovisual, a fin de que pueda ser reproducida en el acto de la vista oral.

-Diligencias de investigación que afecten al contenido esencial de un derecho fundamental. Se habrá de recabar necesariamente la autorización previa del Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, para la práctica de diligencias de investigación tales como: la entrada y registro no consentidos en un domicilio; la observación o intervención de comunicaciones postales, telefónicas, audiovisuales o telemáticas; la recogida no voluntaria de muestras biológicas para la realización de pruebas de identificación mediante ADN; o el acceso no consentido a historiales médicos privados.

-Medidas cautelares de carácter personal. El Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, y previa audiencia a las partes, será el competente para acordar la prisión preventiva, la fijación de una fianza u obligaciones de comparecencia personal, o la retirada del pasaporte.

-Medidas cautelares de carácter real. El Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, y previa audiencia a las partes, será el competente para acordar, entre otras, la medida cautelar de embargo preventivo de bienes muebles o inmuebles o el bloqueo de cuentas corrientes o instrumentos financieros similares. En caso de urgente necesidad, esta medida podrá ser acordada por el Fiscal encargado de la investigación, sin perjuicio de que esta decisión deba ser ratificada por el Juez de Garantías en el plazo que se determine legalmente

-Medidas de aseguramiento de la investigación. El Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, podrá acordar el secreto de la investigación así como las sucesivas prórrogas, en los casos y con los requisitos y límites que se determinen legalmente.

-Medidas de protección de fuentes de prueba. El Juez de Garantía, a instancias del Ministerio Fiscal, podrá acordar la adopción de medidas de protección de testigos y peritos. En caso de urgente necesidad, esta medida podrá ser acordada por el Fiscal encargado de la investigación, sin perjuicio de que esta decisión deba ser ratificada por el Juez de Garantías en el plazo que se determine legalmente.

-Medidas de control de la investigación. El Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal, y previa audiencia a las partes, podrá acordar la prórroga de la duración máxima de la investigación, en los casos y con los requisitos y límites que se establecieran legalmente.

4.4.- La intervención de las partes.

-Previa valoración de la verosimilitud de la denuncia o querella, y tan pronto como existan indicios racionales de la posible comisión de un hecho constitutivo de infracción penal que sea atribuible a una persona concreta y determinada, procederá su citación ante la Fiscalía para tomarle declaración, con asistencia letrada, a fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa. La única excepción vendría determinada por la necesidad de salvaguardar la eficacia de la investigación, a cuyo fin sería necesario recabar previamente la pertinente autorización para la declaración del secreto de la investigación por parte del Juez de Garantías, a instancias del Ministerio Fiscal.

-El ejercicio del derecho de defensa comprendería las facultades de aportar fuentes de prueba, así como solicitar, estar presente e intervenir en la práctica de las diligencias de investigación, siempre que ello fuera posible por su propia naturaleza o porque no concurran motivos de urgencia. En todo caso, el derecho de defensa implicaría el derecho a ser informado de los hechos que se atribuyan así como de cualquier cambio relevante en el objeto de la investigación y de los hechos imputados. La defensa podrá tener acceso a todo lo actuado, incluso antes de la toma de declaración policial, fiscal o judicial; y del mismo modo, tendrá derecho a formular las alegaciones que estime pertinentes durante la fase de investigación.

-Desde el momento de la admisión a trámite de una denuncia o querella, y previa notificación a la persona que aparezca como ofendida o perjudicada por el hecho delictivo, se podría/n personar la/s acusación/es particular/es, previo el ofrecimiento de acciones correspondiente, sin perjuicio de los derechos reconocidos a la víctima del delito por el mero hecho de serlo. La/s acusación/es popular/es podría/n personarse en los casos en que legalmente se determine.

-Las partes acusadoras tendrían las mismas facultades que la defensa de la persona investigada.

4.5.- El complemento de la investigación.

-Una vez que el Fiscal considere finalizada la investigación, lo pondría en conocimiento de todas las partes personadas, quienes tendrían un plazo legalmente previsto para solicitar del Juez de Garantías el "complemento de la investigación", es decir, que éste autorice o acuerde las diligencias propuestas y, en su caso, no admitidas indebidamente por el Fiscal encargado de la investigación.

-El Juez de Garantías, en este trámite, ha de valorar la pertinencia y/o suficiencia del material probatorio recopilado durante la fase de investigación, ponderando ésta en su conjunto, debiendo acordar aquellas diligencias que, de forma ineludible, hayan de ser practicadas antes del juicio oral.

-Las diligencias complementarias acordadas por el Juez de Garantías habrán de ser practicadas por el Fiscal encargado de la investigación.

4.6.- La conclusión de la investigación.

-Una vez finalizada o complementada la investigación, el Ministerio Fiscal acordará el archivo del procedimiento o formulará su escrito de acusación. La decisión que adopte será comunicada a todas las partes.

-El archivo habrá de ser acordado mediante un decreto suficientemente motivado, en el que se expresen los hechos que han sido objeto de investigación y las razones de legalidad o insuficiencia de prueba que justifican que no proceda solicitar la apertura de juicio oral.

-El archivo decretado por el Ministerio Fiscal no impedirá que las partes acusadoras puedan formular su escrito de acusación.

-El escrito de acusación, en todos los casos, tendría que contener una relación detallada de los hechos, de su calificación jurídica, de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, así como de la pena o medida de seguridad solicitada. Del mismo modo, habrá de contener las fuentes de prueba propuestas para ser practicadas en la vista, así como una sucinta e individualizada motivación sobre la legalidad y suficiencia de las mismas que justificaría, en su caso, la apertura del juicio oral contra la persona acusada.

-Una vez formulado algún escrito de acusación, se dará traslado a la defensa, para que pueda mostrar su conformidad o impugnarlo mediante la presentación de un escrito de defensa, en el plazo que se determine legalmente. La defensa podrá renunciar al juicio de acusación.

-En el escrito de defensa se habrán de formular todas las excepciones procesales u objeciones de legalidad y/o suficiencia de la prueba, mediante las correspondientes peticiones de nulidad o archivo de la causa. Sólo se podrán formular este tipo de alegaciones en el acto de la vista oral en los casos de hechos o incidencias procesales sucedidos con posterioridad al momento de formular el escrito de defensa, o por hechos que no hubieran podido ser conocidos antes de ese trámite.

-Una vez que todas las partes hayan formulado sus respectivos escritos, la Fiscalía remitirá testimonio de todo lo actuado, así como de los soportes audiovisuales y/o documentales y piezas de convicción, al Juez competente para asumir el "juicio de acusación", salvo que la defensa hubiera renunciado a este trámite, en cuyo caso la remisión se hará al órgano competente para el enjuiciamiento.

4.7.- El juicio de acusación.

-Una vez recibidos los testimonios de la Fiscalía, el Juez de la Acusación podrá convocar una vista, si lo considera procedente o si lo solicita alguna de las partes. A la vista habrán de ser convocadas todas las partes, hayan formulado o no acusación. En todo caso, será obligatoria la presencia del Ministerio Fiscal y del acusado, con su defensa letrada.

-El Juez de la Acusación, tras la audiencia a las partes, o a la vista de sus respectivos escritos, habrá de valorar la legalidad y/o suficiencia del material probatorio necesario para acordar o no, en su caso, la apertura del juicio oral.

-La apertura del juicio oral será acordada en los casos en que exista un principio de prueba que permita ponderar razonablemente la probabilidad de que se haya cometido un hecho delictivo y de que la persona acusada sea la autora del mismo.

-Si el Juez considera que los hechos no son constitutivos de delito, o que no existen indicios suficientes de la comisión de un hecho delictivo o de la autoría del mismo, se procederá al archivo de la causa. Si el archivo se hubiera acordado por insuficiencia indiciaria de la comisión de un hecho o de su posible autor, el Juez de la Acusación sólo podrá autorizar la reapertura de la investigación, a instancia del Ministerio Fiscal, en aquellos supuestos en que aparezcan hechos o circunstancias cuyo conocimiento sobrevenido justifique el ejercicio de la acción penal.

-El Juez de la Acusación habrá de declarar, expresa y motivadamente, la nulidad o ineficacia de una fuente de prueba. En el caso de que, no obstante lo anterior, se

acuerde la apertura del juicio oral, no se podrá reiterar la petición de nulidad o ineficacia de una fuente de prueba ante el órgano de enjuiciamiento, salvo que se trate de hechos o incidencias procesales sucedidos con posterioridad al juicio de acusación o que no hubieran podido ser conocidos antes de este trámite.

-Una vez acordada la apertura del juicio oral, el Juez de la Acusación remitirá testimonio de todo lo actuado, así como de los soportes audiovisuales y/o documentales y piezas de convicción, al Juzgado o Tribunal competente para el enjuiciamiento.

CONCLUSIONES

1.- El proceso penal vive en una apariencia de crisis permanente que, en realidad, ha de ser observada como el paradigma de la tensión existente entre los principios de libertad y seguridad, es decir, como la evolución natural de algunos de los elementos que estructuran cualquier organización social que, como tal, se encuentra en un continuo estado de transformación. En ese sentido, el indudable avance que, en su contexto histórico, supuso el modelo de proceso penal acusatorio formal o mixto instaurado por la LECrim de 1882, no puede ocultar la necesidad de revisar el sistema actualmente vigente que, sustancialmente basado en el esquema social y jurídico de finales del siglo XIX, nada tiene que ver con la realidad del siglo XXI.

Durante la segunda mitad del siglo XX se produjo una progresiva evolución de los procesos penales en los países de nuestro entorno más cercano, derivada de la consagración en los tratados internacionales y en los textos constitucionales de los principios de carácter procesal, como elementos de un sistema de garantías que promueve la protección efectiva de los derechos fundamentales. De esta forma, se introdujeron modelos típicamente acusatorios en los que la fase de investigación penal se atribuyó al Ministerio Fiscal, bajo el control de un Juez de Garantías. La idea central que subyacía, dejando a salvo los distintos matices diferenciadores, era común a todos ellos: la necesidad de establecer límites y contrapesos a los poderes y facultades de los distintos intervinientes en el proceso.

En nuestro país, esta evolución en el reconocimiento de las garantías procesales tuvo su reflejo en la aprobación de la CE de 1978. Sin embargo, el proceso penal español no ha superado algunas de las características inquisitivas que todavía hoy perduran en nuestro sistema, fuertemente condicionado por una figura peculiar, que no tiene correspondencia con otros modelos: el Juez de Instrucción.

2.- La naturaleza de las actuaciones practicadas en la fase de instrucción no determina necesariamente que su dirección haya de ser atribuida a un órgano jurisdiccional. En esta fase se practican diligencias de muy diversa significación, y

no todos ellas requieren, en puridad, que sean *practicadas por* un Juez sino, en su caso, *autorizadas por* un Juez y bajo control judicial (medidas limitativas de derechos fundamentales o medidas cautelares) o *celebradas ante* un Juez (en el supuesto de la prueba anticipada). En tal sentido, afirmar el carácter jurisdiccional de la instrucción penal supone confundir el órgano encargado legalmente de practicar una diligencia con la naturaleza propia de la misma. Por ello, se debe superar la controversia sobre el carácter jurisdiccional o administrativo de la fase de instrucción, para afirmar su naturaleza mixta o compleja, siempre en el marco o como fase de un proceso.

3.- La atribución al Juez de Instrucción de la dirección de la investigación penal ha determinado un progresivo desenfoque del concepto y la finalidad de esta fase del proceso. La reiteración de las diligencias practicadas en la fase de instrucción, y la consiguiente exhaustividad en su tramitación, viene motivada por una impropia relevancia del valor probatorio de lo actuado en esta fase, derivado de su carácter jurisdiccional. Sin embargo, el objetivo de la instrucción no consiste en probar unos hechos, sino en valorar si concurren indicios válidos y suficientes de la comisión de un hecho delictivo y de su posible autor, a fin de tomar una ulterior decisión sobre si procede o no la apertura de juicio oral.

4.- Se considera que el diseño vigente de instrucción penal es particularmente ineficiente, lo que se concreta en una excesiva burocratización motivada por la obligatoriedad de incoar un procedimiento respecto de cualquier hecho que revista una apariencia delictiva, aunque no exista un mínimo indicio sobre su autoría; así como en una notoria litigiosidad generada por la amplitud del régimen de recursos establecido legalmente.

Además, el sistema es ineficaz desde la perspectiva de la persecución de la criminalidad organizada, compleja, especializada o territorialmente difusa, para la que la tradicional estructura judicial no ofrece una adecuada respuesta.

5.- La principal objeción que puede hacerse al sistema actualmente vigente en nuestro país es que se trata de un modelo que no responde a los parámetros del derecho a un proceso con todas las garantías, y señaladamente, el derecho a un juez imparcial, en su vertiente objetiva.

La definición clásica de imparcialidad, centrada en la idea de que “el Juez que instruye no puede fallar”, no puede colmar las exigencias garantistas derivadas de la necesaria vigencia de este principio en la propia fase de instrucción. La regulación funcional de la figura del Juez de Instrucción le coloca, objetivamente, en la posición de sujeto y objeto del proceso, porque le corresponde la dirección de una investigación y, al mismo tiempo, su control. La capacidad para adoptar decisiones que, inevitablemente, implican una previa valoración de la adecuación jurídica de las actuaciones anteriormente desarrolladas por quien, precisamente, debe hacer esa valoración, puede generar en el sujeto pasivo del proceso la percepción fundada de que esa valoración está condicionada por una previa toma de partido, basada en el contacto directo con las fuentes de prueba.

Esta disfunción se pone de manifiesto no sólo en la posible adopción -de oficio- de algunas medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, cuyo control ulterior a través del sistema de recursos se configura como parcial, tardío y difuso. En realidad, la relevancia de esta deficiencia es estructural, y consiste en la actual carencia de un verdadero “juicio de acusación”, es decir, de una decisión judicial que valore la concurrencia o no de material probatorio válido y suficiente para decidir sobre la apertura de juicio oral, desde una posición de real y efectiva imparcialidad.

6.- En el modelo que ahora se propone, la figura del Fiscal investigador permite superar las deficiencias expuestas, ya que se ajusta más adecuadamente a la naturaleza y finalidad de la instrucción penal. Así, se mantiene el carácter público, oficial y sumario de la investigación, evitando la reiteración de diligencias que, como tales, no tienen valor probatorio alguno, sino que se configuran como fuentes de

prueba, de manera que el juicio oral puede recuperar su carácter de elemento central del proceso penal.

Por otro lado, la flexibilidad organizativa del Ministerio Fiscal permite la creación de equipos de trabajo especializados, que desempeñen su labor bajo criterios uniformes de actuación que puedan ser aplicados de manera coordinada en diversos territorios, ofreciendo así una respuesta más eficaz frente a la delincuencia del siglo XXI.

Finalmente, la figura del Fiscal investigador, además de adecuarse a los modelos procesales de derecho comparado, se corresponde con el diseño funcional que se deriva del texto constitucional, promoviendo la acción de la Justicia bajo los principios de legalidad e imparcialidad (art. 124.2 CE), y reservando para la función judicial las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en garantía de cualquier derecho (art. 117, apartados 3 y 4, CE)

7.- La atribución de la investigación penal al Ministerio Fiscal no ha de suponer merma alguna para las garantías de la persona investigada, ya que el derecho a la defensa viene consagrado en el art. 24.2 CE como un derecho fundamental, cuyo contenido esencial no puede verse condicionado por el modelo de investigación criminal. Para ello, la persona investigada podrá ejercer su derecho a la defensa desde el primer momento en que sea procedente, pudiendo aportar fuentes de prueba y proponer diligencias de investigación e intervenir en la práctica de las mismas. Pero además, el modelo ahora propuesto presenta, con respecto al sistema actualmente vigente, una ventaja esencial desde el plano de las garantías constitucionales: la investigación penal va a estar controlada por un órgano judicial verdaderamente imparcial.

8.- El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de la acusación particular (art. 24.1 CE), y el reconocimiento expreso de la posibilidad del ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) impiden, a nuestro juicio, que las acusaciones

puedan quedar al margen de una fase esencial del proceso como es la propia investigación penal.

Sin embargo, se trata de derechos de configuración legal, cuyo ejercicio puede venir modulado por la presencia de un interés público superior en la persecución de las infracciones penales. Por lo tanto, el derecho de acción penal no tiene por qué suponer necesariamente la intervención plena y directa de las acusaciones particular o popular en todo tipo de investigaciones. En primer lugar, porque cabe la posibilidad de limitar el ejercicio de la acción popular para determinados tipos de delitos (aquellos en los que pueda entenderse que existe un bien jurídico protegido de carácter público o colectivo). En segundo lugar, porque el ejercicio de la acción particular sólo puede venir justificado por la existencia de un concreto perjudicado u ofendido por la infracción penal. Y en tercer lugar, porque la CE no exige que el ejercicio de este tipo de acciones venga configurado en absoluta igualdad de condiciones que el Ministerio Fiscal.

En consecuencia, el ejercicio de la acción penal por las acusaciones particular o popular podría ser compatible con la dirección de la investigación por parte del Ministerio Fiscal, pero no necesariamente han de tener la potestad de imponer su particular línea de investigación, ya que no se puede obviar que la acción penal no es un derecho para el Ministerio Fiscal, sino un deber, cuyo ejercido ha de poder desarrollarse sin más limitaciones o condicionamientos que los derivados de los principios de legalidad e imparcialidad, a los que debe sujetar en todo caso su actuación (art. 124.2 CE).

Ahora bien, la legislación procesal debe respetar el contenido esencial del derecho de acción penal, que consiste en obtener una resolución judicial motivada frente a una pretensión, como expresión del derecho a la tutela judicial efectiva. Y en el ámbito del proceso penal, la pretensión se ejercita a través del escrito de acusación que, una vez admitido por un órgano judicial, delimita el objeto del proceso, conformado por los hechos, sujetos, calificación jurídica y petición de consecuencia jurídica. De esta manera, el ejercicio de la acción particular y popular consistiría en

la facultad de conformar junto con el Ministerio Fiscal el objeto de la pretensión penal, en aquellos procedimientos en los que fuera procedente la intervención de estas acusaciones.

En todo caso, las decisiones del Ministerio Fiscal que pudieran afectar al contenido esencial de ese derecho estarían sometidas a un control ulterior de un órgano judicial objetivamente imparcial.

9.- El modelo que se propone se basa, por tanto, en la reconfiguración funcional del Juez *de* Instrucción, para convertirlo en un Juez *de la* instrucción o Juez de Garantías. Ello permite introducir una mejora sustancial en el funcionamiento del proceso penal en nuestro país: que las decisiones judiciales que afecten a la esfera de los derechos fundamentales y al juicio de acusación sean adoptadas desde una posición de imparcialidad real y efectiva, reforzando con ello el control judicial de la investigación criminal. De esta forma, el Juez queda ubicado en el papel que le corresponde, como un tercero ajeno al objeto del proceso, que ejerce sus funciones desde la necesaria distancia que supone el hecho no haber acordado ni practicado las diligencias que son el presupuesto de la decisión cuya adopción debe valorar.

Sentado lo anterior, la propuesta pretende profundizar en la configuración de un modelo que garantice la imparcialidad objetiva del órgano judicial encargado de controlar la fase de investigación penal. Para ello se ha distinguido entre la naturaleza de las funciones judiciales durante la fase de obtención y conformación de las fuentes de prueba, que incluye la suficiencia de la propia investigación; y la diferente naturaleza de las funciones relativas a la valoración sobre la validez y/o legalidad de la investigación y la suficiencia de la base para decretar, en su caso, la apertura del juicio oral.

10.- En este modelo, el “Juez de Garantías” estaría encargado del control judicial sobre las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales, sobre las medidas cautelares personales o reales que afectaran a derechos como la libertad o propiedad, y sobre la práctica de prueba anticipada, además del control

judicial sobre el comienzo de la investigación, resolviendo a tal efecto sobre las impugnaciones iniciales ante el archivo indebido de la denuncia o querella, o sobre la denegación de una personación.

Pero además, el Juez de Garantías estaría encargado de controlar la suficiencia de esta fase preliminar del proceso. Para ello se ha previsto un trámite de "complemento de la investigación", que necesariamente ha de llevarse a cabo una vez que ésta haya culminado, salvo motivo de urgencia justificado (por ejemplo, en el caso de una prueba anticipada). Sólo desde una valoración de conjunto sobre las diligencias practicadas se puede adoptar una cabal decisión acerca de la legalidad y/o procedencia de las mismas, o de aquellas otras diligencias solicitadas y, en su caso, no admitidas por el Ministerio Fiscal. Con ello se armonizan adecuadamente todos los intereses en juego, es decir, la eficacia y la celeridad de la investigación, con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, a fin de que sus pretensiones puedan ser resueltas por un órgano judicial verdaderamente imparcial.

11.- El juicio de acusación no puede ser realizado por el Juez de Garantías, ya que eso supondría valorar la validez y/o suficiencia de su propia actuación.

En la propuesta que se formula, una vez culminada y/o complementada la investigación, y presentados, en su caso, los escritos de acusación, será un órgano judicial diferente, denominado "Juez de la Acusación", el que, sin haber tomado parte en la investigación ni integrarse en el órgano de enjuiciamiento, valore con imparcialidad objetiva la suficiencia de la prueba desde el previo examen de su validez, a fin de adoptar una decisión fundada sobre la procedencia o no de la apertura del juicio oral. De este modo se posibilita, a su vez, que el órgano enjuiciador pueda ejercer su labor de forma igualmente imparcial, es decir, sin tener que tomar decisión alguna previa sobre el material probatorio que debe ser objeto de su análisis y valoración en el acto del juicio oral.

En definitiva, a nuestro juicio, el modelo que se propone supondría un avance en la consolidación de los principios esenciales del proceso debido, permitiendo conjugar

de forma adecuada dos elementos que no pueden ser considerados como antagónicos, sino complementarios: la eficacia y las garantías.

BIBLIOGRAFIA

-Alamillo Canillas, Fernando. "*El Ministerio Fiscal español (su organización y funcionamiento*)". Ed. Colex. Madrid. 1990.

-Almagro Nosete, José. Con Saavedra Gallo, Pablo. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008.

-Andrés Ibáñez, Perfecto:

> -"*El Ministerio Fiscal entre <viejo> y <nuevo> proceso*", en "La reforma del proceso penal". VVAA. Ed. Tecnos. Madrid. 1990.
>
> -"*Entre política y derecho: el estatuto del actor público en el proceso penal*" Cuadernos de Derecho Judicial. nº 28. 1995. Consejo General del Poder Judicial. 1995.
>
> -"*El Fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

-Aragoneses Martínez, Sara. En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2007

-Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Angel José. "*La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*". Ed. Lex Nova. Valladolid. 2008.

-Araque Izaguirre, Tania. "*Acusación particular y protección de intereses de grupo en el proceso penal*". Revista Diario La Ley. nº 6621. 3 de enero de 2007.

-Armenta Deu, Teresa. "*Principio acusatorio y Derecho Penal*". Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona. J.M. Bosch Editor. Barcelona. 1995.

-Asencio Mellado, José María:

> -"*Principio acusatorio y derecho de defensa*". Ed. Trivium. Madrid. 1991.
>
> -"*El imputado en el proceso penal español*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 29. 1993. Consejo General del Poder Judicial. 1993.
>
> -"*Derecho procesal penal*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.
>
> -"*La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales*". Revista Diario La Ley. nº 8009. 25 de enero de 2013.
>
> -"*Otra vez sobre la exclusión de las pruebas ilícitas en fase de instrucción penal (Respuesta al Prof. Gimeno Sendra)*". Revista Diario La Ley. nº 8026. 19 de febrero de 2013.

-Asencio Mellado, José María y Fuentes Soriano, Olga (Coord.). "*Nuevos retos de la Justicia Penal*". Ed. La Ley. Madrid. 2008.

-Badie, Francois. "*El Ministerio Público francés*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-Bernal Valls, Jesús. "*La fase previa del proceso penal. Acotaciones de derecho comparado*". Revista del Ministerio Fiscal. Número 12. 2004. Ministerio de Justicia. Madrid. 2004.

-Bracaccio, Antonio. "*La Procuraduría General ante la Corte Suprema de Casación: falta de funciones de investigación*". En "*El Poder Judicial en Europa*". Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Ponencias. Tomo II. Madrid. 1989.

-Burgos Ladrón de Guevara, Juan:

-"*El Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Ed. Civitas. Madrid. 1990.

-"*La reforma del proceso penal: por un modelo contradictorio*". Revista Diario La Ley. nº 7548. 17 de enero de 2011.

-"*La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la LECR de 27 de julio de 2011*". Revista Diario La Ley. nº 7939. 8 de octubre de 2012.

-Calvo Sánchez, María del Carmen. "*La reforma del proceso penal*". Revista del Poder Judicial. nº 17. 1990. Consejo General del Poder Judicial. 1990.

-Castresana Fernández, Carlos. "*Corrupción, globalización y delincuencia organizada*". En "La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar". VVAA. Coord: Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo. Ed. Ratio Legis. Salamanca. 2004.

-Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel. "*El derecho de defensa, su ejercicio y el derecho a la asistencia letrada en el proceso penal*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.

-Crespo Barquero, Pedro. "*Las garantías en la instrucción por el Fiscal (un intento de aproximación crítica a la posición y el papel del Ministerio Fiscal en la implantación del sistema acusatorio)*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998.

-"*Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA (Coord: Nicolás González-Cuéllar Serrano). I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-D'Alterio, Armando. "*El <Pubblico Ministero Italiano>: configuración constitucional, organización, funciones, especial referencia a la dirección nacional antimafia. Perspectivas de reforma*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-Damián Moreno, Juan. *"¿Qué queremos cuando pedimos que instruya el Ministerio Fiscal?"*. Revista Diario La Ley. nº 7032. 13 de octubre de 2008.

-De Diego Díez, Luis Alfredo. "*El derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley*". Ed. Tecnos. Madrid. 1998.

-De La Oliva Santos, Andrés:

-"*Jueces imparciales, Fiscales "investigadores" y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*". Promociones y publicaciones universitarias. Barcelona. 1988.

-"*Derecho procesal penal*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2007.

-De Mendizábal Allende, Rafael. "*La posición procesal del Ministerio Fiscal en la fase de investigación del proceso penal: de órgano inspector de la formación del sumario a órgano de investigación. Su marco procesal. Presente y futuro*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. IV-1999. Ministerio de Justicia. Madrid. 1999.

-De Oña Navarro, Juan Manuel. "*Investigación e instrucción en el proceso penal. La posición del Fiscal*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-De Otto, Ignacio. "*Estudios sobre el Poder Judicial*". Ministerio de Justicia. Madrid. 1989.

-De Ramón Fors, Ignacio. "*La impugnación de los actos del Ministerio Fiscal*". Revista Diario La Ley. nº 7433. 28 de junio de 2010.

-De Urbano Castrillo, Eduardo. "*Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro*". En "*El juez de instrucción y el juez de garantías: posibles alternativas*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002

-Del Moral García, Antonio. "*El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto Orgánico*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008.

-Di Federico, Giuseppe. "*La independencia del Ministerio Fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada*". Revista del Poder Judicial. nº 48. 1997. Consejo General del Poder Judicial. 1997.

-Díaz Maroto y Villarejo, Julio. "*Dilaciones indebidas en el proceso penal y responsabilidad civil del Estado*". Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Número I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.

-Díez-Picazo, Luis María. "*Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

-Escobar Jiménez, Rafael. "*Aspectos de la fase intermedia del procedimiento abreviado*". Revista Diario La Ley. nº 5967. 3 de marzo de 2004.

-Espina Ramos, Jorge Angel. "*La instrucción por el Ministerio Fiscal: la reforma eternamente pendiente*". En "La reforma de la Justicia Penal". VVAA. Coord. por Arangüena Fanego, Coral y Sanz Morán, Angel José. Lex Nova Editorial. Valladolid. 2008

-Flores Prada, Ignacio. "*Poder de acusar y modelos de Ministerio Público en derecho comparado. El Ministerio Público en Italia*". Ponencia en curso de Formación Continuada del Ministerio Fiscal sobre Sistemas de acusación de los Ministerios Públicos. Abril de 2013. Disponible en formato pdf en la página web de la Fiscalía General del Estado (www.fiscal.es). Sección Documentos, Ponencias Formación Continuada, Sistemas de acusación de los Ministerios Públicos.

-Fuentes Soriano, Olga. "*La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008.

-Garberí Llobregat, José:

-"*El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley*". Jurisdicción y competencia penal. Colección Cuadernos del Poder Judicial. CGPJ. Madrid. 1996. T VI.

-*"¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente"*. Revista Diario La Ley. nº 6799. 15 de octubre de 2007.

-Gimeno Sendra, Vicente:

-*"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-"*Constitución y Proceso*". Ed. Tecnos. Madrid. 1988.

-"*El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*". Revista del Poder Judicial. nº 1. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.

-"*Las partes acusadoras*", en "El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988". VVAA. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 1989.

-"*El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional*". Revista del Poder Judicial. nº 6. 1989. Consejo General del Poder Judicial. 1989.

-"*La acusación popular*". Revista del Poder Jugicial. Nº 31. 1993. Consejo General del Poder Judicial. 1993.

-"*El control de los jueces por la sociedad".* Revista del Poder Judicial. nº 48. 1997. Consejo General del Poder Judicial. 1997.

-"*Hacia un nuevo modelo de proceso penal*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Ed. La Ley. Madrid. 2008.

-"*La doctrina del Tribunal Supremo sobre la acusación popular: los casos Botín y Atutxa*". Revista Diario La Ley. nº 6970. 18 de junio de 2008.

-"*El régimen de intervención de las partes privadas en el anteproyecto de LECr de 2011*". Revista Diario La Ley. nº 7738. 17 de noviembre de 2011.

-"*Derecho Procesal Penal*". Ed. Civitas. Navarra. 2012.

-"*Corrupción y propuestas de reforma".* Revista Diario La Ley. nº 7990. 26 de diciembre de 2012.

-"*La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)".* Revista Diario La Ley. nº 8021. 12 de febrero de 2013.

-"La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación a la réplica del Prof. Asencio)". Revista Diario La Ley. nº 8027. 20 de febrero de 2013.

-Gomes Ferreira, Joana. "*El Ministerio Público portugués*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-Gómez Colomer, Juan Luis:

-"*El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*". Ed. Bosch. Barcelona. 1985.

-"*Acción particular, acción popular y sobrecarga de la administración de justicia penal*". Revista del Poder Judicial. nº 8. 1987. Consejo General del Poder Judicial. 1987.

-"*La instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: aspectos estructurales a la luz del Derecho Comparado*". Revista del Ministerio Fiscal. nº 4. Ministerio de Justicia. Madrid. 1997.

-"*El modelo alemán del Ministerio Público: aspectos organizativos y funcionales*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. IV-1999. Ministerio de Justicia. Madrid. 1999.

-"*El debate acerca del quién de la investigación a la luz de la experiencia y el modelo procesal alemán*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-"*El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

-"*Soluciones alternativas al proceso penal: reforma ante el fracaso de la Justicia*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. I-2002. Ministerio de Justicia. Madrid. 2002.

-"*Derecho Jurisdiccional*". Con Montero Aroca, Juan; y Barona Villar, Silvia. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

-"*El difícil encaje del Fiscal instructor adversarial en la tradición y sistema de enjuiciamiento criminal español vigente*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". VVAA. (Coord: Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo). Ed. Colex. Madrid. 2015.

-Gómez de Liaño Polo, J. Carlos. "*Los recursos en la instrucción penal*". Ed. Forum. Oviedo. 1997.

-Gómez del Castillo Gómez, Manuel. En Almagro Nosete, José y Saavedra Gallo, Pablo. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008

-Gómez-Escolar Mazuela, Pablo. "*El fiscal instructor: la experiencia portuguesa*". Revista del Poder Judicial. nº 33. 1994. Consejo General del Poder Judicial. 1994.

-Gómez Orbaneja, Emilio:

-"*Comentarios a la ley de enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882: con la legislación orgánica y procesal complementaria*". Ed. Bosch. Barcelona. 1951.

-"Derecho procesal penal". Con Herce Quemada, Vicente. Ed. S.N. (Artes Gráficas). Madrid. 1987.

-González-Cuéllar García, Antonio. "*Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". En obra colectiva del mismo título. VVAA (Coord: Nicolás González-Cuéllar Serrano). I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-González-Cuéllar Serrano, Nicolás. "*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*". Ed. Colex. Madrid. 1990.

-Herrero-Tejedor Algar, Fernando. "*La reforma del Ministerio Fiscal*". Ed. Colex. Madrid. 2003.

-Hinojosa Segovia, Rafael. En De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2007.

-Izaguirre Guerricagoitia, Jesús María:

-"*La investigación preliminar del Ministerio Fiscal. La intervención de las partes en la misma*". Ed. Aranzadi. Navarra. 2001.

-"*La investigación preliminar del Fiscal: aprendamos de la experiencia*". Revista Diario La Ley. nº 7122. 25 de febrero de 2009.

-Jiménez-Villarejo Fernández, Francisco. "*Por un estatuto de magistrado común para jueces y fiscales*". Revista Diario La Ley. nº 7846. 26 de abril de 2012.

-Lacoste, Gracieuse. "*Sistema procesal francés*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

-Lacueva Bertolacci, Rodrigo. "*Alguna propuesta para el éxito de la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal".* Revista Diario La Ley. nº 7513. 19 de noviembre de 2010.

-Latorre Latorre, Virgilio. "*Acción popular, acción colectiva*". Ed. Civitas. Madrid. 2000.

-López Barja de Quiroga, Jacobo. "*Tratado de derecho procesal penal*". 4ª Ed. Aranzadi. Navarra. 2010.

-López López, Alberto Manuel. "*Ministerio Fiscal español (principios orgánicos y funcionales*)". Ed. Colex. Madrid. 2001.

-López López, Enrique. "*El nuevo proceso penal. La investigación del Ministerio Fiscal vs. abogado defensor: el Juez encargado del control de la acción penal*". Revista Diario La Ley. nº 7987. 19 de diciembre de 2012.

-López Ortega, Juan José y Rodríguez Fernández, Ignacio:

-"*El proceso penal como sistema de garantías (I): La imparcialidad del juez en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8086. 7 de mayo de 2013.

-"*El proceso penal como sistema de garantías (II): La dirección de la investigación en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8091. 27 de mayo de 2013.

-"*El proceso penal como sistema de garantías (III): La contradicción previa al juicio en el Anteproyecto de LECR y en la propuesta de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8111. 24 de junio de 2013

-"*El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio".* Revista Diario La Ley. nº 8121. 8 de julio de 2013

-Lorca Navarrete, Antonio María:

-"*Algunas propuestas para una necesaria reforma de la LECr*". Revista Diario La Ley. nº 6057. 8 de julio de 2004.

-"*Hacia la instauración del juez de garantías en el proceso penal español y la desaparición del juez instructor*". Revista Diario La Ley. nº 7158. 21 de abril de 2009.

-"*¿Jueces instructores o jueces inquisidores?*". Revista Diario La Ley. nº 7434. 29 de junio de 2010.

-"*La inconstitucionalidad de la instrucción sumarial penal".* Revista Diario La Ley. nº 7831. 3 de abril de 2012.

-Magro Servet, Vicente:

-"*La unificación de criterios: una anhelada aspiración*". Revista Diario La Ley. Nº 6458. 7 de abril de 2006.

-"*Una apuesta por la creación de los Juzgados contra la delincuencia organizada*". Revista Diario La Ley. nº 6843. 18 de diciembre de 2007.

-Marchena Gómez, Manuel:

-"*El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*". Ed. Marcial Pons. Madrid. 1992.

-"*Proceso penal y nuevas tecnologías: las razones de una inaplazable reforma*". En "Fernando Herrero-Tejedor Algar. *Liber Amicorum*". VVAA. (Coord: Antonio del Moral García y Jaime Moreno Verdejo). Ed. Colex. Madrid. 2015.

-Mateos Rodríguez-Arias, Antonio. "*El ministerio público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la policía judicial*". Revista del Poder Judicial. nº 34. 1994. Consejo General del Poder Judicial. 1994.

-Montañés Pardo, Miguel Angel. "*El derecho al juez imparcial en el proceso penal*". Estudios del Ministerio Fiscal. Cursos de Formación. Número I-1994. Ministerio de Justicia. Madrid. 1995.

-Montero Aroca, Juan:

-"*Tutela judicial y derecho al recurso en el proceso penal*". Revista del Ministerio Fiscal. número 4. 1997. Ministerio de Justicia. Madrid. 1997.

-"Investigación e instrucción en el proceso penal. A favor del imperio de la ley y de las garantías de las partes en la preparación y en la evitación del juicio oral". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

-"*Derecho Jurisdiccional*". Con Gómez Colomer, Juan Luis; y Barona Villar, Silvia. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

-Montón Redondo, Alberto. Con Montero Aroca, Juan: Gómez Colomer, Juan Luis; y Barona Villar, Silvia. "*Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. 2009.

-Moraes Rocha, Joao Luis de; y Conde Correia, Joao. "*Sistema de procedimiento penal portugués*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

-Moreno Catena, Víctor:

-*"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-"*Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1997. Ministerio de Justicia. Madrid. 1997.

-"*El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma".* Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

-"*El papel del Juez y del Fiscal durante la investigación del delito*". "Hacia un nuevo proceso penal". Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. 2005.

-"*El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos*". Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

-"*La necesidad de un nuevo modelo de instrucción*". En Nuevos retos de la Justicia Penal. Editorial La Ley. Madrid. 2008.

-Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Derecho procesal penal*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.

-Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín. "*Introducción al derecho procesal penal*". Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2008.

-Martín y Martín, José Antonio. "*La instrucción penal*". 2ª Ed. Marcial Pons. Madrid. 2004.

-Narváez Rodríguez, Antonio. "*La investigación penal por el Ministerio Fiscal: argumentos a favor*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998

-Nicastro, Gian Maria. "*Sistema procesal italiano*". Cuadernos de Derecho Judicial. nº 4. 2002. Consejo General del Poder Judicial. 2002.

-Nieto García, Alejandro. "El desgobierno judicial". Ed. Trotta. Madrid. 2004.

-Ortego Pérez, Francisco:

-"*El juicio de acusación y la proyectada reforma del enjuiciamiento criminal*", Revista Poder Judicial, nº 69. Primer trimestre 2003. CGPJ. Madrid. 2003.

-"*Reflexiones sobre el "juicio de acusación" y la etapa intermedia del proceso penal*". Revista Diario La Ley. nº 6090. 21 de septiembre de 2004.

-"*Restricciones jurisprudenciales al ejercicio de la acción popular (un apunte crítico a la controvertida "doctrina Botín"*). Revista Diario La Ley. nº 6912. 27 de marzo de 2008.

-Oromí Vall-Llonera, Susana. "*El ejercicio de la acción popular: pautas para un futura regulación legal*". Ed. Marcial Pons. Madrid. 2003.

-Osorio Acosta, Ezequiel. En Almagro Nosete, José y Saavedra Gallo, Pablo. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008

-Pedraz Penalva, Ernesto:

-"*Constitución, Jurisdicción y proceso*". Ed. Akal. Madrid. 1990.

-"*Derecho procesal penal*". Ed. Colex. Madrid. 2000.

-Pérez Benítez, Jacinto J. "*La fase intermedia del procedimiento abreviado tras la reforma operada por la LO 38/2002."* Revista Diario La Ley. nº 6433. 2 de marzo de 2006.

-Pérez Manzano, Mercedes. "*La reforma de la LECr y el fundamento del derecho a la doble instancia penal*". Revista Diario La Ley. nº 6566. 9 de octubre de 2006.

-Pérez Martell, Rosa: "*Los recursos contra las resoluciones del Juez instructor*". Ed. Marcial Pons. Madrid. 2001.

-Pérez Morales, Mónica-Galdana. "*Las reformas a la LECr vigentes desde el 4 de mayo de 2010*". Revista Diario La Ley. nº 7432. 25 de junio de 2010.

-Pinto Dos Santos, Francisco José. "*El nuevo Código de Proceso Penal portugués*". Revista Jueces para la Democracia. Información y debate. Diciembre 1988.

-Polo Rodríguez, José Javier. "*La investigación del Fiscal. Su incidencia en la instrucción de los procesos penales*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998.

-Portero García, Luis. "*La estructura del Ministerio Fiscal en la investigación e instrucción*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-1998. Ministerio de Justicia. Madrid. 1998.

-Rangel García-Zarco, Rocío. "*Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal*". Revista Diario La Ley. nº 8174. 21 de octubre de 2013.

-Rebmann, Kurt. "*El papel investigador de la oficina del Fiscal. El principio de procesamiento de delitos: actividad regulada y oportunidad*", en "El Poder Judicial en Europa". Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados miembros de la Comunidad Europera. Ponencias. Ed. CGPJ. Tomo II. Madrid. 1989.

-Riaño Brun, Iñaki. "*La instrucción criminal en el proceso penal*". Ed. Aranzadi. Navarra. 2008.

-Ritter, Andreas. "*El Ministerio Fiscal alemán: naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado*". Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal. VI-2001. Ministerio de Justicia. Madrid. 2001.

-Rodríguez Bahamonde, Rosa. En Almagro Nosete, José y Saavedra Gallo, Pablo. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008

-Rodríguez Fernández, Ricardo. "*Prueba preconstituida y prueba anticipada. Análisis jurisprudencial*". Revista Diario La Ley. Semanal 123. 2 al 8 de marzo de 2015.

-Rodríguez García, Nicolás y Contreras Alfaro, Luis. "*Criterios de flexibilización en el ejercicio y sostenimiento de la acción penal (Notas en torno al principio de oportunidad como instrumento de política criminal)*". Revista Diario La Ley. nº 6255. 18 de mayo de 2005.

-Rodríguez Ramos, Luis. "¿El Juez de Instrucción es inconstitucional?. Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 261. Navarra. 1996.

-Rodríguez Sol, Luis. "*El "Fiscal investigador" en el borrador de Código Procesal Penal de 2013: algunos aspectos problemáticos*". Revista Diario La Ley. nº 8205. 4 de diciembre de 2013.

-Rubio Eire, José Vicente. "*El sistema procesal penal italiano*". El derecho.com. 29-10-2004. Puede ser consultado en la siguiente URL:
http://www.elderecho.com/tribuna/penal/sistema_procesal_penal_italiano_11_741055002.html

-Ruiz Ruiz, Gregorio. "*El derecho al Juez ordinario en la Constitución*". Ed. Civitas. Madrid. 1991.

-Ruiz Vadillo, Enrique:

-*"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-"*La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal*". Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.

-Saavedra Gallo, Pablo. Con Almagro Nosete, José. "*El sistema de garantías procesales*". Ed. Dijusa. Madrid. 2008.

-Sanchís Crespo, Carolina. "*El Ministerio Fiscal y su actuación en el proceso penal abreviado. Especial referencia al procedimiento preliminar fiscal*". Ed. Comares. Granada. 1995.

-Tomás y Valiente, Francisco. "*Manual de Historia del Derecho español*". Ed. Tecnos. Madrid. 2004.

-Tomé García, José Antonio. Con De la Oliva Santos, Andrés y otros. "*Derecho procesal penal*". Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 2007.

-Varela Castro, Luciano. "*El juicio sobre la acusación*". En "Hacia un nuevo proceso penal". VVAA. Manuales de Formación Continuada. Nº 32/2005. CGPJ. Madrid. 2005

-Vázquez Sotelo, José Luis. *"Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal*". VVAA. I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1988.

-Vives Antón, Tomás Salvador:

-“*Doctrina constitucional y reforma del proceso penal*” Revista del Poder Judicial. nº 2. 1988. Consejo General del Poder Judicial. 1988.

-“Sobre la imparcialidad del Juez y la dirección de la investigación oficial del delito”. Revista Teoría & Derecho. I/2007. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2007.

-Zárate Conde, Antonio. “*Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés*”. Revista Diario La Ley. nº 7942. 11 de octubre de 2012.