

DIRECCIÓN DE LA INVESTIGACIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL Y NUEVO MODELO PROCESAL PENAL

Direction of the investigation by the District Attorney and new criminal procedure model

*M^a Isabel González Cano**

Resumen: Tras la aprobación de los Anteproyectos por los que se reforma el sistema de investigación y enjuiciamiento penal, se inicia una etapa de reflexión y debate sobre un nuevo modelo de proceso penal en el que se parte de dos pilares básicos, como son la dirección de la investigación por el Ministerio Fiscal y la potenciación del derecho de defensa. El trabajo expone las líneas generales de lo que podría ser una fase de investigación penal dirigida por el Fiscal, con el consiguiente replanteamiento del papel judicial en esta fase preparatoria del juicio oral.

Palabras clave: proceso penal - Ministerio Fiscal - Juez de Garantías - investigación - audiencia preliminar - principio acusatorio - derecho de defensa - imparcialidad - unidad de actuación - dependencia jerárquica.

Abstract: Following the adoption of the proposed draft for reforming the system of investigation and criminal prosecution, is a stage of reflection and debate on a new model of criminal procedure in which part of two pillars, such as the address research by the Public Prosecutor and the empowerment of the right of defense. The paper presents the outlines of what could be a phase of criminal investigation headed by the Prosecutor, with the consequent rethinking of the judicial role in this preparatory phase of the trial.

Keywords: criminal procedure - Public Prosecutor - Judge of Warranties - research - preliminary hearing - accusatory principle - right to defense - impartiality - unit of action - hierarchical dependence.

I. Ideas generales sobre una nueva estructura del proceso penal. Dirección de la investigación, principio acusatorio y derecho de defensa

Con fecha 22 de julio de 2011 se aprobaron en Consejo de Ministros dos sendos Anteproyectos de Ley, para la reforma del sistema de investigación y enjuiciamiento criminal. Se trata de una noticia que en cualquier caso despierta un legítimo interés, no sólo por la perentoria necesidad de una revisión estructural de nuestro sistema procesal penal, sino también porque se trata de una materia que constituye un indudable índice del grado de desarrollo y de la vigencia práctica del

* Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.
Correo electrónico: maisabel@us.es

sistema de derechos, libertades y garantías constitucionales de nuestro sistema jurídico.

Y es que a nadie se le escapa, como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, que el modelo procesal penal inicialmente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 es hoy difícilmente reconocible después de sesenta y cinco modificaciones, cuarenta y siete de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución de 1978. Algunas de estas disposiciones han supuesto importantísimos avances en nuestro proceso penal. Pero, en su conjunto, la sucesión de reformas parciales no ha dado solución a los problemas estructurales que definen el sistema vigente.

La arquitectura procesal penal, tras normas redactadas hasta en tres siglos distintos, se sustenta sobre cimientos del siglo XIX y sobre apuntalamientos provisionalmente instalados a lo largo de casi ciento treinta años de vigencia. Además de las normas decimonónicas que han sobrevivido, las disposiciones introducidas con posterioridad han resultado manifiestamente insuficientes para atender las actuales exigencias de la justicia penal, como evidencian las múltiples condenas a España dictadas por los organismos y tribunales internacionales encargados de velar por el respeto a los derechos humanos, o las nuevas realidades e instrumentos de cooperación judicial penal, o la consideración cada vez más tratada de los sistemas alternativos de resolución de conflictos y el principio de oportunidad procesal penal.

Por tanto, y aunque estos Anteproyectos no cuentan en la presente Legislatura con una mínima perspectiva de tramitación parlamentaria efectiva en Congreso y Senado, constituyen un excelente punto de partida para la reflexión pausada y serena sobre la necesaria reforma del proceso penal español, ofreciendo respuestas a las carencias que el mismo presenta desde hace décadas.

Y en tal sentido, y prescindiendo en estas páginas del análisis de su articulado, la propuesta aprobada en Consejo de Ministros descansa sobre dos principios esenciales, sobre los que es precisa una mínima aproximación.

El primero incide en la que ya hemos calificado como imperiosa necesidad de procurar un modelo de justicia penal homologable al que hoy rige, casi generalizadamente, en nuestro entorno cultural y jurídico. Esta opción implica la superación de los últimos resquicios inquisitivos del proceso penal español, que, como acertadamente se señala en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011, ya eran contempladas como meramente transitorios por el propio legislador de 1882. Se trata, en definitiva, *“de fortalecer el derecho de defensa en todas las fases del procedimiento, revitalizando la concepción democrática y liberal del proceso penal como sistema de garantías frente al ejercicio del ius puniendi del Estado”*.

El segundo principio, derivado del anterior y consustancial al mismo, viene referido a la modificación y superación de un sistema de investigación basado en la

existencia de un juez instructor director y responsable de la investigación. Y en este punto, a mi modo de ver acorde con el principio acusatorio y con las exigencias derivadas de la Constitución Española (CE) de 1978, el Anteproyecto opta por redefinir la función y el papel del Juez en la fase de investigación, centrándolo en asegurar, desde una posición de plena imparcialidad apoyada en su independencia, la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, incluida la realización de las garantías procesales. El Anteproyecto, al encomendar al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, hace aplicable al proceso penal en su totalidad, incluida la fase de la investigación, la noción del juez imparcial, situado “*supra partes*”, en el ejercicio, exclusivo y excluyente del Poder Judicial.

Y no olvidemos un dato fundamental. Los dos principios apuntados no son en absoluto ajenos al espíritu reformista de la más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Por ello, conviene resaltar que la propuesta contenida en el Anteproyecto de 2011 no es una extravagancia ajena a nuestra tradición jurídica liberal, ni está basada en el improductivo deseo de copiar sin más el modelo procesal penal de otros países o incluso de algunas instituciones supranacionales.

Y tampoco olvidemos que en esa tradición jurídica liberal, inspiradora de la Ley de 1882, un principio básico es el control judicial de la pretensión punitiva del Estado. Y en tal sentido, el Anteproyecto considera que dicho control será más certero si el juez, liberado de atribuciones ajenas a su función jurisdiccional y dejando de sentirse un ejecutor más, junto al fiscal y a los funcionarios policiales, de la que el ministro Alonso Martínez llamara la “causa de la sociedad”, pueda centrar su esfuerzo en la noble tarea de garantizar los derechos individuales, tal y como se exige en el vigente texto constitucional.

El legislador liberal consideró, en cambio, que era posible la acumulación de las funciones de investigar y acusar, como progresión de la misma actividad positiva del Estado. Y así, en un primer momento, la Ley de Bases de 1881 encargó al Gobierno que atribuyera la instrucción de todos los delitos a los mismos promotores fiscales que habían de formular las conclusiones provisionales correspondientes y que, por lo tanto, estaban también llamados a ejercer la acusación pública. La modificación de las bases orgánicas de la reforma por medio de la ley de 1882 hizo inviable este modelo y la instrucción acabó atribuyéndose a los jueces de primera instancia.¹

¹ La Exposición de Motivos de la ley aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, se decía así:

“suponiendo que algún día el legislador, echándose en brazos de la lógica, llegase hasta el último límite del sistema acusatorio, el Gobierno de V. M. ha creído que la transición era demasiado brusca para este país, en que los Jueces han sido hasta ahora omnipotentes, persiguiendo los delitos por su propia y espontánea iniciativa, instruyendo las causas los mismos que habían de fallarlas, ejerciendo la facultad omnimoda de separarse de los dictámenes fiscales, así en la sustanciación como en la sentencia definitiva, calificando según su propio juicio el delito y designando la pena sin consideración a las conclusiones de la acusación y la defensa, y empleando por último la fórmula de absolución de la instancia, o, lo que es lo

Y con posterioridad, tampoco se progresó ni se legisló en el sentido de la Ley de Bases de 1881, de atribución de la investigación al fiscal, sino que incluso, en una tendencia absolutamente contraria, hasta se volvió a acumular para determinadas infracciones las funciones de instrucción y enjuiciamiento, potenciando las notas inquisitivas del sistema.

Por todos es sabido que esta última reforma fue en su día objeto de cuestión de inconstitucionalidad, y el Tribunal Constitucional (TC) resaltó de forma certera e indubitada la incompatibilidad de esta opción con las mínimas exigencias de imparcialidad judicial. Pero es que además, esta jurisprudencia constitucional, más allá de este problema específicamente resuelto, dejaba entrever una sombra de duda que seguía pesando sobre la figura del juez instructor. Así, recogiendo la doctrina del Tribunal de Estrasburgo expresada en los casos *Piersack* y *De Cubber* la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, de 12 de julio, recordó que la instrucción judicial no es el único sistema posible en el marco constitucional, y destacó a continuación los “*prejuicios e impresiones*” que la actividad instructora genera en el juez y el consiguiente detrimento de la imparcialidad exigible en el ejercicio de las labores estrictamente judiciales. El TC introdujo así, una nueva visión de la imparcialidad judicial, de carácter objetivo y relacionada con las funciones que asume el juez en el curso del proceso, y en todos sus momentos o fases, no sólo en el juicio oral.²

En definitiva, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto el grave perjuicio que la tarea de dirigir la investigación oficial por parte del Juez de Instrucción genera en el desarrollo de una serie de actividades que, dentro de la fase preparatoria del proceso penal, constituyen una manifestación puntual de funciones jurisdiccionales. Piénsese en actos jurisdiccionales que versen sobre medidas cautelares, sobre la autorización de actuaciones de injerencia en derechos fundamentales o de limitación de los mismos, o los que se refieren a la valoración del fundamento de la pretensión acusatoria a efectos de decidir la apertura del juicio oral. Son estos los actos que constituyen la verdadera esencia de la garantía judicial en las fases de investigación e intermedia del proceso y los que no deben

mismo, dejando indefinidamente abierto el procedimiento cuando faltos de prueba para condenar, infundían en su mente las diligencias sumariales livianas sospechas sobre el acusado. La sociedad debe marchar como la naturaleza, gradualmente y no a saltos: los progresos jurídicos deben irse eslabonando, si han de encarnar en las costumbres del país”.

² Más expresamente, la STC 162/1999, de 27 de septiembre, afirmó que para el juez:

“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 sintetizarse 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 su favor o en su contra”.

Con arreglo a la primera de estas premisas, el TC afirma que averiguar “*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*”.

ser atribuidos al mismo sujeto que dirige, impulsa y es responsable de las investigaciones.

Como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011, el sistema de garantías procesales establecido a partir de la Constitución de 1978 sólo puede ser efectivo si el juez es un órgano ajeno al interés deducido en el proceso. El juez ha de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas las fases del procedimiento criminal. El Juez debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego en las fases previas al juicio, desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Ha de fortalecerse, en definitiva, un control jurisdiccional en la fase de investigación que actualmente está enormemente comprometido y debilitado por la acumulación en el mismo órgano de potestades manifiestamente incompatibles con su correcto ejercicio, como son la de investigación y las potestades jurisdiccionales que inciden directamente en los derechos fundamentales del imputado.

Como afirmábamos antes, y las palabras de la Exposición de Motivos lo manifiestan meridianamente, dos son las finalidades generales del Anteproyecto de 2011; por una parte potenciar la imparcialidad judicial, y, por otra, potenciar el derecho de defensa. Y también hemos mantenido ya que ambos fines están directamente relacionados, y que los dos, en la actualidad, se encuentran a nuestro modo de ver impedidos por una indebida atribución a la autoridad judicial de la dirección de las investigaciones, que aleja al juez de su tarea garantizadora.

Basta con comprobar, como veremos a continuación, como el sistema actual propicia, por ejemplo, que el juez de instrucción decrete medidas de investigación (más allá de supervisar las garantías en las que implican limitación de derechos fundamentales) sin necesidad de que nadie las pida, lo cual compromete su imparcialidad y potencia el valor de las diligencias sumariales y devalúa el de las pruebas del juicio oral. Y el grave debilitamiento sufrido por el derecho a la presunción de inocencia obedece igualmente, en buena medida, al carácter judicial que la formulación de cargos presenta en la actual fase de investigación.

Estos dos indeseables efectos son los que intenta evitar el nuevo modelo de investigación penal por el que se decanta el Anteproyecto de 2011, restaurando al juez en la posición de garantía que constitucionalmente le corresponde en la fase de investigación penal.

II. El Ministerio Fiscal como director de la investigación penal

II. 1. Visión constitucional de la fase de investigación penal

Queda claro que cualquier planteamiento sobre estas disquisiciones competenciales que se plantean a raíz del Anteproyecto de 2011, debe partir del modelo

constitucional de proceso penal. Por tanto, es preciso analizar si desde la óptica constitucional es posible que el Ministerio Fiscal dirija la investigación penal.

Y en esta tarea creemos que la valoración de la constitucionalidad de la investigación fiscal no puede ni debe realizarse en sentido genérico o abstracto, sino necesariamente en relación con un modelo concreto que proponga y elabore el Legislador.

Evidentemente, el proceso penal requiere de una fase previa para la averiguación y constancia del hecho delictivo y de sus circunstancias, así como para el aseguramiento de las responsabilidades personales y pecuniarias.

Y estas tareas, al estar en juego el interés público, lógicamente deben estar atribuidas a un órgano público. De ahí la necesidad de partir de un análisis de la CE en relación con la instrucción o fase de investigación penal.

¿Qué límites establece la CE a la configuración legislativa de la investigación penal, en cuanto a la cualidad del órgano al que atribuir la dirección de dicho procedimiento?

Según entendemos, el modelo de la instrucción judicial, residenciada en la actualidad en el Juzgado de Instrucción, y bajo el presupuesto esencial de separación orgánica entre el órgano judicial que instruye y el que enjuicia y dicta sentencia, no es conforme a la CE. Como decíamos anteriormente, con arreglo al art. 117.3 y 4 de la CE, y en similar sentido el art. 2 de la LOPJ, los jueces y tribunales juzgan y hacen ejecutar lo juzgado (potestad jurisdiccional), y, además, velan y salvaguardan los derechos fundamentales y libertades públicas que establezcan la propia CE y la ley.

La investigación penal no forma parte de las atribuciones que en régimen de exclusividad asume constitucionalmente el Poder Judicial, por lo que creemos que en la actualidad la LECRIM vulnera el reparto competencial en el ámbito penal. En tal sentido, más que de constitucionalidad de la investigación por el Ministerio Fiscal, deberíamos hablar en propiedad de la constitucionalidad de un juez instructor e investigador.

De ahí que enfoquemos la investigación con arreglo a otros parámetros diferentes de los regulados legalmente en la actualidad, y que son los que acoge el Anteproyecto de 2011. La investigación penal es una fase compleja, que abarca actuaciones heterogéneas y de diferente naturaleza. Por una parte, una serie de actuaciones necesarias e imprescindibles, que constituyen la base o el mérito para la apertura del juicio oral o bien para el sobreseimiento de la causa, y que abarcan la investigación del hecho y del presunto responsable. Por otra, una serie de actuaciones y decisiones de carácter contingente o eventual, que afectan a los derechos fundamentales y a las libertades públicas del imputado y de otros sujetos,

y que están encaminadas a la investigación de estos derechos o a la adopción de medidas cautelares.

Para el primer grupo de actuaciones, no hay reserva judicial en la CE, y es más, la atribución judicial genera importantes dudas respecto a la independencia funcional y a la imparcialidad, por lo que la solución óptima sería la investigación por parte del Ministerio Fiscal. Sin embargo, para el segundo grupo de actuaciones y decisiones, sí existe reserva judicial en la CE, por la vía del art. 117.4 de la CE, es decir, no como ejercicio de potestad jurisdiccional en sentido estricto, sino como intervención judicial en garantía de derechos, que podría quedar residenciada en el que el Anteproyecto denomina, no ya Juez Instructor, sino Juez de Garantías.

Así, el Ministerio Fiscal debe asumir la investigación para instar del órgano jurisdiccional la adopción de investigaciones y medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales, y la resolución por la que se sobresea la causa o se decrete la apertura del juicio oral previa formulación de acusación cuando haya suficiente fundamentación y mérito.

Este esquema procesal potencia el principio acusatorio, y, además, se apoya en dos argumentos importantes. Por una parte, no provocaría en ningún caso situaciones de indefensión o déficit de contradicción de las partes en la fase de investigación, ya que es perfectamente regulable un trámite a través del cual las partes insten medidas de investigación ante el Ministerio Fiscal, que si no son atendidas por éste podrían ser reproducidas ante el Juez de Garantías, tal y como veremos que regula el Anteproyecto de 2011.

Y por otro lado, al ser la investigación del Ministerio Fiscal la base para formular la acusación, y por tanto para la apertura del juicio oral, se arbitraría, mediante una fase intermedia contradictoria, un control judicial a posteriori sobre la suficiencia o deficiencia de la investigación para la apertura del juicio oral, sistema por el que opta el Anteproyecto a través del juez de la audiencia preliminar.

Este sistema no es ajeno al ordenamiento procesal penal español, sino que al contrario, está presente en el enjuiciamiento penal del menor infractor. Efectivamente, la Ley Orgánica de Responsabilidad penal de los menores (LORPM, 5/2000, de 12 de enero),³ atribuye la instrucción del expediente o proceso penal del menor al Ministerio Fiscal, y, además, prevé, no sólo la participación del menor imputado, sino que, sobre todo a partir de la reforma operada por la LO 8/2006, de 4 de diciembre,⁴ la acusación particular también

³ González Cano, Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación y Justicia, Sevilla, 2002.

⁴ González Cano, “Valoración de las reformas procesales operadas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores (I y

puede participar en las diligencias de investigación que inste el fiscal, proponer diligencias que si no son aceptadas por éste se pueden reproducir ante el Juez de Menores, e intervenir en el trámite contradictorio para la apertura del juicio oral o comparecencia.

Desde otro punto de vista, también hay que tener presente que el Ministerio Fiscal tiene por objeto promover la acción de la justicia (arts. 124.1 CE, 54.1 de la LOPJ y 1 del EOMF), por lo que a él debe corresponder la dirección del procedimiento investigador. Además, al Ministerio Fiscal le incumbe la inspección de la instrucción judicial (arts. 303 y 306, y 773.1 de la LECRIM y 3 del EOMF), por lo que está cargado de razón atribuirle la dirección de dicha instrucción, ya que resulta contradictorio que el juez instruya para que el fiscal acuse, y que el propio Fiscal inspeccione la legalidad de la actividad instructora del juez.⁵

Que este esquema procesal restablece adecuadamente el principio acusatorio en el proceso penal ya lo ha dicho expresamente el Tribunal Constitucional español fundamentalmente en una Sentencia de 1995. Efectivamente la Sentencia 60/1995, de 17 de marzo, referida al proceso penal del menor infractor, pone de relieve como la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores tiene como una de sus finalidades, al atribuir la investigación al Ministerio Fiscal, adecuar el proceso a las exigencias derivadas del principio acusatorio. Para alcanzar esta meta, la ley penal del menor, inspirándose en el modelo procesal penal anglosajón, y que hoy se sigue igualmente en Italia, Alemania o Portugal, separa las funciones instructoras de las de enjuiciamiento, encomendando la primera al Ministerio Fiscal y la segunda al juez, desdoblamiento que en ningún caso conculca, sino que muy al contrario, restablece el principio acusatorio en un proceso hasta ahora básicamente inquisitivo.⁶

Desde diferentes autores y sectores institucionales,⁷ se ha apuntado la posibilidad plenamente constitucional de un procedimiento preliminar de investigación atribuido al Ministerio Fiscal, siempre, claro está, que se respeten los

II)”, en *La Ley*, N° 6742, 25 de junio de 2007, pp. 1 a 10, y N° 6743, de 26 de junio de 2007, pp. 1 a 6.

⁵ Igualmente, hay que tener presente el art. 126 de la CE, con arreglo al cual la policía judicial depende de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente.

⁶ En parecidos términos, la STC 41/1988, de 24 de febrero.

⁷ *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 232 y 233; *Libro blanco del Ministerio Fiscal*, op. cit., pp. 72 a 74; De Diego Diez, “El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, en *Poder Judicial*, N° 8, 1987, p. 26; Gimeno Sendra, “Las partes acusadoras”, en VVAA, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, 1989, pp. 67, 74 y 85; Cortes Domínguez, en VVAA, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 2001, p. 180; González-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 124; “Investigación del Ministerio fiscal y limitación de derechos fundamentales”, en *La prueba en el proceso penal*, Cursos, vol. XII; CEJ, Madrid, 1993, pp. 19 a 21; Quintero Olivares, *La justicia penal en España*, Pamplona, 1998, pp. 150, 152 a 155.

preceptos constitucionales que atribuyen en exclusividad al órgano jurisdiccional determinados actos de este procedimiento preliminar, especialmente, los que restringen o limitan derechos fundamentales (puesta a disposición judicial del detenido y prisión preventiva, y, entre otros, entrada y registro domiciliario sin consentimiento del titular salvo en casos de flagrancia delictiva, intervenciones postales, telefónicas y telegráficas, secuestro de publicaciones y otros medios de información, y disolución y suspensión de actividades de una asociación). Por tanto, partimos de la premisa según la cual el Legislador no podría atribuir al Ministerio Fiscal la adopción de decisiones que impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, ya que con arreglo a la CE estas decisiones están reservadas a los órganos jurisdiccionales, y no sólo a través de control a posteriori o simple homologación, sino en cuanto primer pronunciamiento. Nos referimos pues a las decisiones limitativas o restrictivas de derechos fundamentales sobre actos de investigación o medidas cautelares, que son de necesario pronunciamiento judicial. Pero el resto de actuaciones de la investigación no están constitucionalmente reservadas a un juez, por lo que los actos de investigación, con las limitaciones apuntadas, pueden encomendarse al Ministerio Fiscal.

Sin embargo, se ha apuntado que este planteamiento suscita inconvenientes, fundamentalmente desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 de la CE, que implicaría que toda resolución relativa al ejercicio de la acción penal durante la fase de investigación debe ser dictada por un órgano jurisdiccional. Sobre la cuestión, entendemos, que cualquier decisión sobre el ejercicio de la acción penal durante la investigación corresponde a un juez, pero que en cualquier caso debería barajarse la posibilidad de trasladar el ejercicio de la acción penal a la fase intermedia, una vez concluida la investigación, momento en el que un órgano jurisdiccional debe controlar la acusación y si hay o no mérito para la apertura del juicio oral.

En definitiva, a nadie puede escapar la necesidad de una reforma en profundidad del proceso penal, que además de responder a las exigencias del principio acusatorio, esté orientada hacia los objetivos de eficacia y celeridad, obviamente sin que ello implique pérdida o disminución de garantías para los justiciables, especialmente el imputado o acusado, sino precisamente lo contrario, es decir, el reforzamiento de las mismas.

Ante este innegable reto, entendemos, como lo hace el Anteproyecto de 2011 que comentamos, que el modelo estructural de proceso penal debe responder al análisis reposado y riguroso sobre dos ideas básicas o ejes centrales. En primer lugar, la viabilidad de la atribución de la fase de investigación penal al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que la autoridad judicial predeterminada por la ley ejerza el control sobre las decisiones que durante esa fase afecten a los derechos fundamentales del imputado, tales como las relativas a las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales (intervención de comunicaciones,

intervenciones corporales, entrada y registro en lugar cerrado, etc.), y a las medidas cautelares.

En segundo lugar, un entendimiento adecuado del principio de exclusividad jurisdiccional consagrado en el art. 117.3 y 4 de la Constitución española de 1978, con arreglo al cual es preciso distinguir la actuación judicial en el enjuiciamiento del conflicto, de aquella actuación judicial desarrollada en garantía de los derechos que determine la CE y la Ley, pero sin que lleve comprometido un litigio. A la primera actuación, el art. 117.3 de la CE la denomina la “*potestad jurisdiccional*”, que conlleva “*juzgar y ejecutar lo juzgado*”, es decir, el enjuiciamiento, la decisión, y la ejecución del mismo. A la segunda actuación judicial, el art. 117.4 de la CE la configura como una actuación de control o fiscalización de los derechos subjetivos o intereses legítimos del ciudadano, independientemente de que esté pendiente un proceso jurisdiccional, en atención a la trascendencia de tales derechos, y al especial estatuto de independencia e imparcialidad del juez o magistrado.

A nuestro modo de ver, y en el ámbito del orden jurisdiccional penal, lo que preceptúa el art. 117 de la CE es la distinción entre dos tipos de atribuciones exclusivas del Poder Judicial. Por una parte, la potestad jurisdiccional, es decir, el enjuiciamiento y resolución definitiva e irrevocable del conflicto, que en el orden penal no incluye la investigación o instrucción, encaminada no a resolver el conflicto penal sino a concluir si existen o no elementos de cargo o mérito suficiente para la apertura del juicio oral, auténtico proceso penal desde la perspectiva del principio acusatorio. Y, por otra parte, la garantía que implica el control de un órgano independiente e imparcial sobre materias que afectan a los derechos y libertades públicas del ciudadano, como pueden ser, en el ámbito de un proceso penal, el decretamiento de la prisión preventiva, la intervención y observación de comunicaciones o la entrada y registro en un lugar con la consideración de domicilio.

Pero estas dos atribuciones exclusivas y excluyentes de un órgano jurisdiccional no incluyen la investigación o instrucción penal en su conjunto, de ahí que entendamos que, en un primer acercamiento a la cuestión, la instrucción penal no está atribuida constitucionalmente al juez.

Pero es más, la instrucción encomendada actualmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECRIM) al Juez de Instrucción, además de no responder a patrones de eficacia, entendemos que puede ser constitutiva de un auténtico “exceso” respecto de las atribuciones encomendadas al juez por la CE, y, lo que es aún más grave, de un atentado a los principios de oralidad e inmediatez. El exceso de atribución que implica la instrucción judicial, y el hecho de que se practique básicamente mediante la escritura, es una clara secuela de un pasado procesal penal inquisitivo, al que nos referíamos antes, incompatible con las exigencias y técnicas procesales de nuestros días, expresamente consagradas en el texto constitucional.

Y, por otro lado, ¿es acorde con la imparcialidad que debe predicarse de la autoridad judicial la figura de un juez instructor y a la vez garante? Esta dualidad competencial propia de una instrucción inquisitiva, ¿no compromete gravemente la imparcialidad y la independencia funcional del juez? ¿Es imparcial un juez que busca e indaga indicios de criminalidad en un sujeto y a la vez es garante de su libertad ambulatoria o de sus derechos a la intimidad o al secreto de sus comunicaciones? Esta dualidad de competencias ¿constituye un peligro potencial de graves prejuicios en el juez a la hora de velar por la vigencia y disfrute de los derechos procesales del imputado?

En tal sentido, y tal como se apuntaba en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal,⁸ los jueces ejercen su función juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, pero juzgar no es instruir, dado que la instrucción es “*la recopilación de pruebas necesarias, acaecido un hecho supuestamente delictivo, para que la acusación pueda en su día ejercitar con todas las garantías la acción punitiva ante el tribunal respectivo*”.

Para un importante sector institucional y doctrinal,⁹ efectivamente el modelo de la instrucción judicial, presupuesta en cualquier caso la separación orgánica entre juez instructor y juez sentenciador, no es conforme a la CE, partiendo del argumento de que con arreglo a los arts. 117.3 y 4 de la CE y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), los Juzgados y tribunales no pueden ejercer más funciones que las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y de que en la investigación penal no se produce ejercicio de potestad jurisdiccional, porque ni se enjuicia ni se hace ejecutar lo juzgado.¹⁰

⁸ *Libro blanco del Ministerio Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, p. 67.

⁹ Fiscal General del Estado, “Introducción”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado. Memoria de 1986*, Madrid, 1987, p. 15; Fiscal General del Estado, “Introducción”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado. Memoria de 1987*, Madrid, 1988, pp. 20 y 21; Vives Antón, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 99 a 102; *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992, pp. 114 y 117; Moreno Catena, “La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988, núm. II, pp. 314 y 315; “Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa”, en VVAA, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, VI*, Madrid, 1997, p. 230; “El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apunte sobre la imparcialidad del juzgador”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 25 de septiembre de 1987, N° 1468, pp. 2758 y 2760. González Cano, “La dirección de la investigación penal por el Ministerio Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol 2007, II *La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal I*, dirigida por el Prof. Donna, Instituto de Ciencias Penales de Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed., Buenos Aires 2007, pp. 243 a 271.

¹⁰ Respecto a este tema, también se ha apuntado que la instrucción judicial es inconstitucional porque vulnera el reparto competencial realizado por la CE, ya que el art. 126 de ésta atribuye a la Policía judicial la investigación de los hechos delictivos. Así, Martínez Arrieta, “La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla”, en VVAA, *Cuadernos de Derecho Judicial. La instrucción del sumario y las diligencias previas*, CGPJ, Madrid, 1998, p. 164. Igualmente, De Llera Suárez-Bárcena, *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001, pp. 96 a 159, mantiene la inidoneidad de los jueces para asumir la investigación oficial, ya que la actividad investigadora es ajena e incompatible con la potestad jurisdiccional. Ajena porque en ella ni se juzga

Por tanto, si la dirección de la investigación no forma parte de las atribuciones encomendadas por la CE a los órganos jurisdiccionales, sería necesario que éstos dejaran de conocer de la misma y que el Ministerio Fiscal dirigiera la investigación oficial en el proceso penal.

II. 2. El Ministerio Fiscal como responsable de la investigación penal. Imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica

Aún así, sin embargo, no dejan de manifestarse y prosperar argumentos a favor de la instrucción judicial y en contra de su atribución al Ministerio Fiscal, básicamente derivados de la vinculación de éste con el Ejecutivo, ya que la designación del Fiscal General del Estado (en adelante, FGE), cabeza jerárquica de la institución, recae en el Gobierno.

Sin embargo, en un Estado social y democrático de Derecho, ¿hay que sospechar de inclinación hacia la ilegalidad del Gobierno, por otra parte rector de la política criminal? ¿No están suficientemente asentados los principios de imparcialidad y autonomía funcional del Ministerio Fiscal, consagrados en la CE y en su Estatuto Orgánico (en adelante, EOMF)?

En cualquier caso, es preciso consignar que la vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder ejecutivo y la dependencia jerárquica interna dentro de esta institución ha dado lugar a opiniones contrapuestas de cara a la atribución a la misma de la investigación penal.

Obviamente, para que el fiscal investigue lo debe hacer con escrupuloso respeto a la legalidad y con arreglo al principio de imparcialidad, principios ya recogidos en los arts. 124.2 de la CE y 2.1 del EOMF. Ello no obstó en su momento para entender que eran necesarias reformas legales para reforzar la imparcialidad del fiscal, en orden a justificar un incremento de atribuciones en el proceso penal, como veremos a continuación.

Independientemente de la oportunidad y necesidad de estas reformas, operadas en 2007, consideramos que es precisa la vinculación del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo. Y es que el Gobierno, como Poder Ejecutivo con plena legitimidad democrática porque cuenta y deriva de la confianza de los representantes del pueblo a través del Congreso de los Diputados (arts. 99, 100, y 112 a 114 CE), tiene encomendada la dirección de la política interior y la defensa del Estado (art. 97 CE).

ni se hace ejecutar lo juzgado, y porque la actividad encomendada al Juez de Instrucción no constituye intervención judicial en garantía de los derechos implicados por la instrucción. E incompatible, porque atenta contra la imparcialidad del propio Juez de Instrucción.

Y cuando el Gobierno ejercita estas funciones en relación con la justicia y el proceso penal, lo hará con sujeción a la CE, evidentemente valorando el interés público en la persecución de los delitos que derivará en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Y para ello el instrumento es el Ministerio Fiscal.

Esta valoración del interés público en materia penal es la política criminal (responsabilidad del Gobierno con arreglo al art. 108 de la CE), que consiste en determinar en cada momento las prioridades y los medios para prevenir, perseguir y reprimir el delito, lo cual conlleva decisiones de iniciativa legislativa pero también decisiones en orden a la aplicación concreta de la misma.¹¹

Por tanto, el Ministerio Fiscal ostenta una función esencial en materia de política criminal, y tiene como deber garantizar que dicha política se aplique en toda la nación de forma clara, coherente y homogénea. Entendemos pues que posee plena legitimidad democrática impulsar y determinar las directrices del Ministerio Fiscal en política criminal.¹²

Llevando estas consideraciones a la oportunidad de atribuir la investigación al Ministerio Fiscal, creemos que esta posibilidad garantiza en mayor medida la coherencia de la política criminal, mientras que la instrucción judicial, caracterizada por la independencia orgánica y funcional y en definitiva por la irresponsabilidad política, supone el efecto contrario, es decir, la aplicación fragmentaria de muchas políticas criminales.¹³ Y, además, si el Ministerio Fiscal es el instrumento para el desarrollo de la política criminal del Ejecutivo, se garantiza un control de legalidad en dicha aplicación, ya que constitucionalmente el Ministerio Fiscal 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 (arts. 124.1 CE, y 1 del EOMF).¹⁴

¹¹ Crespo Barquero, “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)”, en VVAA, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, VI, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998 p. 232; Delmas-Marty, *Modelos actuales de política criminal*, Madrid, 1986.

¹² Moreno Catena, “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, en VVAA, *Sistemas penales europeos*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 228.

¹³ Crespo Barquero, “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)”, en VVAA, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, VI. La investigación del Fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, p. 233; Vives Antón, “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 100 y 101; Conde-Pumpido Ferreiro, “La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en VVAA, *El Poder Judicial en Europa, Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Ponencias*, t. III, Madrid, 1989, p. 121; Quintero Olivares, *La justicia penal en España*, Pamplona, 1998, p. 155.

¹⁴ Vives Antón, *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992, p. 118.

Y en este aspecto, además, consideramos que a un Ministerio Fiscal investigador se le puede controlar democráticamente, por diversos medios, teniendo en cuenta que la designación del FGE por el Gobierno supone que éste asume la responsabilidad política de dicha designación y de sus efectos por aplicación de los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. En primer lugar, a través de la propia responsabilidad política del Gobierno ante las Cortes Generales, dando cuenta ante éstas de la actuación del Ministerio Fiscal (art. 108 de la CE), sin perjuicio de que las propias Cortes puedan convocar para casos concretos al FGE (art. 10 del EOMF), y, en segundo lugar, mediante la responsabilidad de los partidos políticos que sostienen al Gobierno ante el pueblo, a través de las urnas.

Por otro lado, además de la confianza en las instituciones democráticas, hay que tener presente que la instrucción dirigida por una autoridad judicial no se acomoda escrupulosamente al principio acusatorio. Dicho principio implica a nuestro modo de ver la diferenciación entre la investigación del hecho criminal, que debe quedar atribuida al Ministerio Fiscal con arreglo a los principios de imparcialidad y legalidad, y con el control sobre la actividad profesionalizada y científica de la Policía Judicial; y, por otro lado, la potestad jurisdiccional, atribuida en exclusiva a jueces y tribunales y que implica juzgar y ejecutar lo juzgado.

Y es que esta nítida separación de competencias y atribuciones tiene ventajas innegables, en el sentido que, como mantiene el Anteproyecto de 2011, promueve y potencia la imparcialidad judicial y la igualdad de partes. Es decir, si en el ámbito de la investigación penal, residenciamos en el juez básicamente las decisiones en materia de limitación de derechos fundamentales, este órgano judicial se convierte en un Juez de Garantías auténtico, y se garantiza su mayor objetividad en la adopción de tales decisiones.

Este sistema pondría fin a la actual contradicción que reside en el juez instructor, que asume, como afirmábamos antes, dos papeles, como son, por un lado, la culminación de la investigación, instruyendo y persiguiendo para determinar los indicios de perpetración del delito y de determinación de su autor, y, por otro, la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas del imputado en la causa.

En tal sentido, el texto articulado del Anteproyecto de 2011, en las secciones dedicadas a los sujetos del proceso, y en concreto al Ministerio Fiscal, comienza haciendo referencia a los principios constitucionales de legalidad e imparcialidad que rigen la institución y a las facultades y funciones que, en relación con el proceso penal, le son ya reconocidas. Sigue siendo, por tanto, el Ministerio Fiscal el responsable de ejercitar la acción pública penal, a la que, en su caso, habrá de acumular la acción civil para el resarcimiento de la víctima.

Pero ahora, además, el fiscal asume en el Anteproyecto la dirección del procedimiento de investigación, en un modelo, como ya hemos afirmado, que

atiende a la necesidad de preservar la imparcialidad objetiva del juez y de restar valor a los meros actos de investigación, lo cual a su vez indudablemente contribuye a la garantización del derecho de defensa.

En definitiva, la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación penal se caracteriza por:

- a) representar una clara dimensión garantista a la que ya se ha hecho referencia;
- b) y por ser la opción más idónea 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 la ejecución de la política criminal.

Como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011, es una idea ampliamente compartida que el Ministerio Fiscal no puede estar sujeto a ningún tipo de vínculo de dependencia jerárquica externa. Ha de ser, en definitiva, una figura que, por la sensibilidad de las funciones encomendadas, quede salvaguardada frente a toda injerencia de signo partidista. A tal efecto ha precedido a esta reforma procesal una modificación sustancial del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a través de la ley 24/2007, de 9 de octubre, que dota de inamovilidad al Fiscal General del Estado en el ejercicio de su cargo y refuerza significativamente la autonomía funcional de la institución. Esta autonomía ya es, por tanto, más fuerte en España que en otras naciones de nuestro entorno en las que el fiscal asume plenamente las funciones directivas del procedimiento de investigación.¹⁵

¹⁵ La reforma del EOMF de 2007 introduce causas objetivas de cese del FGE (petición propia, incompatibilidades o prohibiciones establecidas en la ley, incapacidad o enfermedad que le inhabilite para el cargo, incumplimiento de sus funciones, establecidas en la ley), lo cual constituye una garantía al margen de autonomía del FGE, al desaparecer la libre decisión de cese sin causa, o meramente discrecional y no motivado, por parte del Ejecutivo.

Igualmente, y para garantizar la mayor autonomía del Ministerio público en el ejercicio de sus funciones, se introduce la necesaria intervención de la Junta de Fiscales de Sala, máximo órgano asesor del FGE en materia jurídica, siempre que el FGE vaya a impartir instrucciones a sus subordinados en cualquier asunto que afecte a miembros del Gobierno, cualquiera que sea la posición procesal de éstos.

Y en la misma línea se modifica el régimen de abstenciones del Fiscal, de modo que la decisión de apartar o no al FGE en estos casos se residencia en el interior del propio Ministerio Fiscal, en concreto en la Junta de Fiscales de Sala, aprovechando su condición de órgano colegiado de perfil estrictamente jurídico.

Y, por último, completando esta reforma, se reafirma el carácter neutral y operativo de los órganos técnicos de la FGE, lo que supone una expresa previsión legal de que los miembros de estos órganos no podrán ser candidatos al Consejo Fiscal.

Sin embargo, cosa bien distinta es que el funcionamiento de la institución sí deba estar sometido a un sistema equilibrado de dependencia jerárquica interna. Es ésta una garantía instrumental del principio de unidad de actuación que es consustancial al Ministerio Fiscal español, único para todo el Estado. En tal sentido, el EOMF contiene los instrumentos de jerarquización a través de los cuales garantizar la unidad de actuación del Ministerio Fiscal, acompañados en todo caso, como veíamos, por un equilibrado sistemas de contrapesos que garantizan la imparcialidad del fiscal.

Así, por ejemplo, el fiscal encargado de un asunto está legitimado para cuestionar las órdenes de los superiores que estima que son improcedentes. Puede, así, someterlas a la reflexión colectiva de la Junta de la Fiscalía. Se arbitra, de esta forma, un mecanismo de debate de la cuestión controvertida dentro de la propia institución, correspondiendo la decisión final al superior común de los que han mantenido la discrepancia. El régimen jurídico de la dependencia jerárquica se rige, por tanto, por un sistema caracterizado por la transparencia y los contrapesos, como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

En suma, nos referimos a un fiscal sin dependencia jerárquica externa, pero sometido al principio de unidad de actuación, lo cual indica claramente que no se trata de un simple sustituto del Juez de Instrucción, ya que, sin perjuicio de los mecanismos y contrapesos para preservar la imparcialidad, poseería un sistema propio de asignación de asuntos basado en el criterio de la territorialidad y, además, en la especialización para determinadas formas de delincuencia.

III. El Juez de Garantías y la fase de investigación

Siguiendo estas reflexiones, observamos como el Anteproyecto, tras principiar su articulado con el enunciado del principio de legalidad procesal, inicia sus disposiciones con las normas relativas a los tribunales del orden penal, fundamentalmente con las que regulan el ámbito de la garantía judicial, la extensión y límites de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Esta sistemática es sustancialmente idéntica a la de las disposiciones generales de la ley de 1882, que incluía las normas relativas al órgano judicial antes de regular los actores y el derecho de defensa.

El dato no es baladí; el hecho de que las disposiciones del Anteproyecto comiencen por la regulación del órgano jurisdiccional obedece, como se expresa en la Exposición de Motivos, 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 garante de los derechos individuales. Precisamente para subrayar esa nueva posición del juez se inicia la regulación legal con la clara determinación de las funciones jurisdiccionales. De ahí que se dediquen los primeros artículos del texto a la llamada “*garantía judicial*” y a su distinta significación en las diversas fases del procedimiento.

Y todo ello se traduce en que en la fase jurisdiccional, que se inicia con la interposición de la acción, es decir, con la presentación de la acusación en la fase intermedia o audiencia preliminar, y culmina con el juicio oral, esta garantía judicial se sujeta a las reglas básicas de exclusividad judicial en la imposición de la pena. En cambio, en la fase preparatoria del proceso (fase de investigación), se determinan con claridad las actuaciones de naturaleza jurisdiccional, encomendadas al Juez de Garantías, 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 o investigarlos.

Las potestades judiciales propias de la fase preparatoria o de investigación responden a las ideas previas expuestas en las páginas que preceden, de manera que quedan reservadas al Juez de Garantías:

- a) Las atribuciones relacionadas con la potestad del Estado-investigador de injerir en la esfera de derechos del ciudadano para el mejor esclarecimiento de los hechos punibles o para asegurar cautelarmente la futura exigencia de responsabilidades.
- b) En segundo lugar, las atribuciones relacionadas con los casos en los que el ciudadano investigado se opone a esta injerencia y solicita al Juez de Garantías que, en su caso, corrija en su favor los desequilibrios en que puede incurrir la actividad investigadora pública, asegurando que ésta recoja igualmente los elementos que le son favorables.
- c) En tercer lugar, las atribuciones relativas a 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.
- d) Y, en cuarto lugar, como veremos, el ejercicio de otras funciones esenciales como el control de la relevancia penal del hecho investigado, el de la duración del procedimiento y del secreto de las actuaciones, las actividades de complemento de la investigación, con la práctica de las diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas, y las de aseguramiento de las fuentes de prueba personal que estén en riesgo.

Y este diseño se sustenta siempre en la idea, tan acorde con el principio acusatorio y con la imparcialidad judicial, de un Juez de Garantías 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.

Téngase presente que el Ministerio Fiscal, como director y responsable de la investigación, se convierte en el único destinatario directo de la *notitia criminis*. Puesto que el juez pasa a desempeñar un rol de garantía y no es una autoridad implicada en la persecución del delito, no ha de recibir directamente las denuncias y atestados policiales. Ha de dársele, en cambio, comunicación inmediata de la

decisión inicial del fiscal de iniciar la investigación. Con esta comunicación al Juez de Garantías comenzará a desplegar su labor garantizadora, con un sistema de determinación de la competencia objetiva y territorial que se pone en marcha desde el inicio del procedimiento.¹⁶

IV. Estructura, procedimiento y sistema de garantías en la fase de investigación dirigida por el Ministerio Fiscal

IV.1. Asignación de asuntos al Fiscal

En orden a la distribución de asuntos entre los órganos del Ministerio Fiscal, el Anteproyecto de 2011 utiliza en principio las mismas reglas competenciales aplicables al Juez de Garantías. 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. Sin embargo, y como se ha afirmado antes, existe un criterio corrector de manera que, 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

¹⁶ Se opta en el Anteproyecto por un sistema de gestión documental simplificado gracias a los instrumentos que proporciona la nueva oficina judicial. Ésta, a través del servicio común de ordenación procesal, puede servir simultáneamente de soporte orgánico de la labor del fiscal y del juez que actúan en el procedimiento.

El fiscal, una vez recibida la denuncia o atestado o mediante una decisión de oficio, dictará su decreto inicial, dando traslado inmediato del mismo al secretario de la Oficina. En ésta se le asignará un número de registro con el que se determinará, conforme a las reglas de reparto preestablecidas, el concreto Juez de Garantías para todas las incidencias de ese procedimiento de investigación.

La existencia de esta “oficina” a cargo de un secretario y al servicio común del juez y del fiscal evitará toda duplicidad documental. Será esta oficina pública la única sede física del procedimiento, bajo la custodia del secretario judicial. El contenido del expediente estará a disposición permanente del fiscal director de la investigación y a él tendrá acceso puntual el Juez de Garantías cada vez que sea requerida su actuación en un concreto incidente. Las partes, a su vez, tendrán un acceso modulado en función de su grado de intervención en las actuaciones. Así, por ejemplo, el acceso de la defensa será pleno desde la práctica de la llamada “primera comparecencia”, salvo que haya mediado declaración de secreto parcial.

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 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 la 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.

Así, 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.

IV.2. Decisión inicial del fiscal en orden al inicio de la investigación y delimitación de su objeto

Es importante resaltar que el Anteproyecto establece un sistema de control judicial sobre la decisión inicial del fiscal en torno al inicio o no de la investigación. Así, tanto si decide iniciar el procedimiento de investigación como si lo considera improcedente, se designará un juez para ese concreto asunto. Esto permite arbitrar un control judicial de la decisión inicial de no investigar a través de su impugnación ante la autoridad judicial.

El archivo inicial por improcedencia de la investigación sólo procede si el fiscal considera que el hecho no es constitutivo de infracción penal. Y notificado a los denunciados y a los ofendidos dicho Decreto, la resolución del fiscal puede ser impugnada ante el Juez de Garantías por entenderse la relevancia penal del hecho denunciado.

Directamente relacionado con lo anterior, si la *notitia criminis* recibida se basara en meras conjeturas o sospechas, o se pretende que se realice una investigación preventiva o genérica, debe procederse al archivo por la falta de concreción de hechos. Se establece pues la necesaria delimitación inicial del objeto del procedimiento de investigación, con una contundente prohibición de las investigaciones genéricas, o de posibles casos de *inquisitio generalis*.

Para hacer efectiva esta radical prohibición, se establece la inmediata delimitación fáctica del procedimiento. Frente a la indeterminación que se observa en la práctica procesal actual, se exige en el nuevo modelo que el decreto inicial del

fiscal contenga una narración somera de los hechos denunciados y de su calificación jurídica provisional, del ámbito objetivo y subjetivo del procedimiento de investigación.

Así, y cumpliéndose con una de las finalidades del nuevo modelo, el Juez de Garantías, a la vista del relato fáctico del Decreto del fiscal de iniciación de la investigación, podrá proceder de oficio al sobreseimiento del procedimiento por la manifiesta falta de relevancia penal del hecho investigado.

IV.3. Estructura y desarrollo general del procedimiento de investigación

El procedimiento de investigación previsto en el Anteproyecto, prevé tres fases:

a) La *investigación preliminar* es la que se produce cuando no se ha identificado un posible responsable o no hay elementos suficientes para entender como tal a la persona designada en la denuncia o en el atestado policial. En la mayoría de los casos, esta fase no tendrá lugar, pues el procedimiento se iniciará con una clara identificación del sospechoso. No obstante, determinadas investigaciones complejas o graves que hayan sido directamente asumidas por el Ministerio Fiscal exigirán esta actividad indagatoria previa o preliminar.

b) La *investigación principal* es la que deriva del acto de la “*primera comparecencia*” ante el fiscal del investigado, al que ya se han comunicado los hechos punibles y su posible calificación jurídica. Es, por tanto, el verdadero procedimiento de investigación, pues tiene un sujeto pasivo determinado, que puede ejercitar todos sus derechos, como veremos más adelante, a partir de la comunicación provisional de los cargos.

c) La *investigación complementaria*, fase eventual que tiene por objeto la práctica de diligencias que el fiscal ha podido denegar previamente a la defensa o a los acusadores, que pueden acudir al Juez de Garantías en el momento final de la investigación obteniendo de este modo la tutela judicial de sus intereses.

Terminada en su caso la investigación complementaria, el fiscal resolverá lo procedente sobre el ejercicio de la acción pública o el *archivo* del procedimiento.

En este momento, los acusadores personados podrán impugnar la decisión de archivo del fiscal con una sola finalidad: que se les permita ejercer la acusación con los elementos de juicio que ofrece una investigación ya definitivamente cerrada. Esta impugnación de la decisión de archivar la investigación se realizará nuevamente ante el Juez de Garantías, que, de esta forma, podrá dar acceso a los acusadores no públicos a la fase intermedia o confirmar la decisión adoptada.¹⁷

¹⁷ “De este modo, el Juez de la Audiencia Preliminar no actuará en trámite de fase intermedia para complementar la investigación con diligencias virtualmente inculpativas solicitadas por estos acusadores. Tampoco contribuirá a la

El desarrollo del procedimiento de investigación, cuyos aspectos más esenciales exponemos a continuación, se encuentra descrito en los siguientes párrafos de la Exposición de Motivos del Anteproyecto:

El fiscal desarrolla su investigación en la dirección que considera procedente, sin estar sometido en modo alguno a la tutela del juez. Sólo un acto que será imprescindible: la primera comparecencia del investigado, que asume en el nuevo modelo la función garantista que hoy se atribuye confusamente a la imputación. Se establece aquí un severo régimen de sanción procesal de su retraso indebido del que hoy día se carece.

Si para desarrollar esa investigación son necesarios actos de injerencia sujetos a autorización judicial, el fiscal debe acudir al Juez de Garantías con los elementos que acreditan la necesidad de practicar esa diligencia o de acordar la pretendida medida cautelar. A él deberá también dirigirse si entiende que procede la declaración de secreto total o parcial de las actuaciones o si estima que la duración de la investigación ha de prorrogarse más allá de su límite temporal ordinario.

construcción de la acción penal en perjuicio del investigado. Se dedicará exclusivamente a la revisión de la acusación presentada, a su depuración y, eventualmente, a su rechazo, dictando el correspondiente auto de sobreseimiento.

Aunque la resolución de archivo supone siempre un beneficio para el investigado, éste puede tener la lógica expectativa de convertir esa decisión del fiscal, que forzosamente carece de efecto de cosa juzgada –pues quien la adopta no ejerce jurisdicción– en una resolución irrevocable. Por eso, si el fiscal acuerda el archivo se arbitra un trámite por el que la defensa puede interesar del juez el sobreseimiento por alguno de los motivos que nuestra legislación actual identifica con el sobreseimiento libre.

En el caso de que fiscal haya archivado la investigación por razón de la inexistencia de delito o de responsabilidad criminal, sin que ningún acusador haya impugnado esta decisión, el sobreseimiento del Juez de Garantías será un trámite automático al que vendrá obligado por la inexistencia de acusación.

Si, en cambio, el fiscal ha archivado el procedimiento por razones provisionales que permiten su posterior reapertura, la defensa podrá impugnar esta decisión por entender que el hecho no es delictivo o que debe descartarse definitivamente su participación en el mismo. En este supuesto, el Juez de Garantías tendrá la alternativa de confirmar el archivo del fiscal, con su efecto puramente provisional, o de disponer el sobreseimiento, que en el nuevo modelo siempre tiene efecto de cosa juzgada, como decisión jurisdiccional sobre la cuestión de fondo.

Esta introducción del interés de la defensa en la obtención de una decisión irrevocable sobre su falta de responsabilidad responde a una doble finalidad.

Por una parte, busca introducir expresamente un cauce para una jurisprudencia constitucional que reconoció puntualmente el derecho del investigado a obtener un sobreseimiento libre –frente a la decisión de archivo puramente provisional que el juez instructor había acordado en el caso resuelto–.

Por otra parte, trata de aprovechar, una vez más, la diversa posición funcional en la que queda el juez –de Garantías– en el nuevo modelo. Su papel de garante le permitirá poner fin a una extendida práctica que ha hecho desaparecer de la fase de investigación el sobreseimiento libre, normalmente por una malentendida prudencia del fiscal y del juez instructor –compelidos por las funciones compartidas de persecución del delito–.

El dictado sistemático de sobreseimientos puramente provisionales tiene un efecto similar al que en su día produjeron las antiguas “absoluciones en la instancia”. El nuevo Juez de Garantías tendrá, por tanto, la misión de revisar la decisión de archivo del fiscal y atribuirle, en su caso, un efecto definitivo en beneficio del investigado”.

Una vez concluida la actividad investigadora que el fiscal ha considerado pertinente para adoptar una decisión fundada sobre el ejercicio de la acción penal, se ha de dar a la defensa y a los acusadores la posibilidad de obtener una decisión judicial relativa a los actos de investigación que, solicitados previamente, hayan sido rechazados. La remisión de este control judicial a un trámite específico y final de la investigación impide todo efecto obstaculizador o dilatorio de la actividad investigadora.

No obstante, en todo momento del procedimiento –y, por tanto, también antes de este trámite final de complemento–, el fiscal, la defensa y los acusadores podrán tener acceso al Juez de Garantías para obtener el aseguramiento de una fuente de prueba siempre que exista un riesgo objetivo de pérdida que impida toda demora

Finalmente, hay que destacar la supresión en este procedimiento investigador del complejo sistema de recursos frente a resoluciones interlocutorias. Superada la forma procesal, de carácter secuencial, del procedimiento preparatorio, las impugnaciones de las decisiones del fiscal se realizan ante el Juez de Garantías en los casos expresamente señalados en la ley. Y en cuanto a las resoluciones de este juez, sólo serán recurribles los autos de sobreseimiento y los que acuerden las medidas cautelares solicitadas.

IV.4. La primera comparecencia del investigado ante el Ministerio Fiscal en la investigación principal

La actual imputación incluye la comunicación provisional de los cargos, así como la depuración judicial de los mismos una vez que el procedimiento preparatorio ha concluido y pretende ejercitarse la acción penal. Esa confusión ha llevado a que la primera de las dos funciones, esencial para el efectivo ejercicio del derecho de defensa, a consecuencia de la indebida intervención judicial, conlleve un mal entendimiento del derecho a la presunción de inocencia.

En tal sentido, y a fin de evitar esas consecuencias indeseables, el Anteproyecto de 2011 sustituye la imputación “inicial” por un acto de comunicación provisional de los cargos, la “primera comparecencia del investigado” ante el fiscal. Por otro lado, y respondiendo a esa finalidad garantista, este acto de comunicación debe ser lo más temprano posible, porque de su práctica derivan los derechos y garantías del investigado y, además, el comienzo del cómputo del plazo de la investigación.

Esta primera comparecencia se desliga muy acertadamente de toda finalidad indagatoria. Por eso se distingue claramente dicha primera comparecencia de la declaración del investigado, como diligencia que tiene una regulación específica y separada, y que se producirá con motivo del traslado de los cargos si así lo desea expresamente el propio afectado. Por su parte, ante cualquier ampliación de los cargos objetiva o subjetiva que el curso de la investigación imponga exigirá su traslado inmediato con una nueva comparecencia sujeta a los mismos requisitos.

Este sistema permitirá que no haya disfunciones entre el ámbito de defensa derivado de la práctica de la primera comparecencia y el que finalmente se determine con el escrito de acusación –por más que éste pueda resultar más detallado en la narración histórica–. Mientras en el sistema de la actual LECRIM existe una primera tesis acusatoria del Juez de Instrucción, y no siempre compartida por el fiscal, que genera contradicciones como apunta la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011 (*“que genera constantes idas y vueltas en el procedimiento, cuando no auténticas contradicciones conceptuales, como la falta de vinculación de la acusación a los límites fijados en el auto de procedimiento abreviado”*), el modelo propuesto por dicho texto sigue el sistema de la ley del Jurado, que diferencia adecuadamente la comunicación de cargos de las averiguaciones y diligencias de investigación y evita cualquier tesis judicial acusatoria.

La primera comparecencia del investigado, como acto extrajurisdiccional, se resume pues en las siguientes características esenciales.

a) En primer lugar, es un acto de parte, totalmente ajeno a la imputación. Como aclara la Exposición de Motivos del Anteproyecto,

[U]n modelo respetuoso con la presunción de inocencia ha de evitar que en el curso de la fase preparatoria se produzca una validación judicial anticipada de la viabilidad o verosimilitud de la acción penal, cargada del halo de independencia, equidistancia e imparcialidad de juicio que corresponde a la configuración constitucional del juez. Éste no se debe pronunciar sobre la verosimilitud de la tesis acusadora hasta el juicio de acusación de la fase intermedia, en el que procederá al rechazo o confirmación de los cargos definitivos, o, en otros términos, al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral.

Por tanto,

[E]l sobreseimiento judicial en la fase intermedia se relaciona con la nueva articulación del sistema de “imputación”. Como se ha expuesto anteriormente, la verdadera esencia jurisdiccional de la “imputación” no está en su dimensión de formulación provisional de cargos –asumida en el nuevo sistema como acto de parte en la llamada “primera comparecencia”– sino en su otra vertiente de verificación del fundamento de los cargos que la acusación pretende finalmente presentar. La misión jurisdiccional en la imputación se desenvuelve, por tanto, en el juicio de acusación mediante el examen judicial de los cargos definitivamente formulados por el actor y de la licitud de los elementos que los sustentan.

Es este el modelo de “imputación judicial” que, como paradigma común a los sistemas continentales y anglosajones, se ha establecido en el procedimiento ante la Corte Penal internacional. En el procedimiento establecido en el Estatuto de

Roma, una vez que la investigación ha concluido, la Sala de Cuestiones Preliminares ha de efectuar el juicio de acusación mediante una audiencia “de confirmación de los cargos” previa a la apertura del plenario. Este es el sistema por el que, en suma, se opta en la presente regulación.

En realidad, con esta opción legislativa no se hace otra cosa que volver nuevamente al espíritu de la regulación de 1882, que queda fortalecido. El juicio de acusación tenía en la fase intermedia del procedimiento ordinario un protagonismo similar al que se le atribuye en el nuevo modelo. Correspondía su ejercicio a un órgano distinto del juez instructor que había dirigido las investigaciones. La posterior regulación del procedimiento abreviado, al atribuir esta función al mismo Juez de Instrucción que había construido la tesis acusatoria e impulsado el procedimiento hasta la fase intermedia convirtió este juicio sobre el fundamento de la acusación en un trámite puramente nominal. Se trata, por tanto, también en el ámbito de la fase intermedia, de recuperar una función de control judicial que es esencial en un modelo garantista de proceso y que se ha visto devaluada por su atribución a un único juez con funciones de dirección de la investigación.

b) Por otro lado, el sistema de la primera comparecencia del investigado ante el fiscal es absolutamente acorde con el estándar fijado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para asegurar el conocimiento previo de la acusación, y es más acorde claramente con el principio de presunción de inocencia, ya que no cuenta con intervención judicial en el sentido de la actual imputación ya que, como se afirma en el Anteproyecto, “*lo que no es racional es que se formulen cargos por un juez*”.

c) La atribución de la condición de “investigado” mediante la primera comparecencia debe verificarse antes de la finalización de la investigación, en un momento que permita al sujeto pasivo alegar, aportar y proponer en su descargo lo que considere relevante. Lo trascendental, por tanto, de una información tardía es que pueda generar una situación material de indefensión.

Por tanto,

[L]a primera comparecencia resulta preceptiva en el texto articulado ante la presencia de datos o elementos objetivos que permitan dirigir el procedimiento contra una persona determinada, lo que se ha conocido en la tradición jurídica española como la presencia de indicios de criminalidad. A efectos de garantizar que el Ministerio Fiscal cumpla escrupulosamente con el deber de proceder a practicar la primera comparecencia tan pronto como estos indicios concurren, se establece un mecanismo estricto de sanción judicial al retardo injustificado que se produce al tiempo de examinar la legalidad de la actuación investigadora previa.

Dicha sanción se ubica en el juicio de acusación en la fase intermedia, momento en el cual el Juez de la Audiencia Preliminar realiza una labor de depuración de la

regularidad de la formación de la tesis acusatoria, que incluye la comprobación de que la primera comparecencia no ha sido retrasada indebidamente, de forma que haya impedido a la defensa alegar, proponer o aportar elementos de descargo que sean relevantes o irreproducibles con posterioridad.

d) “El control de la duración del procedimiento es una garantía orientada a la protección de los intereses de un concreto sujeto investigado. Hasta tanto las investigaciones no llevan a dirigir las sospechas hacia una persona determinada, la garantía de limitación temporal de la persecución estatal de la infracción cometida se encuentra en el plazo de prescripción señalado por la ley”.

Por tanto,

[E]l inicio de su cómputo ha de ligarse precisamente a la identificación del sujeto en el que se concreta la sospecha de responsabilidad criminal. En esta línea, la primera comparecencia del investigado tiene un doble efecto temporal. Por una parte, es el momento en que se interrumpe del plazo de prescripción del delito en relación con la persona investigada a la que se transmiten provisionalmente los posibles cargos. De otra, como garantía que viene a sustituir a la prescripción interrumpida, debe ser el momento inicial del cómputo del plazo de duración de la investigación.

El Anteproyecto opta por el sistema de un plazo prorrogable hasta un límite final insuperable.

En la medida en que las impugnaciones quedan diferidas al momento final del procedimiento, el espacio de investigación autónoma otorgado al Ministerio Fiscal es suficientemente amplio como para exigir una duración determinada, sin que tenga sentido arbitrar un mecanismo suspensivo. El cumplimiento de los plazos depende, por tanto, de la diligencia de los órganos de investigación en el ejercicio de sus funciones.

e) Por último, hay que poner en relación esta primera comparecencia del investigado con el sistema de publicidad externa de la investigación. El Anteproyecto establece un régimen de publicidad externa que llega a su máxima expresión en el acto del juicio oral, en el que, en determinadas circunstancias, los medios de comunicación pueden llegar incluso a transmitir públicamente el desarrollo de las sesiones. Pero respecto a la actividad investigadora, como momento preprocesal, el flujo de información que se transmite al exterior ha de ser objeto de un tratamiento muy cuidadoso para salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia.

Y en tal sentido, la ley de 1882 estableció una regla general de secreto *ad extra* del procedimiento instructor que en la práctica ha sido escasamente respetada, ya que como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto,

[L.]a implantación de facto de un sistema de difusión total e indiscriminada de cuanto acontece en el curso de la actividad investigadora oficial ha contribuido a la proliferación, no ya de juicios paralelos al que puede desarrollarse en el plenario en régimen de audiencia pública, sino más bien de juicios anticipados que se ponen en marcha desde la primera sospecha policial.

Y esta práctica actual incide básicamente en dos aspectos:

- En la sobrevaloración indebida de la investigación previa al juicio.
- Y en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del investigado.

De ahí que el Anteproyecto introduzca garantías y cautelas normativas que aseguren que la información transmitida se contraiga a lo necesario desde el punto de vista del interés informativo y que la presunción de inocencia conviva con la libertad de información. Dichas previsiones son básicamente dos:

- Por una parte, es el fiscal al que corresponde en exclusiva transmitir la información oficial del procedimiento de investigación que está bajo su dirección. Lo debe hacer, además, utilizando el cauce ordinario de las notas de prensa y los comunicados oficiales para alejar cualquier tipo de tratamiento privilegiado de unos medios frente a otros.
- Y, por otra, esto supone igualmente que, salvo autorización del fiscal responsable de la investigación, los órganos gubernativos y policiales no estarán autorizados para transmitir datos relativos al procedimiento en curso.

V. Intervención en la fase de investigación de acusadores no oficiales y del investigado

V.1. La intervención de la defensa en la fase de investigación

El modelo procesal penal debe garantizar en todo momento los derechos procesales de investigados y acusadores no oficiales.

Efectivamente, si la base de la acusación y la defensa sólo se pudieran preparar con la actividad investigadora del Ministerio Fiscal, podría resentirse gravemente la efectividad práctica de la acusación particular y de la defensa, ya que los mismos únicamente podrían fundamentar sus pretensiones en la actividad indagatoria del fiscal, es decir, únicamente en sus criterios y diligencias.

Esta conclusión no sería compatible con la inclusión de la acción penal del ofendido en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, tampoco con el

derecho de defensa del imputado, ni con la garantía de la igualdad de armas, ni en definitiva con la configuración constitucional del Ministerio Fiscal, cuya misión, con arreglo al art. 124.1 de la CE, es garantizar los derechos de los ciudadanos frente al resto de los poderes del Estado, hasta tal punto que el fiscal es controlador y garante de los derechos de los sujetos que participan en la relación jurídico-procesal de la investigación.

Así pues, atribuir la investigación al fiscal no significa atribuirle al mismo el monopolio de la acción penal, ni que los acusadores particulares dependan del Ministerio Fiscal a efectos de apertura del juicio oral o de fundamentar la acusación. Muy al contrario, las partes deben tener la oportunidad de intervenir en la actividad de investigación del Ministerio Fiscal; el fiscal debe investigar con plena sujeción al principio de imparcialidad y objetividad, consignando y apreciando las circunstancias adversas y favorables al reo; y las partes deben poder desarrollar la investigación, es decir solicitar diligencias de investigación y participar en las instadas por el fiscal.¹⁸

En cuanto a las garantías de los acusadores no oficiales, hay que dejar claro que la atribución en el Anteproyecto del procedimiento de investigación al Ministerio Fiscal (preliminar, principal y complementaria) no puede implicar en ningún caso encomendar al mismo el monopolio de la acción penal o de la acusación, con la correlativa desaparición de la acusación particular y de la acusación popular, ya que evidentemente en esta fase procedimental está en juego el derecho del ofendido o agraviado por el hecho delictivo a la tutela judicial efectiva, derecho que se verá satisfecho con la correspondiente resolución judicial sobre la apertura del juicio oral. Por tanto el acusador particular tiene el derecho a realizar la actividad encaminada a conseguir la apertura del juicio oral, lo que conlleva intervención en la investigación.¹⁹

¹⁸ Cazorla Prieto, “Diligencias previas practicadas por el Ministerio fiscal en la investigación penal”, en VVAA, *Cuadernos de Derecho Judicial. La instrucción del sumario y las diligencias previas*, CGPJ, Madrid, 1998, p. 199; Conde-Pumpido Ferreiro, “La investigación por el Ministerio Fiscal ...”, op. cit., p. 124.

¹⁹ Vives Antón, “Doctrina...”, op. cit., p. 107, señala en tal sentido que el monopolio de la acción penal en manos del Ministerio fiscal está prohibido por la CE; Armenta Deu, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Poder Judicial*, N° 41-42, 1996 (I), p. 72.

Hay autores que mantienen una postura restrictiva de la acusación particular en el modelo de fiscal investigador. En tal sentido, Ruiz Vadillo, “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial, Justicia Penal*, N° especial II, p. 76; Gimeno Sendra, “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad) y proceso penal monitorio”, en *Poder Judicial, Justicia Penal*, N° especial II, p. 46; Moreno Catena, “La justicia...”, op. cit., p. 315. E incluso hay quien mantiene la posibilidad de suprimir la acusación particular. Así, López Mora, “Reflexiones sobre las competencias actuales del Ministerio Fiscal”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado, Memoria de 1995*, Madrid, 1995, p. 97; Lanzarote Martínez, “La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio fiscal versus acción popular”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado, Memoria de 1995*, Madrid, 1996, pp. 701 a 720.

Y también hay un sector que piensa en la limitación de actuaciones de las acusaciones no oficiales en la fase de investigación. Así, Mateos Rodríguez-Arias, “El Ministerio Público en el nuevo

Y en referencia expresa al investigado, es inexcusable una previsión, como es la garantización de su posible participación activa en la investigación, de manera que el imputado pueda participar en las diligencias que decida el fiscal y solicitar las que entienda necesarias o convenientes para su defensa, de forma que ante la denegación de las mismas por el fiscal pueda acudir al Juez de Garantías.

En tal sentido, cuando hablemos de las garantías del investigado en una fase de investigación atribuida y dirigida por el Ministerio Fiscal, hay que referirse a varias actuaciones fundamentales:

- a) Es evidente que la existencia de una acusación es imprescindible para la apertura del juicio oral. En definitiva, y como se ha recogido en la jurisprudencia del TC, la “imputación” es una garantía para el sujeto pasivo del proceso penal, ya que dicha atribución en la participación criminal en unos determinados hechos le va a permitir a dicho sujeto personarse en la causa y ejercitar su derecho de defensa, tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga (entre otras, las SSTC 273/1993, de 20 de septiembre, y 37/1989, de 15 de febrero).²⁰

En tal sentido, y en el modelo de la investigación fiscal, hay que sopesar el riesgo de que el fiscal pudiese inquirir sin comunicar lo que busca e interrogar a un sospechoso sin hacerle saber por qué y de qué, sin hacer posible su defensa y sin proveerle de la asistencia letrada. Para evitar estas indeseables consecuencias hay que establecer legalmente el momento en el que el Fiscal debe realizar la imputación formal, o, como hemos visto, la primera comparecencia del investigado o traslado provisional de cargos. Ello deberá hacerse tras una investigación previa comunicada en cualquier caso al sospechoso y sometida a plazo preclusivo. Por otro lado, la detención, la petición de prisión preventiva o las medidas de investigación limitativas de derechos fundamentales deben conllevar en todo caso la “imputación”. Y, además, hay que prever que la persona investigada y aún no imputada pueda dirigirse al Juez de Garantías para que garantice su derecho de defensa ordenando al fiscal la realización de un acto de imputación o comunicación de cargos. Y como conclusión, la omisión de la comunicación de los cargos debe conllevar la nulidad de todas las diligencias practicadas en ausencia del imputado por vulneración del derecho fundamental a la defensa (art. 24.2 de la CE).²¹

Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la policía judicial”, en *Poder Judicial*, N° 34, junio 1994, p. 266, que opina que la actividad investigadora debe ser atribuida en exclusiva al fiscal y que la intervención del resto de partes habría que remitirla al momento de conclusión de dicha investigación cuando se formulase ante el juez la petición de sobreseimiento o de apertura del juicio oral.

²⁰ Moreno Catena, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982, p. 17 y ss.

²¹ Moreno Catena, “El proceso...”, op. cit., pp. 35 y 36. Este es el sentido de los arts. 374, 375 y 335 del Código Procesal Penal italiano, del art. 59.2 del Código portugués y de los arts. 93, 98 y 186 del Código Procesal Penal chileno.

- b) En segundo lugar, hay que contemplar el derecho del imputado a intervenir en la investigación fiscal y a la solicitud de diligencias de investigación que a su derecho convengan.

Y es que el derecho de defensa del imputado se traduce en otros derechos instrumentales también reconocidos por la CE, como la asistencia letrada, el derecho a la utilización de los medios de prueba oportunos para su defensa, o el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En cuanto a la utilización de medios de prueba, implica el derecho a participar en las diligencias de investigación, a ser oído en las mismas y a solicitar la práctica de las que considere necesarias para su defensa. Igualmente, en el ámbito de las atribuciones judiciales, el imputado tendrá derecho a un trámite contradictorio para la decisión sobre medidas limitativas de derechos fundamentales y medidas cautelares o preventivas. En definitiva, hay que reconocer claramente el derecho del investigado a defenderse para evitar medidas cautelares, limitaciones de derechos fundamentales o acusaciones infundadas.²²

En tal sentido, las medidas previstas en el Anteproyecto de 2011 son fundamentalmente dos. Por un lado, prever la intervención del imputado en la investigación que lleve a cabo el fiscal; de manera que las exclusiones o limitaciones a dicha participación atribuibles al fiscal puedan ser denunciadas ante el Juez de Garantías; y por otro, la posibilidad de que la defensa solicite diligencias al fiscal y ante la negativa del mismo a llevarlas a cabo se pueda acudir al Juez de Garantías para que ordene dicha práctica.²³

A continuación, desarrollamos brevemente dichas garantías.

V.1.1 Derechos de la defensa en la fase de investigación

Si bien es cierto que la investigación no es una fase jurisdiccional, y que el principio de contradicción tiene su máxima vigencia en el juicio oral, el Anteproyecto introduce un sistema de intervención del investigado y de ejercicio de derecho de defensa en la fase de investigación.

Dicho régimen de intervención de la defensa es limitado, sin que ello implique una minoración de las garantías de defensa, sino, muy al contrario, un refuerzo considerable si se tiene presente un principio básico del nuevo modelo: la ausencia de todo valor probatorio de las actuaciones practicadas en fase de

²² Damián Moreno, “La *inquisitio generalis* como alternativa al sobreesimiento provisional (A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1994”, en *La Ley*, 1995, I, p. 951.

²³ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, cit., pp. 68 y 73; Crespo Barquero, “Las garantías...”, op. cit., pp. 208 a 210; Moreno Catena, “Las diligencias...”, op. cit., pp. 214 y 229 a 232; “El proceso...”, op. cit., pp. 34 y 35; p. 957; Conde-Pumpido Ferreiro, “La investigación...”, op. cit., p. 124.

investigación, que no acceden al juicio oral más que en casos tasados, conforme a un rígido sistema de testimonios.

De esta manera, se intenta conseguir que no lleguen al juicio oral y por tanto al tribunal sentenciador más que los materiales absolutamente imprescindibles, correspondiendo al Juez de la Audiencia Preliminar la formación del que se denomina “expediente del juicio oral”, formado por una serie limitada de testimonios. Sólo se incluyen como testimonios de oficio que han de llegar al juicio oral los del propio auto de apertura y las calificaciones y proposiciones de prueba de las partes. Por tanto, salvo petición expresa, estos testimonios pueden ser los únicos elementos a disposición del órgano enjuiciador para celebrar la vista. Las partes podrán solicitar que a este contenido mínimo se sumen únicamente tres clases de materiales obtenidos durante la fase preparatoria de investigación:

- Los actos de aseguramiento de prueba personal,
- Las diligencias irreproducibles necesitadas de ratificación en el juicio y,
- Los elementos aportados como prueba documental.

Se prohíbe en todo caso que se libre testimonio de las diligencias policiales, de las declaraciones de testigos y de las exposiciones orales de los peritos que no hayan constituido actos de aseguramiento de prueba en el correspondiente incidente.²⁴

La defensa en la fase de investigación gozaría así de estos derechos:

- Conocer el contenido íntegro de la investigación.
- Aportar a la misma cuantos elementos de descargo se consideren necesarios.
- Proponer la práctica de las diligencias que puedan servir para su descargo, con posibilidad de acceder al Juez de Garantías en caso de denegación.
- Participar en la práctica de los actos de investigación.

Dicha proposición y participación en la actividad investigadora, si existe un riesgo de pérdida previsible de una fuente de prueba personal, da lugar a que la defensa pueda acceder directamente al Juez de Garantías a través del denominado en el Anteproyecto “*incidente de aseguramiento*”, sobre el que trataremos a continuación.

²⁴ “Fuera ya del expediente del juicio oral que ha de transmitirse al órgano de enjuiciamiento, se regulan los testimonios de uso de las partes. En este caso, sí podrán las acusaciones y defensas solicitar copias de las declaraciones prestadas en el procedimiento de investigación, a efectos de poner de manifiesto en el curso del juicio oral las contradicciones en que puedan incurrir los declarantes y establecer así su credibilidad”.

V.1.2. Derecho a conocer la investigación y sistema de secreto de las actuaciones

El derecho del investigado “a conocer” íntegramente la investigación, implica:

a) el conocimiento de los hechos punibles y de su calificación jurídica provisional, que se comunican al investigado en el acto de primera comparecencia al que ya nos hemos referido;

b) y el conocimiento de las actuaciones indagatorias realizadas, lo que supone, en definitiva, el acceso a todo lo actuado en la fase de investigación.

Sin embargo, este derecho cuenta con la excepción constituida por la necesidad de decretar el secreto de las investigaciones. Como se afirma en la Exposición de Motivos,

[E]n este supuesto, el conocimiento inherente a la formulación de cargos no desaparece sino que se pospone a un momento posterior que, en todo caso, no impida la efectividad del derecho de defensa. Esto implica, desde luego, un riguroso control judicial de la duración del secreto, sujeto en todo caso a un límite máximo que se fija coordinadamente con el de duración de la investigación para salvaguardar que la defensa goce siempre de un amplio margen de tiempo para alegar, discutir y proponer cuanto tenga por conveniente sobre los aspectos de la investigación a los que no ha podido tener acceso.

V.1.3. Derecho a la aportación de elementos de descargo

Del derecho a conocer íntegramente la investigación, con las excepciones material y temporalmente limitadas a las que nos referíamos antes, deriva la posibilidad de que la defensa lleve a cabo una actividad de descargo, y por tanto, a aportar elementos de descargo o de naturaleza exculpatoria ante el fiscal.

Los documentos, los informes periciales de parte, o las declaraciones testificales, si son rechazadas por el fiscal se incorporan bajo la fe pública del notario o del secretario judicial y, en su caso, podrán ser tenidas en cuenta por el Juez de la Audiencia Preliminar a la hora de confirmar o rechazar los cargos definitivamente formulados.

V.1.4. Derecho a interesar del fiscal la práctica de diligencias de investigación

Igualmente, desde la primera comparecencia y comunicación provisional de cargos, la defensa ostenta el derecho, no sólo a aportar elementos exculpatorios, sino también a interesar del fiscal la práctica de diligencias concretas y determinadas con la misma finalidad.

Ello plantea dos cuestiones de sumo interés, como son el grado de vinculación del fiscal a la solicitud de diligencias de investigación del investigado, y, además, el necesario control judicial ante la denegación por el fiscal de los actos de investigación interesados por el investigado. En este sentido, cabe resaltar:

a) En primer lugar, si bien es cierto que el fiscal director de la investigación debe conservar el poder de conformar el procedimiento y consiguientemente de determinar su contenido con cierta agilidad, también lo es que puede acordar

[L]as diligencias que le sean solicitadas por la defensa y que él mismo considere que pueden influir de forma relevante en su decisión sobre la procedencia de ejercer la acción penal. Ante la posible denegación infundada de una diligencia, se producirá, en cualquier caso, la debida articulación contradictoria del derecho a defensa. De este modo, el investigado podrá someter la denegación del fiscal a la revisión del Juez de Garantías, que se pronunciará sobre la pertinencia de los actos de investigación. El juez ordenará que éstos se practiquen cuando estime que son imprescindibles para demostrar la improcedencia de la acción penal que pretende ejercitarse. El investigado podrá así hacerlos valer en el juicio de acusación a efectos de lograr el correspondiente sobreseimiento.

b) A nuestro modo de ver acertadamente, el Anteproyecto, en segundo lugar, establece un sistema de control judicial aplazado a la fase final del procedimiento de investigación, en la que el fiscal deberá dar aviso de la conclusión de sus investigaciones y la defensa podrá reiterar su petición de diligencias. En esta “investigación complementaria”, la defensa podrá dirigirse al Juez de Garantías para obtener la práctica de diligencias que sean útiles y pertinentes y que hayan sido rechazadas por el fiscal en la investigación principal.

Este sistema diferido de control judicial a través de la investigación complementaria a instar del Juez de Garantías impide que el juez se involucre materialmente en la dirección de la investigación, e igualmente evita dilaciones indebidas en la misma, ya que cada denegación de diligencia a la defensa no es objeto de impugnación ante el Juez de Garantías paralizando la investigación o distorsionando la misma.

V.1.5. Derecho a participar en la práctica de diligencias de investigación

Como bien se argumenta en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011:

[E]l nuevo modelo de proceso penal ha de eludir cualquier confusión entre las diligencias de investigación y las verdaderas pruebas. Ha de evitar, por ello, que se reproduzcan miméticamente las formalidades que sólo adquieren verdadera funcionalidad en el acto del juicio oral. De ahí que se excluya deliberadamente la intervención activa de las partes en las declaraciones de testigos o

exposiciones de peritos que se realicen ante el Fiscal –que no constituyen actos de aseguramiento de prueba y que, por tanto, no pueden acceder al juicio oral–. La práctica actual que convierte las declaraciones de la fase investigadora en solemnes ensayos de prolijos interrogatorios no tiene más virtualidad que la de dilatar la ágil tramitación del procedimiento preparatorio.

Sin embargo, en la regulación de todos y cada uno de los medios de investigación, se prevé la intervención de la defensa, que:

[V]a desde la aportación de personas de rasgos similares en la diligencia identificación visual hasta la garantía de la presencia del investigado y su letrado en las diversas modalidades de entradas y registros o de inspecciones oculares –o en las autopsias, las exhumaciones o la reconstrucción de hechos–, hasta las comparencias inmediatamente subsiguientes al cese de las interceptaciones de comunicaciones.

Si bien la defensa goza en el Anteproyecto de un sistema de intervención en los actos concretos de investigación decretados por el fiscal, además del derecho a conocer la investigación y proponer diligencias concretas, no se establece el mismo sistema para los acusadores no oficiales, que pueden conocer la investigación, aportar elementos útiles a la misma y proponer diligencias –con la misma posibilidad de control judicial de la denegación–, pero carecen, de entrada, de la facultad de participar en la realización de los concretos actos investigadores.

Por otro lado, y ante la previsible imposibilidad de práctica de algún acto de prueba en el juicio oral, el Anteproyecto contempla el denominado “incidente de aseguramiento de la prueba”, a tramitar en la investigación o en la fase intermedia. No se trata de un sistema de prueba anticipada sino de aseguramiento de la prueba ante el previsible riesgo de pérdida de la fuente de la misma antes del juicio oral. Por tanto, los actos de aseguramiento sólo deben acceder al juicio oral cuando el riesgo prevenido se haya materializado, y haya devenido imposible la práctica de la prueba en su ubicación natural que es el juicio oral.

La práctica del acto de aseguramiento de la prueba se realizaría en régimen de plena contradicción ante el Juez de Garantías, que será el que valorará su procedencia ante la petición del fiscal o de la defensa, y presidirá el incidente. El acto realizado, debidamente documentado y custodiado por el Secretario, será testimoniado en caso de apertura del juicio oral. En el plenario se procederá a su lectura si el riesgo que motivó el aseguramiento se materializa y la verdadera prueba no puede practicarse.

Como decíamos antes, el acto de aseguramiento también podrá tener lugar en la fase intermedia si es en dicho momento cuando se detecta el riesgo de imposibilidad de práctica del acto de prueba en el juicio oral que lo justifica. Ahora bien, si dicho riesgo sobreviene, abierto el juicio oral, y antes del comienzo de las

sesiones del plenario, lo que procederá será un acto de prueba anticipada ante el tribunal sentenciador.²⁵

V.2. La intervención de los acusadores no oficiales en la fase de investigación

Las acusaciones no oficiales personadas en la causa podrán conocer íntegramente las investigaciones, y aportar los elementos que estimen útiles a la acusación. Del mismo modo, podrán también utilizar el ya visto trámite de la investigación complementaria a instar del Juez de Garantías ante la denegación de diligencias de investigación por el fiscal.

Si finalizada la investigación con las diligencias complementarias el fiscal considera que no hay elementos suficientes para ejercer la acción penal, los acusadores no públicos —o las víctimas que en este momento decidan personarse— podrán acceder a la fase intermedia para ejercer la acusación impugnando ante el Juez de Garantías el decreto de archivo del fiscal. En caso de estimación de esta impugnación, los actores presentarán su escrito de acusación y el Juez de la Audiencia Preliminar realizará el control correspondiente, disponiendo el sobreseimiento o la apertura del juicio oral. Las acciones penales no públicas en discrepancia del criterio del fiscal serán plenamente posibles pero quedarán sujetas, de este modo, a un doble control judicial.

²⁵ Como se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “*el incidente de aseguramiento también da cabida a dos supuestos que no obedecen al fundamento general de la institución... Se trata de los casos de confesión judicial urgente del investigado y de declaración de personas vulnerables. Ambos se caracterizan por estar desde un principio orientados a acceder al juicio oral, sin depender del riesgo de pérdida de la fuente de prueba. Es más, en el caso de la exploración del menor a través de expertos, se busca justamente evitar la práctica de un examen contradictorio en el acto del juicio oral. Ignorar estos dos supuestos excepcionales habría sido tanto como legislar de espaldas a la realidad.*”

El supuesto de las personas vulnerables enlaza con las exigencias del Derecho Europeo y del llamado “Estatuto de la Víctima”. Cuando resulta absolutamente inidóneo el examen contradictorio del testigo por las propias condiciones de edad, enfermedad o discapacidad que presenta, se debe establecer un cauce especial de aseguramiento. Se ha optado en este caso concreto por incluir la colaboración de un especialista con conocimientos idóneos para entablar la adecuada comunicación con el testigo menor. Se podrán obtener de este modo los datos pertinentes evitando en lo posible la victimización secundaria.

En lo relativo a la confesión, es evidente que no sería asumible socialmente un sistema que no admitiera, siempre que concurren determinadas condiciones legales, un cierto valor de la que presta el investigado antes del juicio. De ahí que se haya establecido para este caso la exigencia de intervención judicial, entendiendo que la presencia del juez constituye el grado máximo de garantía con el que se puede validar la autenticidad de esa confesión”.

Cuando el sujeto investigado, que habrá podido entrevistarse con su letrado antes de declarar ante el fiscal, confiese su participación en los hechos, podrá ser llevado ante la autoridad judicial para que reproduzca su declaración autoincriminatoria. Se exigirá siempre la presencia de su letrado —o, en los casos de extrema urgencia en los que éste no pueda ser hallado, la del designado de oficio para asistirle en el acto—. Cuando se haya procedido de este modo, el testimonio de la confesión se incluirá en el expediente de juicio oral y se podrá proceder en todo caso a su lectura en el plenario”.

Cuando, en cambio, el fiscal, una vez complementada la investigación, decida ejercer la acción pública, los acusadores alternativos podrán dar a su escrito de acusación el contenido que, en su opinión, exijan las circunstancias, ejerciendo igualmente el Juez de la Audiencia Preliminar el control de todas las acusaciones personadas, sean o no públicas.

El modelo ideado por el Anteproyecto de 2011 ya hemos visto que trata de evitar la implicación material del juez en la investigación. Para ello, la sistemática procedimental ideada supone necesariamente la diferenciación entre el archivo de la investigación, la impugnación del mismo y la posible práctica de investigación complementaria, y, por otro lado, el juicio de depuración de las acusaciones. La primera queda residenciada en el Juez de Garantías y la segunda en el Juez de la Audiencia Preliminar. Si se hubiera optado por una fase intermedia atribuida a éste último, el juicio sobre la acusación hubiera quedado absolutamente desvirtuado. En tal sentido, como se afirma en la Exposición de Motivos:

[S]i se encomendara al Juez de la Audiencia Preliminar no sólo la misión de rechazar las acusaciones infundadas –practicando para ello eventuales diligencias de descargo– sino también la de contribuir a la construcción del fundamento de las acusaciones no públicas –practicando diligencias de eventual significación acusatoria–, se quebrantaría gravemente la naturaleza institucional del juicio de acusación. Ya no se trataría de un trámite de depuración, en garantía de la defensa, de la acción penal ejercitada, sino de una segunda investigación alternativa a la del Ministerio Fiscal de la que podría resultar la creación de una acción penal respaldada por el juez.

Por tanto, el complemento de la investigación tiene lugar ante el Juez de Garantías. Se produce una vez que el fiscal ha terminado sus propias diligencias y está en condiciones de tomar su decisión. Se preserva así la agilidad de la investigación previa y la pureza del posterior juicio de acusación, encomendado al Juez de la Audiencia Preliminar.

Es de resaltar en este punto la diferencia esencial entre este modelo de investigación complementaria y las actuales “diligencias complementarias obligatorias” para el juez en la fase intermedia. Como afirma la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “se acaba así con el absurdo sistema actual de diligencias complementarias “obligatorias” para el juez. En la legislación vigente, puesto que la dirección marcada por el juez, al no ser éste el titular de la acción pública, no garantiza que se hayan obtenido los elementos necesarios para ejercer o descartar la acusación, la autoridad judicial queda obligada a practicar las diligencias complementarias que le solicita el fiscal, a quien ya se ha dado plazo para presentar su escrito de acusación”.²⁶

²⁶ Culminada la investigación, y “ejercitada la acción penal se pone fin a la intervención limitada del juez, pasando las actuaciones a cobrar una impronta plenamente jurisdiccional. Comienza, así, la dinámica propia del verdadero proceso, en el que ha de decidirse sobre la pretensión concretamente formulada de imponer una determinada

VI. Tres conclusiones básicas sobre el modelo de Ministerio Fiscal como director de la investigación en el anteproyecto de 2011

VI.1. El proceso penal en el que la investigación se atribuya al Ministerio Fiscal es más acorde con el principio acusatorio

La actual instrucción judicial, de acuerdo a lo que llevamos afirmado, es esencialmente inquisitiva o inquisitorial.²⁷ El modelo del fiscal investigador supone pues, desde un punto de vista positivo, llevar a esta fase procedimental el principio acusatorio y en definitiva, la realización de dicho principio en todas las fases del proceso penal.

Si en el juicio oral el principio acusatorio impone la separación entre el sujeto acusador y el que decide no es consecuente la entrega de ambas funciones durante la instrucción, es decir, la investigación y las decisiones en materia de medidas cautelares y derechos fundamentales, a un solo sujeto.

Nuestro proceso penal actual evidentemente respeta las exigencias esenciales del principio acusatorio, en cuanto a la imparcialidad en el enjuiciamiento, de manera que se diferencia entre órgano instructor y órgano sentenciador; la acusación es formulada por un sujeto diferente al juez, lo cual condiciona la apertura del juicio oral; y, en tercer lugar, el contenido de la acusación es fijado por el acusador, y tal contenido es el objeto del proceso y del enjuiciamiento.

Pero el sistema procesal penal español es en la actualidad acusatorio formal o mixto, es decir, hay manifestaciones inquisitivas, en cuanto que la investigación la preside y dirige el Juez de Instrucción. Evidentemente, la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal implica la implantación del principio acusatorio y de la estructura acusatoria en la investigación, de forma similar a la del juicio oral.

De la propia Exposición de Motivos de la actual LECRIM de 1882, se extraen al respecto conclusiones muy reveladoras. Efectivamente, como ya apuntábamos al principio de estas páginas, la LECRIM intentó, como afirma Vives

pena al ciudadano acusado. 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”.

- a) El Juez de la Audiencia Preliminar, cuya misión es el control y depuración de las acusaciones. *“La misión del juez en la audiencia preliminar del nuevo modelo de proceso es la de proceder al juicio de acusación y determinar, por tanto, si la acción penal interpuesta está suficientemente fundada. Este magistrado llamado a decidir si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento no interviene después en el desarrollo del plenario”.*
- b) El Juez o Tribunal encargado del juicio oral (enjuiciamiento y sentencia)

²⁷ Moreno Catena, “Las diligencias...”, p. 214; Rodríguez Ramos, “¡Muerte al juez inquisitivo! (Comentario a la sentencia 186/1990 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional, y algo más)”, en *La Ley*, N° 1, 1991, p. 1089.

Anton,²⁸ romper con la tradición inquisitiva, aunque no se atrevió a instaurar de golpe el sistema acusatorio en la fase de instrucción atribuyendo la investigación oficial al Ministerio Fiscal, y se optó finalmente por un sistema híbrido, conocido como acusatorio formal.

En definitiva, entendemos que la instrucción judicial es inquisitiva o inquisitorial, y que el modelo de fiscal investigador oficial implica llevar el principio acusatorio a la investigación, es decir, la realización del principio acusatorio en todas las fases del proceso penal.²⁹

VI.2. La atribución de la investigación al Ministerio Fiscal propicia una actuación del juez más objetiva e imparcial en la investigación

Efectivamente, como afirma acertadamente Moreno Catena,³⁰ una fase de investigación penal conferida al fiscal potencia y favorece decididamente la imparcialidad judicial en este momento procesal.

Y ello es así porque el Juez de Garantías no es el encargado de culminar la investigación, sino de controlar su legalidad y de garantizar los derechos de las partes.

Actualmente, es obvio que en España partimos de un contrasentido evidente, ya que un mismo juez investiga, y a la vez garantiza la legalidad de la investigación, y por ende los derechos de las partes. Esto no es sino una confusión de papeles. El investigador no puede ser el juez de la investigación. La investigación del juez compromete gravemente su posición jurisdiccional, en cuanto a la imparcialidad, cuando decreta medidas cautelares o medidas limitativas de derechos fundamentales.

De acuerdo con la posición mayoritariamente defendida por el TC español, y por la doctrina,³¹ el principio acusatorio se refiere a la imparcialidad judicial, inicialmente centrada en la distinción entre órgano instructor y decisor, la necesidad de acusación para que haya proceso penal y juicio oral, formulada por un sujeto distinto del juez, y la determinación del objeto del proceso por las partes.

²⁸ Vives Antón, *Comentarios...*, op. cit., p. 104.

²⁹ Vives Antón, *Comentarios...*, op. cit., pp. 75, 104, 131 y 135; Moreno Catena, “Las diligencias...”, op. cit., pp. 213 y 214; Rodríguez Ramos, “¡Muerte...”, op. cit., pp. 1089, 1090, 1092 y 1093; Quintero Olivares, *La justicia...*, op. cit., pp. 151, 152, 160 y 162; Crespo Barquero, “Las garantías...”, op. cit., pp. 199 y 200. En parecidos términos, las *Memorias de la FGE* de los años 1988, 1990, 1991, 1992 y 1998.

³⁰ Moreno Catena, “El proceso...”, op. cit., p. 36.

³¹ Por todas, ver la STC 277/1994, de 17 de octubre. La doctrina en igual sentido, está recogida resumidamente en Martín Pastor, *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Zaragoza, 2005, p. 359.

Pero ya decíamos anteriormente, que si este es el contenido básico del principio acusatorio, otra cosa es el sistema acusatorio, que implica el principio del mismo nombre llevado a todas las fases del proceso, lo que implicaría el sistema acusatorio puro, frente al actual modelo español de sistema acusatorio formal o mixto, ya que existen manifestaciones inquisitivas plasmadas en la instrucción.

Y estas manifestaciones inquisitivas, obviamente no hacen referencia tanto a un déficit de garantías procesales en la investigación, sino a la falta de imparcialidad del órgano instructor, que hace pesquisas sobre el imputado, le investiga y a la vez tutela sus derechos fundamentales.

Por eso hemos distinguido entre principio acusatorio, referido esencialmente al juicio oral, y a garantizar la imparcialidad del juzgador, y sistema acusatorio o adversarial, referido a todo el proceso penal, incluida la fase de investigación, en la que debe quedar garantizada la imparcialidad del juez que intervenga en ella, lo cual se consigue más adecuadamente con la figura del fiscal investigador.

Llevar el sistema acusatorio a la instrucción conlleva pues la distinción entre órgano investigador y juez decisor en la instrucción, lo que se conseguiría con la atribución de la investigación al Ministerio Fiscal.

Y con ello, y a salvo de las resoluciones reservadas al Juez de Garantías, en virtud del art. 117.4 de la CE, se suprimiría la incoación del proceso de oficio por el juez, siendo las partes (acusadoras y acusadas) las que solicitaran medidas cautelares o medidas de investigación y las que solicitaran la apertura del juicio oral o el sobreseimiento.

De esta manera, apartando al juez de la iniciación del proceso, y de la propia estrategia de la investigación, se garantizaría debidamente su imparcialidad a la hora de resolver sobre dichas solicitudes.³²

El procedimiento de la investigación dirigido por el fiscal no supone pues la desaparición de las garantías judiciales, sino, muy al contrario, su reforzamiento y un replanteamiento de roles y papeles del juez y del fiscal. El Juez de Garantías o de control de la instrucción³³ controlaría la legalidad de la investigación y garantizaría efectivamente los derechos de las partes y los principios constitucionales de la investigación. Sería un juez encargado de:

³² Carnelutti, "Poner en su puesto al Ministerio Público", en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, p. 217.

³³ A estas diversas denominaciones, se refieren Crespo Barquero, "Las garantías...", op. cit., pp. 204, 205, 207, 211 y 238; y De Llera Suarez-Barcena, "La inculpación en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado", en *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 2, julio-diciembre de 1995, p. 183.

- a) Adoptar las medidas limitativas de los derechos fundamentales, tanto cautelares como de investigación.
- b) Controlar la efectiva comunicación de cargos al sujeto pasivo.
- c) Recibir y practicar los actos de aseguramiento de la prueba que deban realizarse en la investigación.
- d) Pronunciarse sobre las personaciones de las partes.
- e) Velar para la efectiva intervención de las partes en la investigación.

Este es el sentido que se acogió en el sistema procesal que diseña el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, en el que el Ministerio Público es el responsable de la investigación preliminar, y el juez controla el ejercicio de ese poder cuando resultan afectados los derechos y las garantías individuales básicas.³⁴

En la Exposición de Motivos de este Documento se afirma acertadamente que no es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficiente, y al mismo tiempo, en un celoso guardián de la seguridad individual, “*el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor*”. La investigación judicial quebranta pues la imparcialidad del juez para llevar a cabo los actos en garantía de derechos, ya que es evidente que para decidir tales actos el juez tiene que valorar la verosimilitud de los resultados de la investigación que él mismo ha llevado a cabo.

El derecho a un juez imparcial impide la posibilidad de acumular en un mismo órgano jurisdiccional funciones instructoras y decisorias. Cuando el juez de la instrucción haya desarrollado una actividad indagatoria previa, su imparcialidad podría estar comprometida (basta el riesgo de que así sea) para adoptar una prisión preventiva, decidir una medida restrictiva de derechos o abrir de oficio el juicio oral o decidir el sobreseimiento sin que nadie se lo inste o solicite. Ya afirmó el TC en la STC 145/1988, de 12 de julio, aunque refiriéndose a la distinción entre juez instructor y juez decisor, que la realización de actos de investigación directa por el juez compromete su imparcialidad para otros actos jurisdiccionales, ya que la investigación es un prejuzgamiento, o una actividad inquisitiva potencialmente generadora, al menos aparentemente, de prejuicios en el juez a la hora de adoptar otras decisiones.

VI.3. La investigación por parte del Ministerio Fiscal favorece la celeridad y eficacia en el proceso penal

La investigación por parte del Ministerio Fiscal facilitaría el cumplimiento de un sistema real de plazos para la investigación, tal y como sucede por ejemplo en los procesos italiano o portugués, que obligaría a culminar la investigación en unos tiempos concretos.

³⁴ Código Procesal Civil y Procesal Penal. Modelos para Iberoamérica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 207 a 406.

Y no es que planteemos el debate entre una investigación judicial garantista o una investigación fiscal eficaz³⁵ y rápida, ya que ambas cualidades conviven plácidamente en el modelo de fiscal investigador. Una investigación fiscal sería indudablemente más ágil pero a la vez el control judicial estaría presente, tal y como hemos defendido en este trabajo.

Además, entendemos que dicho esquema competencial evitaría en mayor medida la tendencia de una instrucción judicial que conduce a la vaciedad probatoria del juicio oral y de un Juez de Instrucción que genera actos de prueba.

En tal sentido, el modelo de la investigación judicial puede originar la tendencia a la atribución de valor probatorio a la investigación realizada, precisamente porque dicha investigación se ha llevado a cabo por un juez. Como afirma Gimeno Sendra,³⁶ la aptitud del juez instructor, como órgano independiente, de generar actos de prueba durante la instrucción, sobre los cuáles el juez o tribunal sentenciador pueda fundamentar una sentencia de condena, convierten a la instrucción en lo que el autor llama gráficamente “*un arsenal probatorio*”, y al juicio oral en un acto sin trascendencia. El resultado de todo ello es que en tanto en la fase instructora, ante la exhaustividad del juez instructor en acumular prueba de cargo, es de una duración extralimitada, el juicio oral es demasiado rápido.

Ante esta situación, si se atribuye la investigación al fiscal se produciría el efecto positivo de la no utilización de documentos de la investigación como prueba, en aras de una prueba practicada en el juicio oral en régimen de oralidad, inmediación y contradicción. Y ello es así porque con carácter general las diligencias del fiscal no tienen valor probatorio, por lo que la investigación sería sensiblemente más rápida, al reconducirse a las diligencias estrictamente necesarias, pertinentes y útiles para fundamentar la apertura del juicio oral o en su caso el sobreseimiento de la causa.³⁷ En definitiva, la instrucción sería más ágil y rápida porque el centro de la actividad probatoria se desplaza al juicio oral, a salvo, claro está, de los supuestos generales y específicos de aseguramiento de la prueba en la fase de investigación y en la fase intermedia, o de prueba anticipada una vez abierto el juicio oral y antes del comienzo de las sesiones del plenario.

La investigación por el Ministerio Fiscal evita una duplicidad de órganos para iguales funciones y una duplicidad de estructuras para la investigación, la del

³⁵ Martín Pastor, *El Ministerio Fiscal...*, op. cit., p. 385.

³⁶ Gimeno Sendra, “El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española”, en *Justicia*, N° II, pp. 489 y 492; “Las partes...”, op. cit., pp. 98 a 100.

³⁷ Moreno Catena, “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, N° especial II, p. 162.

Ministerio Fiscal y la del Juez de Instrucción, y, además, evitaría la duplicidad de diligencias que actualmente llevan a cabo el juez, el fiscal y la policía.³⁸

Y, por último, y no menos importante, la atribución de la investigación al fiscal es el punto de partida innegable para la articulación del principio de oportunidad reglada y para la implementación de la justicia penal restaurativa a través de mecanismos como la mediación penal.³⁹

³⁸ *Libro Blanco del Ministerio Fiscal*, op. cit., p. 67; Moreno Catena, “Garantía...”, op. cit., p. 165.

³⁹ González Cano, “La mediación penal y penitenciaria”, en VVAA, *La mediación familiar, la mediación penal y penitenciaria, el estatuto del mediador, un programa para su regulación*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2008, pp. 311 a 336; González Cano, “La mediación penal en España”, en VVAA, *La mediación penal para adultos, una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, países escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, coord. por Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 21 a 56.

BIBLIOGRAFÍA

- ❖ ARMENTA DEU, Teresa: “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”, en *Poder Judicial*, Nº 41-42, 1996.
- ❖ CARNELUTTI, Francesco: “Poner en su puesto al Ministerio Público”, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961.
- ❖ CAZORLA PRIETO, Soledad: “Diligencias previas practicadas por el Ministerio Fiscal en la investigación penal”, en VVAA, Cuadernos de Derecho Judicial. *La instrucción del sumario y las diligencias previas*, CGPJ, Madrid, 1998.
- ❖ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: “La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal”, en VVAA, *El Poder Judicial en Europa, Conferencia en Madrid de los Presidentes y Fiscales Generales de los Tribunales Supremos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Ponencias*, t. III, Madrid, 1989.
- ❖ CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín: VVAA, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Madrid, 2001.
- ❖ 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)”, en VVAA, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, VI. La investigación del fiscal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998.
- ❖ DAMIÁN MORENO, Juan: “La *inquisitio generalis* como alternativa al sobreesimiento provisional (A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 26 de octubre de 1994)”, en *La Ley*, 1995.
- ❖ DE DIEGO DIEZ, Luis Alfredo: “El principio ‘el que instruye no debe juzgar’ como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, en *Poder Judicial*, Nº 8, 1987.
- ❖ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, Emilio: *El modelo constitucional de investigación penal*, Valencia, 2001.
_____ “La inculpación en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado”, en *Revista del Ministerio Fiscal*, Nº 2, julio-diciembre de 1995.
- ❖ DELMAS – MARTY, Mireille: *Modelos actuales de política criminal*, Madrid, 1986.
- ❖ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, “Introducción”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado. Memoria de 1986*, Madrid, 1987.
_____ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, “Introducción”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado. Memoria de 1987*, Madrid, 1988.
- ❖ GIMENO SENDRA, José Vicente: “Las partes acusadoras”, en VVAA, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, Valencia, 1989.
_____ “El nuevo Código Procesal Penal portugués y la anunciada reforma global de la justicia española”, en *Justicia*, Nº II.
_____ “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad) y proceso penal monitorio”, en *Poder Judicial*, Nº especial II.
- ❖ GONZÁLEZ CANO, María Isabel: “Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores”, Junta de Andalucía, Consejería de Gobernación y Justicia, Sevilla, 2002.
_____ “Valoración de las reformas procesales operadas por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores (I y II)”, en *La Ley*, Nº 6742, 25 de junio de 2007.
_____ “La dirección de la investigación penal por el Ministerio Fiscal”, en *Revista de Derecho Procesal Penal*, vol 2007, II. La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal I, dirigida por el Prof. Donna, Instituto de Ciencias Penales de Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed., Buenos Aires 2007.
_____ “La mediación penal y penitenciaria”, en VVAA, *La mediación familiar, la mediación penal y penitenciaria, el estatuto del mediador, un programa para su regulación*, Centro de Estudios Jurídicos, Aranzadi, Navarra, 2008.

- _____ “La mediación penal en España”, en VVAA, *La mediación penal para adultos, una realidad en los ordenamientos jurídicos (experiencias en España, EEUU, Inglaterra y Gales, países escandinavos, Francia, Alemania, Portugal, Brasil y Chile)*, coord. por Barona Vilar, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- ❖ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.
 - _____ “Investigación del Ministerio Fiscal y limitación de derechos fundamentales”, en *La prueba en el proceso penal*, Cursos, vol. XII; CEJ, Madrid, 1993.
 - ❖ LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo: “La acusación penal: ¿ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado, Memoria de 1995*, Madrid, 1996.
 - ❖ LÓPEZ MORA, Nuria: “Reflexiones sobre las competencias actuales del Ministerio Fiscal”, en VVAA, *Fiscalía General del Estado, Memoria de 1995*, Madrid, 1995.
 - ❖ 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”, en *Poder Judicial*, Nº 34, junio 1994.
 - ❖ MARTÍN PASTOR, José: *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Zaragoza, 2005.
 - ❖ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: “La instrucción de las causas por delitos. Naturaleza. Órgano que debe realizarla”, en VVAA, *Cuadernos de Derecho Judicial. La instrucción del sumario y las diligencias previas*, Nº3, CGPJ, Madrid, 1998.
 - ❖ MORENO CATENA, Víctor: “La justicia penal y su reforma”, en *Justicia*, 1988.
 - _____ “Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa”, en VVAA, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal, VI*, Madrid, 1997.
 - _____ “El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apunte sobre la imparcialidad del juzgador”, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, nº 146825, de septiembre de 1987.
 - _____ “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, en VVAA, *Sistemas penales europeos*, CGPJ, Madrid, 2002.
 - _____ *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.
 - _____ “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, Nº especial II.
 - ❖ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *La justicia penal en España*, Pamplona, 1998.
 - ❖ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis: “¡Muerte al juez inquisitivo! (Comentario a la sentencia 186/1990 de 15 de noviembre del Tribunal Constitucional, y algo más)”, en *La Ley*, Nº 1, 1991.
 - ❖ RUIZ VADILLO, Enrique: “La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal”, en *Poder Judicial*, Justicia penal, Nº especial II.
 - ❖ VIVES ANTÓN, Tomás: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, en *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995.
 - _____ *Comentarios a la Ley de medidas urgentes de reforma procesal. II La reforma del proceso penal*, Valencia, 1992.