



TESIS DOCTORAL

Programa de doctorado: Derecho Política y Justicia

Derecho Procesal

Departamento de Ciencia Jurídica

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

UNIVERSIDAD MIGUEL HERNÁNDEZ

**LA INVESTIGACIÓN FISCAL
EN UN SISTEMA ACUSATORIO FORMAL**

Directora:

DRA. DÑA. OLGA FUENTES SORIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO PROCESAL

Autor:

SANTIAGO GUIBERT OVEJERO-BECERRA

2015



Dra. Dña. Olga Fuentes Soriano, Catedrática de Universidad de Derecho Procesal, Departamento de Ciencia Jurídica, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Miguel Hernández,

CERTIFICA:

Que la tesis doctoral titulada “La investigación fiscal en un sistema acusatorio formal” de la que es autor Santiago Guibert Ovejero–Becerra, ha sido realizada bajo mi dirección.

Y tras valorar el trabajo realizado por el aspirante al Título de Doctor,

AUTORIZO

Su presentación y defensa ante el Tribunal correspondiente.

Y para que conste a los efectos oportunos, firmo el presente certificado en Elche a 10 de febrero de 2015.

Fdo: Profa. Olga Fuentes Soriano



Dr. D. José Antonio Pérez Juan, Director del Departamento de Ciencia Jurídica de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández,

CERTIFICA:

Que, Santiago Guibert Ovejero–Becerra ha realizado bajo la coordinación de este Departamento, su memoria de tesis doctoral titulada “La investigación fiscal en un sistema acusatorio formal”, cumpliendo todos los objetivos previstos, finalizando su trabajo de forma satisfactoria para su defensa pública y capacitándole para optar al grado de Doctor.

Lo que certifico en Elche, a 10 de febrero de 2015

Fdo: José Antonio Pérez Juan

“La investigación que por medio del sumario se hace de la realidad del hecho punible y sus circunstancias, de la responsabilidad de las personas y diversos grados de la misma, se comparte hoy entre la autoridad del juez y la inspección del Ministerio Fiscal (...) la Ley no ha aplicado el principio [de imparcialidad] con estricto rigor. De aceptarlo en su integridad, la lógica habría exigido que, como en otros países acontece, se encomendase exclusivamente al Ministerio Fiscal la instrucción del sumario, considerado, en tal sistema, como la mera preparación de la acusación fiscal”¹.



¹ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1885, pág. 16.

ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS RECTORES DEL MINISTERIO FISCAL

1. SOBRE LA DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL	24
2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL	29
2.1. Antecedentes históricos del principio de legalidad del Ministerio Fiscal.....	30
2.1.1. El Legislador constituyente y el principio de legalidad del Ministerio Fiscal.....	33
2.2. El desarrollo legislativo del principio de legalidad del Ministerio Fiscal.....	36
2.3. Las dos acepciones del principio de legalidad.....	43
2.3.1. La acepción negativa del principio de legalidad: el principio de oportunidad.....	44
2.3.1.1. El principio de legalidad y el principio de obligatoriedad de la acusación penal.....	46
2.3.1.2. La legalización de la oportunidad.....	68
2.3.1.3. Discrecionalidad técnica: concurrencia de decisiones posibles y válidas.....	72
2.3.1.4. La naturaleza procesal del principio de oportunidad.....	74
2.3.1.5. El principio de oportunidad en los delitos públicos.....	76
2.3.1.6. El principio de oportunidad en los delitos privados.....	78
2.3.1.7. El principio de oportunidad en los delitos semipúblicos.....	80
2.3.1.8. El principio de oportunidad en el proceso penal español.....	86
2.3.1.8.1. El principio de oportunidad en la fase inicial del proceso.....	87
2.3.1.8.1. La conformidad.....	90
2.3.1.9. El futuro del principio de oportunidad reglada.....	98

2.3.1.10. La mediación penal.....	100
2.3.2. La acepción positiva del principio de legalidad: garantía de la imparcialidad del fiscal.....	107
2.3.2.1. Respeto de la función del Ministerio Fiscal de velar por la independencia de los Tribunales.....	110
2.3.2.2. Respeto del ejercicio de la política criminal del Gobierno.....	113
2.3.2.3. Respeto de instrucciones <i>ad intra</i> en el Ministerio Fiscal...	114
2.4. El fiscal como promotor de la defensa de la legalidad.....	115
3. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL...	118
3.1. Antecedentes históricos del principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal.....	118
3.1.1. El Legislador constituyente y el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal.....	125
3.2. El desarrollo legislativo del principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal.....	130
3.3. Exigencias para un fiscal imparcial según la actual legislación.....	132
4. PRINCIPIOS ORGÁNICOS DEL MINISTERIO FISCAL: UNIDAD DE ACTUACIÓN Y DEPENDENCIA JERÁRQUICA.....	143
4.1. Sobre el tratamiento conjunto de los principios orgánicos del Ministerio Fiscal.....	143
4.2. Antecedentes históricos de los principios orgánicos del Ministerio Fiscal...	146
4.2.1. El Legislador constituyente y los principios orgánicos del Ministerio Fiscal.....	153
4.3. El desarrollo legislativo de los principios orgánicos del Ministerio Fiscal...	156
4.4. Instrumentalidad de la dependencia jerárquica respecto del principio de unidad de actuación.....	159
4.5. Ser independiente para poder ser imparcial.....	166
4.6. El Ministerio Fiscal frente al binomio dependencia/independencia.....	171
4.6.1. El fiscal absolutamente dependiente.....	171
4.6.2. El fiscal relativamente dependiente.....	175
4.6.3. El fiscal absolutamente independiente.....	186

4.7. Propuestas para una mayor autonomía funcional del Ministerio Fiscal.....	189
4.7.1. Las instrucciones particulares.....	193
4.7.2. La designación de fiscal para asunto concreto y la avocación de las causas: el fiscal <i>ad hoc</i>	194
4.7.3. Designación discrecional de las jefaturas por el Fiscal General del Estado.....	197
4.7.4. Sistema de responsabilidad disciplinaria.....	199
4.8. El principio de dependencia jerárquica a través de las directrices generales...	201

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FISCAL INVESTIGADOR

EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS CRIMINALES

1. SOBRE LOS SISTEMAS CRIMINALES AVANZADOS Y LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO FISCAL.....	207
2. EL FISCAL EN EL SISTEMA ADVERSARIAL.....	216
2.1. El origen histórico del sistema adversarial en Inglaterra.....	216
2.2. El origen histórico–constitucional del sistema adversarial en Norteamérica.....	222
2.3. Elementos del sistema criminal adversarial.....	225
2.3.1. Inexistencia de fase de instrucción judicial.....	228
2.3.2. Principio de discrecionalidad política en el ejercicio público de la acción penal.....	234
2.3.3. El juez como árbitro de una confrontación entre partes.....	237
2.3.4. Ejercicio de la acusación ajeno a la búsqueda de la verdad material.....	243
2.3.5. Carácter privado de la obtención, selección y presentación de las fuentes de prueba.....	245
2.3.6. El jurado como órgano de decisión del juicio criminal y el principio de oportunidad.....	245
2.3.7. Interdicción de la apelación contra las sentencias criminales absolutorias.....	250
2.3.7.1. Veredictos.....	256
2.3.8. Rechazo de un sistema de prueba legal y rechazo del proceso secreto.....	258

2.4. La crisis ideológica del sistema adversarial.....	260
2.4.1. El riesgo de parcialidad gubernamental.....	262
2.4.2. El efecto combate.....	265
2.4.3. El efecto riqueza o justicia de los ricos.....	273
3. EL FISCAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL O MIXTO.....	275
3.1. El origen histórico del sistema acusatorio formal.....	275
3.1.1. El sistema acusatorio puro.....	276
3.1.2. El sistema inquisitorial puro.....	277
3.2. Elementos del sistema acusatorio formal.....	280
3.2.1. Ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez.....	283
3.2.2. División del proceso en dos fases con separación de funciones entre investigación y juicio.....	286
3.2.3. Relativa vinculación del tribunal a la pretensión de la acusación.....	290
4. EL FISCAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL AVANZADO	297
4.1. El sistema de investigación fiscal en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.....	302
4.1.1. De la imparcialidad judicial a la neutralidad fiscal en la investigación fiscal.....	307
4.1.2. El principio de oportunidad reglada en el Anteproyecto de Ley.....	312
4.2. El fiscal investigador en el Derecho comparado.....	314
4.3. La dependencia de la policía judicial del Ministerio Fiscal.....	325

CAPÍTULO TERCERO

HACIA UNA INSTRUCCIÓN DIRIGIDA POR EL MINISTERIO FISCAL

1. SOBRE LAS POTESTADES INVESTIGADORAS DEL MINISTERIO FISCAL.....	332
2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.....	338
2.1. Asistencia letrada ante la Fiscalía.....	344
2.2. Entrevista letrada anterior a la declaración policial.....	350

2.3. Recurso judicial ante la denegación de diligencias.....	353
2.4. Acceso del imputado al expediente instructor.....	354
2.5. El derecho a una investigación fiscal sin dilaciones.....	359
2.5.1. Ausencia de control del cumplimiento de los plazos.....	368
2.5.2. Insuficiencia de medios materiales.....	373
2.5.3. Ausencia de reconocimiento del principio de oportunidad en la investigación fiscal.....	375
2.5.4. Falta de potenciación del principio de intervención mínima del Derecho penal.....	377
2.5.5. Pluralidad de partes acusadoras.....	378
2.5.6. Concentración de los recursos de la defensa.....	385
2.5.7. Extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito.....	386
2.5.8. Excesivo celo del juez instructor.....	387
2.6. Prueba preconstituida y anticipada.....	389
3. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DERECHOS FUNDAMENTALES.	395
3.1. Inspecciones y reconocimientos corporales.....	396
3.1.1. Reconocimiento corporal exterior.....	400
3.1.2. Examen radiológico.....	403
3.1.3. Examen dactiloscópico.....	404
3.2. Intervenciones corporales.....	407
3.3. Recogida y conservación de muestras biológicas.....	413
3.4. Entrada y registro de lugares y efectos.....	417
3.5. Intervención de las comunicaciones.....	423
4. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS MEDIDAS DE NATURALEZA CAUTELAR.	427
4.1. Medidas cautelares personales.....	431
4.2. Medidas cautelares restrictivas de otros derechos.....	434
4.3. Medidas cautelares reales.....	438
4.3.1. Medidas patrimoniales de aseguramiento de las consecuencias	

acesorias a la pena.....	439
4.3.2. Medidas de aseguramiento de la responsabilidad civil.....	442
CONCLUSIONES.....	466
ÍNDICE DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES CITADOS.....	474
BIBLIOGRAFÍA.....	490



ABREVIATURAS

AA.VV.	Varios autores
art/s.	artículo/s
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BCLR	<i>Boston College Law Review</i>
c.	contra
CE	Constitución española de 1978
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CENDOJ	Centro de documentación judicial
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
cit.	citado
coord.	coordinado
CP	Código Penal
CPPF	<i>Code de Procédure Pénale</i> francés
CPPI	<i>Codice di Procedura Penale</i> italiano
CPPP	<i>Codigo de Processo Penal</i> portugués
CPS	<i>Crown Prosecutor Service</i>
CRI	<i>Costituzione della Repubblica italiana</i>
DA	Disposición Adicional
DD	Disposición Derogatoria
DF	Disposición Final
dir.	dirigido
DPP	<i>Director of Public Prosecutions</i>
doc.	documento
ed.	edición
EE.UU.	Estados Unidos de América
electro.	electrónico
EOMF	Ley del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal
esp.	Especial
FGE	Fiscal General del Estado

FGRE	Fiscal General del Reino
FGR	Fiscal General de la República
FD	Fundamento de Derecho
GVG	<i>Gerichtsverfassungsgesetz</i>
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley orgánica
LOPJ	Ley orgánica del Poder Judicial
LORPM	Ley orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LOTJ	Ley orgánica del Tribunal del Jurado
MF	Ministerio Fiscal
núm.	número
pág.	página
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RD	Real Decreto
RDP	Revista de Derecho Procesal
ROMF	Reglamento orgánico del Ministerio Fiscal
Secc.	sección
ss.	siguientes
StPO	<i>Strafprozeßordnung</i>
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSF	Sentencia del Tribunal Supremo Federal de Norteamérica
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
Univ.	Universidad
<i>US–Attorneys</i>	Fiscales federales de Norteamérica
Cfr.	Confróntese
Vol.	Volumen

INTRODUCCIÓN

El Ministerio Fiscal —garante de la Ley— ha de desarrollar sus funciones constitucionales en el seno del anquilosado sistema criminal acusatorio mixto español, en el que —inmune al Derecho comparado— sobrevive la institución del juez instructor de naturaleza funcional bifronte —mitad garante de derechos y mitad impulsor de la investigación—. En el marco instructorio debe aquél, tanto formular incisivas preguntas al imputado para determinar la autoría y demás circunstancias de los indicios incriminatorios, cuánto —a continuación— acordar, con ánimo sereno y libre de excitación, sobre la libertad del inquirido. Ora debe ordenar a la policía judicial la práctica de diligencias investigadoras dirigidas a la obtención de fuentes de prueba que habrán de incriminar al sospechoso, ora deberá decidir si, la forma de ejecución de éstas u otras diligencias probatorias, ha restringido indebidamente los derechos fundamentales del encausado.

La racionalización del proceso criminal, nace de la comprensión del significado de la instrucción como fase procesal dirigida a determinar si ha de sostenerse la acusación². La función instructoria del juzgador, debe constreñirse a resolver lo que ante él o ella se cuestione, con exclusión del ejercicio del impulso investigador. El fiscal, para realizar su misión constitucional de promoción de la Justicia —a través del ejercicio del *ius persecuendi*— debe dirigir la investigación y, terminada sea ésta, —en función del resultado de la misma— decidir si formula —o no— acusación contra el reo. Esta separación de funciones estatales, no podrá ser introducida en el proceso a través de inconsistentes reformas legislativas parciales sino que, por el contrario, solamente será posible su instauración —de forma congruente— por medio de una nueva ley procesal criminal, y de un nuevo Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal que

² FUENTES, con precisión, define la instrucción penal como “una fase compleja caracterizada por la realización de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría —a fin de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral— y a la adopción de todas aquellas medidas que garanticen la eficacia del juicio de su posterior ejecución”, Vide FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Valencia, 2005, pág. 233. También, ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal*, Valencia, 2012, págs. 112–114.

transformen nuestro sistema acusatorio mixto decimonónico de raíces napoleónicas, en uno acusatorio formal avanzado que adopte el modelo de investigación fiscal³.

Comprender los diferentes sistemas criminales, exige asomarse a las causas que motivaron su nacimiento y oclusión. Históricamente, cabe saludar la inteligencia de D' AQUINO expresada en su precisa definición de sistema criminal acusatorio clásico, formulada antes de su muerte, en 1.274. El autor, con razón, sostuvo:

“Es preciso que el juez juzgue entre dos, lo cual, en verdad, tiene lugar cuando uno es acusador y el otro reo. Por tanto, en materia criminal no puede el juez condenar a alguien en juicio si no tiene acusador”⁴.

Con tal afirmación, propone —como modelo procesal justo— el sistema acusatorio clásico romano frente al inquisitivo que con fuerza se postulaba en la Iglesia y, más aún, en la orden de los predicadores, al tiempo de escribir su *Summa Theologiae*. No obstante tales enseñanzas, el desorden conceptual de la época, coadyuvó a que la figura del juzgador se fusionase con la del acusador público, formando el sistema inquisitivo.

Es comúnmente aceptado, sin perjuicio de que la *quaestio perpetua* fuera iniciada en el año 149 en Roma, que el procedimiento *per inquisitionem* nace en el Concilio de Verona de 1.184, se fortalece con el Papa Lucio III en el cuarto Concilio Lateranense de 1215 y se consolida con Gregorio IX, quien en 1.231 nombra

³ Sobre el principio acusatorio formal, Vide la monografía clásica de ASECIO MELLADO, J.M., *El Principio acusatorio y el derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991, págs. 14 y ss. Sobre la necesidad de reforma global del proceso penal, Vide GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2004, págs. 54–59.

⁴ D' AQUINO T., SANTO, *Summa Theologiae*, Secunda Secundae, cuestión 67, artículo 3. “Respondeo dicendum quod iudex est interpres iustitiae, unde sicut philosophus dicit, in V Ethic., ad iudicem confugiunt sicut ad quandam iustitiam animatam. Iustitia autem, sicut supra habitum est, non est ad seipsum, sed ad alterum. Et ideo oportet quod iudex inter aliquos duos diiudicet, quod quidem fit cum unus est actor et alius est reus. Et ideo in criminibus non potest aliquem iudicio condemnare iudex nisi habeat accusatorem”.

inquisidores a los monjes predicadores o dominicos, precisamente la orden monacal de Tomasso D´Aquino⁵.

La crisis del procedimiento inquisitivo suele asociarse ideológicamente con la Revolución francesa —particularmente con el ideario postulado por Montesquieu en el que se aboga por la aproximación del sistema adversarial inglés al proceso francés— y, en el ámbito legislativo, con la pretensión de la instauración de la institución del jurado en Europa continental. Sin embargo, lo cierto es que la acción penal inglesa no fue transmutada al Derecho continental, y que éste tuvo que conformarse con el *Code d’instruction criminelle* de 1808, que produjo un sistema procesal mixto, que sólo —de manera formal— pudo ser llamado acusatorio⁶.

Los siglos XIX y XX, han resultado ser un camino difícil de recorrer y no exento de resistencias titánicas, para aquellos que han querido procurar la completa separación legislativa de funciones acusadoras y juzgadoras. En este sentido, baste recordar la negación de la segregación de funciones decisorias y requirentes que formula CARNELUTTI con las siguientes palabras: “la acción penal, entendida como un poder, y más aún entendida como un poder exclusivo del Ministerio Público, es una superstición. La superstición es el *ne procedat iudex ex officio* extendido del proceso civil al proceso penal. Que el juez no pueda moverse sin ser requerido a ello por la parte, supone en ésta un poder de disposición en orden a la llamada relación sustancial, que el Ministerio Público no tiene ya”⁷.

En la actualidad, no obstante la anterior tendencia al inmovilismo inquisitivo, puede afirmarse que la generalidad de las naciones de Europa —también americanas y asiáticas— han evolucionado sus sistemas acusatorios formales o mixtos desde un modelo de investigación judicial hasta uno de investigación fiscal, como expresión de la consolidación de la separación de funciones acusadoras y decisoras y —en

⁵ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987, págs. 117–118.

⁶ Cfr. ROXIN C., *Derecho procesal penal –Stafverfahrensrecht–*, Buenos Aires, 2003, págs. 564–565

⁷ CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público”, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1960, págs. 215–216.

ocasiones— como medio para poder aplicar el principio de oportunidad a fin de evitar la dilación procedimental. Sin embargo, el sistema español no ha gozado de un legislador que procurase con éxito la evolución del sistema y éste sigue anclado en nuestra ley procesal de 1882 de inspiración napoleónica que mantiene el modelo de investigación judicial.

En este sentido, debo traer a la memoria la Constitución de 1931, que configuró un Ministerio Fiscal español profundamente imparcial, ya que supo equiparar —en garantías de independencia— a sus miembros y a los integrantes de la Carrera judicial. En su Título VII —intitulado “de la Justicia”— y, dentro de éste, en su artículo 104, dispuso que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y de su fin social y constituirá un solo cuerpo que tendrá las mismas garantías de independencia que la administración de Justicia⁸. Tal precepto, supera en perfección al artículo 124 de la Constitución del 1978 por ser más ordenado, más conciso, más elaborado en cuanto a su redacción técnico jurídica y, lo que es más importante, más garantista en la defensa de la independencia e imparcialidad de los fiscales y, por tanto, más avanzado en el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración de Justicia. Ciertamente, cabe preguntarse por la razón causante de la inferior regulación de la vigente Constitución, respecto a la de su predecesora.

El artículo 124 de la Carta Magna, es molesto por su ambigüedad y —no es posible negarlo—, devastadoramente contradictorio. Merece, desde luego, y así se ha pretendido en el Capítulo I de la presente tesis, asomarse al proceso de su elaboración para averiguar las razones de su inferior redacción. Es conocido, que el artículo 124 de la Constitución de 1978, configuró a un Ministerio Fiscal español sin preocuparse de garantizar la imparcialidad de sus miembros frente a las instrucciones *ad intra* y *ad*

8 El artículo 104 de la Constitución de 1931, ha de ponerse en relación con el art. 94 de la misma Ley Fundamental, que establece que los jueces son independientes en su función y que solo están sometidos a la Ley y, a mayor abundamiento, con el art. 99, que declara que la responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los jueces, magistrados y fiscales en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será exigible ante el Tribunal Supremo con intervención de un jurado especial, cuya designación, capacidad e independencia, cuya regulación se hará por ley, salvo la responsabilidad criminal del presidente y los magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República, que será exigida por el Tribunal de Garantías Constitucionales.

extra y que, tal despreocupación, fue consagrada por el Estatuto orgánico de 1981 y —al margen de retoques de diseño—, también, por su modificación por la Ley 24/2007.

La Constitución, dio a luz a un Ministerio Fiscal de caracteres imposibles y el Estatuto desarrolló y fortaleció su diseño contradictorio. A mayor abundamiento, el EOMF potenció artificialmente la naturaleza jerárquica del Ministerio público, olvidándose de que la dependencia sólo ha de gozar de un carácter instrumental respecto del principio de unidad de actuación.

La contradicción no queda ínsita en sus principios de imparcialidad y dependencia jerárquica contenidos en el apartado segundo del art. 124, sino que alcanza al precepto constitucional hermano —el 126— que prohíbe a los fiscales y a los jueces pertenecer a partidos políticos o sindicatos. Desde luego, si no fuera un hecho notorio que la Constitución se elaboró con seriedad, pudiera decirse que la combinación de ambos artículos es una prueba del buen sentido del humor de los padres constituyentes ya que—simultáneamente— hacen constitucional la designación gubernamental y libre del vértice jerárquico del Ministerio Fiscal y exigen que el fiscal no pertenezca a partidos políticos o sindicatos. A mayor abundamiento, aprobar un Estatuto que otorga al cargo políticamente nombrado la potestad de designación discrecional de todo el resto de las jefaturas de la Institución, pone aún más de relieve la incoherencia regulatoria.

Como se insiste a lo largo del trabajo, no soy contrario a la dependencia jerárquica. Por el contrario, la defiendo como necesaria, siempre que sea accesoria o instrumental del principio de unidad de actuación y, en tal sentido, sostengo que sólo debe ser aceptada respecto de las directrices generales ya que son éstas, precisamente, las que transmiten los principios unitarios de actuación y sirven para articular la política criminal gubernamental. Me posiciono —manifiestamente— contrario a la pervivencia de la figura de las instrucciones sobre asuntos particulares al fiscal —cualquiera que sea su género o procedencia— puesto que constituyen un potencial germen de violación de la unidad y de la imparcialidad.

Ha de preocupar al legislador la imagen del Ministerio Fiscal que ha ido formándose a lo largo de los años en la mente popular como cuerpo jerárquico que,

debiendo ser imparcial, se presta a satisfacer deseos políticos partidistas para lograr un oscuro ascenso o agradecer algún otro vil privilegio⁹.

En este sentido, no debe olvidarse la importancia que sustentan las apariencias en la administración de Justicia. Recuerda la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 2 de septiembre 1884 que “la opinión pública debe ser oída y respetada al par que la ley, si los actos del Ministerio Fiscal han de merecer, como debemos esperar que merezcan, no sólo el acatamiento, sino el voto de la conciencia pública”¹⁰.

Guiado por tal advertencia, comparto el exhorto que formula el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS cuando afirma que “aún cuando la independencia e imparcialidad del fiscal puede no ser susceptible de crítica, la creciente sensibilidad del público hacia una administración de Justicia justa, justifica la importancia de las apariencias”¹¹.

Expuesto lo anterior, cometería una equivocación que, —invariablemente— convertiría el presente estudio en yermo, si dedicara sus páginas al examen de la hipotética conveniencia o inconveniencia de que el Ministerio Público asuma la investigación procesal en la instrucción penal, haciendo de este trabajo una hoja

⁹ Este concepto bipolar del fiscal, es fruto de las propias contradicciones históricas de la Pública Institución. Con rigor técnico, GIMENO, MORENO y DOMÍNGUEZ recuerdan que, históricamente, el Ministerio Fiscal “representó en el proceso los intereses y asuntos del Rey, e inevitablemente estas personas acabaron convirtiéndose en una suerte de funcionarios, cuya presencia permitía formalmente un enjuiciamiento imparcial, ya que se lograba diferenciar a la parte procesal de la persona que debía juzgar, aun cuando ambos tuvieran en el Monarca absoluto su legitimidad”, Vide GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V y CORTÉS DOMÍNGUEZ V, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 2004, pág. 225. Ha de tenerse en consideración que el Ministerio Fiscal, no se disoció de la Abogacía del Estado hasta la promulgación del Real Decreto de 16 de marzo de 1886.

¹⁰ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria del año 1884, Apéndices, Madrid, págs. 43–44.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS caso Borgers contra Bélgica, Sentencia de 30 de octubre de 1991, recurso: núm. 12005/1986, fundamentos 21 y 34: “the Court reiterates that while the independence and impartiality of the prosecutor or similar officer may not be open to criticism, the public's increased sensitivity to the fair administration of justice justifies the growing importance attached to appearances. Vide, también, STEDH, caso De Cubber contra Bélgica, 26 de octubre de 1984, recurso: núm. 9186/1980, fundamento 26.

contable de indefinidas sumas y restas, cuya naturaleza se aproximaría más a lo enciclopédico que a lo doctoral¹². El investigador ha de ver más allá del presente y el hecho cierto es que en el futuro, en España, siguiendo la imparable corriente mundial, el fiscal asumirá la investigación del delito y, más temprano que tarde, nuestro sistema procesal será modificado en tal sentido.

Comparto con FUENTES que “en realidad, consciente o inconscientemente, nos encontramos inmersos en una evolución jurídica que lenta e inevitablemente se encamina a la finalidad última de configurar un sistema de enjuiciamiento criminal para nuestro país en el que la dirección de la investigación penal se otorgue, definitivamente, al Ministerio Fiscal”¹³.

En la actualidad, en el *universo* de los sistemas penales de instrucción repartidos entre los muchos Estados de Derecho —democráticos y garantistas— cabe admitir 2 modelos fundamentales en abstracto. El adversarial, fundado en la exacerbación del principio acusatorio, expresado por el *common law*, en cuyo marco conceptual la instrucción es llevada principalmente a efecto por la policía bajo la dirección del *Crown* o *public prosecutor*; y el sistema continental acusatorio formal o mixto, también, respetuoso con el principio acusatorio.

Caracterizado por su mestizaje, el atomizado sistema acusatorio formal cuyo nacimiento surge en el inquisitorio y su deriva lo dirige —a través de irregulares avances— hacia el acusatorio puro, alberga en su interior un arco iris de posibilidades entre las que se incluyen tanto la institución del juez instructor regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española o en los Códigos criminales francés y belga, hasta el

¹² Sin perjuicio, de advertir con DÍEZ–PICAZO que “el modo en que un ordenamiento regula la titularidad y el ejercicio de la acción penal posee una innegable relevancia” que “afecta a lo más profundo de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y “entraña un problema de reparto de atribuciones y control del poder dentro aparato estatal”, Vide DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, 2000, pág. 11.

¹³ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASENSIO MELLADO J.M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2011, pág.196. En este mismo sentido, la autora afirma que “no reconocer que en España, si se llega a la dirección de la investigación criminal por el Fiscal, se llegará, sin duda, «por evolución y no por revolución», sería tanto como negar la evidencia”, Ídem, pág. 201.

sistema del fiscal investigador propio de las legislaciones procesales de Alemania, Italia o Portugal. A su vez, esta última figura encuentra una regulación procesal individualizada en cada Estado dotado de capacidad normativa autónoma. Esta multiplicidad de formas de entender el sistema acusatorio formal arroja como resultado un amplio espectro de regulaciones de reparto de poderes judiciales y fiscales: el sistema español de instrucción judicial con fiscal supervisor (art. 306 LECrim), el temeroso modelo de fiscal investigador acogido por la Ley orgánica 5/2000 reguladora de la responsabilidad penal del menor, el sistema avanzado del fiscal investigador regulado en la Ordenanza procesal alemana —*Strafprozeßordnung*— o el modelo de fiscal investigador independiente con funciones cuasi judiciales regulado en el *Codice di Procedura Penale* italiano, entre otros.

El pre-legislador, a partir del meritado Borrador de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2004, ha venido proponiendo el desarrollo del sistema acusatorio formal español, desde el modelo actual de instrucción judicial, caracterizado por la existencia de un juez instructor que instruye bajo la inspección directa del fiscal del Tribunal competente que supervisa las diligencias instructoras¹⁴, hacia un segundo modelo de investigación fiscal, como extensamente se desarrolla en el Capítulo II de este trabajo y que —en síntesis— diseña un fiscal que goza del principio de oportunidad reglada y de funciones instructorias limitadas exclusivamente a la investigación y a la dirección policial, y un juez de garantías —o de libertades— que asume la práctica totalidad de las decisiones relativas a la restricción de derechos. Dentro de este segundo modelo de sistema acusatorio formal de investigación fiscal, puede diseñarse un fiscal dependiente o independiente del Gobierno.

Si quiere hacerse del Ministerio Público un órgano dependiente del Gobierno, y a sus miembros meros acusadores públicos a las órdenes de aquél, podrá el legislador reducir las atribuciones instructoras de los fiscales a la dirección o supervisión de la investigación criminal a modo de jefatura ilustrada de la policía judicial sobre la base de un sistema estatutario de naturaleza cuasi administrativa, objetivo y con sujeción a la Ley, conforme a los principios que rigen a la generalidad de las administraciones públicas (art. 103.1 CE). Es conocido que, este modelo dependiente, proporciona

¹⁴ Art. 306 de la LECrim.

indudables ventajas al sistema criminal, como la legitimación del fiscal a través de su vinculación con el Ejecutivo, la rápida transmisión de la política criminal gubernamental a la administración de Justicia o, la mayor eficacia de la Instrucción criminal que se beneficia de la organización en unidad de actuación y de la especialización propias del Ministerio Fiscal. En el apartado negativo, el reparto de poderes del Estado sufriría, por el efecto descompensador, un desequilibrio entre las facultades del Poder Judicial y las potestades del Poder Ejecutivo, en beneficio de este último.

Si por el contrario, quiere configurarse el fiscal como un defensor de la Ley que goce de garantías cuasi judiciales de independencia sobre los asuntos particulares, podrá otorgarse a éste la prerrogativa de adoptar un amplio número de resoluciones de naturaleza judicial —con sujeción a confirmación, o a recurso— en materia cautelar y de diligencias investigadoras restrictivas de derechos, que redundaría en una mayor eficiencia de la investigación criminal evitando retrasos y duplicidades. En el aspecto negativo, si la transición legislativa no se llevase a efecto con el rigor exigido, podría producirse la paradójica situación, de configurar un fiscal en peligro de contaminación subjetiva de su imparcialidad, por falta de la debida separación de funciones fiscales investigadoras y decisorias.

La presente tesis postula que existe una íntima vinculación entre la clase de sistema criminal adoptado por un Estado y el conjunto de factores de los que depende la celeridad y el éxito de la investigación criminal. A fin de hacer posible la existencia de un proceso instructor de investigación fiscal que se lleve a efecto en un plazo razonable, resulta necesario que, en adición a la extensión de las funciones investigadoras del fiscal, descansen en sus manos las herramientas procesales necesarias para llevar a efecto una investigación rápida y garantista —incluyendo la resolución sobre las medidas cautelares de naturaleza real—. Además, ha de delimitarse el marco de legitimación de las acusaciones popular y particular, y debe regularse el ejercicio del principio de oportunidad reglada en manos de un fiscal imparcial. Propongo dotar normativamente al fiscal con un Estatuto (y una LECrim) que conserve el modelo actual *ad intra* de instrucciones generales y públicas —circulares, instrucciones y consultas— como expresión de la legitimidad del fiscal, de la transmisión de la política criminal y de la garantía de articulación del principio de unidad de actuación; y que

—simultáneamente— proscriba las instrucciones particulares, la designación de fiscal determinado para asunto particular y la institución de la avocación de causas.

Antes de dar término a esta introducción, debo referirme al nuevo Anteproyecto de Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado durante el mes de diciembre de 2014 por el Gobierno —momento en que la redacción de la presente tesis se halla concluida y pendiente de depósito— que, de votarse favorablemente por las Cortes, supondrá la ley de modificación de nuestra maltrecha ley procesal penal número 67. Lejos de abordar los problemas estructurales del sistema de instrucción español, constituye un *conglomerado* legislativo que dice establecer límites instructorios temporales sometidos a una prórroga que habrá de interesar un fiscal no investigador —a pesar de desconocer el día a día de las diligencias practicadas— de un juez instructor que es, precisamente, —en el modelo de instrucción judicial— quien conoce, obviamente, las necesidades temporales de la investigación por él dirigida. En síntesis, nos hallamos ante una pretensión de reforma particularmente irreflexiva e incomprensible, que ha sido criticada conjuntamente por asociaciones de fiscales y de jueces¹⁵.

¹⁵ Cfr. Comunicado conjunto de las asociaciones “Unión progresista de Fiscales” y “Jueces para la democracia”, de 9 de diciembre de 2014.

CAPÍTULO PRIMERO

PRINCIPIOS RECTORES DEL MINISTERIO FISCAL

“El Ministerio Fiscal sirve a un tiempo a dos Poderes, y es vínculo de unión entre ambos. Depende del Ejecutivo (...) y forma parte integrante de los Tribunales”¹⁶.

¹⁶ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1889, pág. 8.

1. SOBRE LA DIFÍCIL CONCEPTUALIZACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

CALAMANDREI se lamenta del “absurdo psicológico” en que se halla sumida la magistratura requirente¹⁷. Su discípulo CARNELUTTI, señala que “si hay una figura ambigua en el proceso, civil y penal, es el Ministerio Público” y se pregunta: “ser o no ser [parte], ¿puede haber una mayor contradicción?”¹⁸. FUENTES afirma que el Ministerio Fiscal constituye una “institución compleja y de contornos imprecisos”¹⁹. ASECIO concluye, con razón, que la regulación del Ministerio Fiscal es “sumamente contradictoria”²⁰. ROXIN delimita en sentido negativo al Ministerio Fiscal, como “una Autoridad de la Justicia que no puede ser atribuida ni al Ejecutivo ni al Tercer Poder”²¹. En parecido sentido, GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA expresan la ambigüedad de la Institución al definirla como “un órgano público instituido por el

¹⁷ Cfr. CALAMANDREI P., *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*, Madrid, 2009, pág. 61.

¹⁸ CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público...”, op. cit., pág. 211. En el conocido artículo, originariamente publicado en la *Revista di diritto processuale*, en 1953, el autor afirma que “cuando comencé a ocuparme de él, en los primeros intentos de sistematización del derecho procesal, su ambigüedad me impresionó a tal punto, que me venía a la mente la cuadratura del círculo: ¿no es como reducir un círculo a un cuadrado, construir una parte imparcial?”.

¹⁹ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado...* op. cit., pág. 15. En el mismo sentido, ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO N., “Estudios en memoria de James Goldschmidt”, *Revista de Derecho procesal*, Vol. I, Buenos Aires, 1951, pág. 60, denomina al Ministerio Fiscal “institución *sui generis*”. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág. 9, califica al Ministerio Público de institución “enigmática”. También, MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal: su presente y su futuro*, Madrid, 1992, pág. 16, tilda la naturaleza del Ministerio Fiscal de “variopinta”.

²⁰ ASECIO MELLADO J.M., *Introducción al derecho procesal*, Valencia 2008, pág. 139.

²¹ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 53.

Estado en función de la Justicia y no del mero interés gubernativo o de la razón de Estado, pero independiente del órgano jurisdiccional, con quien coopera”²².

En la España democrática del siglo XXI, la imprecisión de los contornos delimitadores del Ministerio Fiscal hunde sus raíces en la propia Constitución, al disponerse, en el apartado segundo de su artículo 124, dentro del Título VI relativo al Poder Judicial, que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

El Legislador constituyente, decidió configurar la naturaleza constitucional del Ministerio Fiscal sobre la base de cuatro principios; dos de ellos externos, denominados comúnmente *funcionales o de proyección funcional*, que han sido definidos de forma precisa por GIMENO como los “verdaderos principios de actuación” del Ministerio Público, a saber, el principio de legalidad y el principio de imparcialidad; y dos de ellos internos, los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, comúnmente denominados principios *orgánicos u organizativos* de la Institución, que conforman el núcleo de su arquitectura interna²³.

²² GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 70.

²³ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V., CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 168. Los autores se refieren a los principios de legalidad e imparcialidad como “verdaderos principios de actuación” en contraposición con los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica que son definidos como principios orgánicos. ASENCIO MELLADO J.M. *Introducción al derecho procesal...* op. cit., págs. 142–143, distingue entre principios de actuación y principios organizativos. MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., en *Derecho procesal penal*, Valencia, 2010, pág. 98, indican que “los principios que rigen la actuación del Ministerio Fiscal son los de legalidad e imparcialidad”. FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999, págs. 535–536, señala que “en lo que atañe a los cuatro principios que informan la actuación del Ministerio Público, es frecuente entre ellos distinguir los llamados principios funcionales — legalidad e imparcialidad— de los llamados principios orgánicos —unidad de actuación y dependencia jerárquica para diferenciar lo que son, esencialmente, principios de proyección funcional o ámbito externo, de los principios que regulan la organización y ámbito externo de la institución”. MUERZA ESPARZA J., AA.VV., *Derecho procesal penal*, Madrid, 2007, pág. 147, diferencia ambos grupos de principios en internos y externos, y señala que “en su actividad externa el Ministerio Fiscal está informado por los principios de legalidad e imparcialidad”. Cfr. igualmente con LÓPEZ LÓPEZ A.M., *Ministerio Fiscal: principios orgánicos y funcionales*, Madrid, 2001, pág. 104.

La relación entre los dos grupos de principios nunca ha sido pacífica, si bien, no es posible dejar de observar, que fue expreso deseo del Constituyente, dotar de una mayor relevancia al bloque funcional, respecto del que exige *sujeción en todo caso*, a diferencia del bloque orgánico, del que solo exige que Ministerio Fiscal ejerza sus funciones conforme a él. Por ello, con acierto, CONDE—PUMPIDO FERREIRO ha cualificado la clasificación, acentuando que los principios constitucionales funcionales ostentan un rango superior a los orgánicos²⁴. El autor, afirma que el mayor problema con que se enfrentan los principios es la aparente antinomia entre el binomio de imparcialidad —legalidad y el binomio de unidad de actuación— dependencia jerárquica, y, concluye, que “la necesidad de coordinación entre esos principios se hace inexcusable y solo puede lograrse señalando la primacía de unos sobre otros”²⁵. Otros autores, no obstante el tenor literal del precepto constitucional, niegan en la *praxis* la prevalencia del grupo de principios funcionales sobre los orgánicos, así por ejemplo, MONTERO AROCA ha puesto de manifiesto que “por mucho que de ese Ministerio se diga que está sujeto al principio de legalidad, no puede desconocerse que el mismo o está sujeto también al principio de dependencia del Poder Ejecutivo o forma parte del Poder Ejecutivo”²⁶.

Es cierto que la contradicción —sea aparente o real— entre los principios constitucionales del Ministerio, no solamente sorprende a la ciudadanía, sino también al propio Poder Legislativo que —por irónico que pueda parecer— no se ha reprimido en manifestar su perplejidad ante la aparente incongruencia existente entre los cuatro principios constitucionales reguladores del Ministerio Fiscal. Es razonable que antes de acometer ulteriores desarrollos legislativos, se estudie si la aparente contradicción es

²⁴ CONDE—PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal*, Navarra, 1999, pág. 75, afirma que “dos [principios] aparecen como de orden funcional y superior: el de legalidad y el de imparcialidad; mientras que los otros dos son de carácter orgánico y pertenecen a la *praxis* de la actuación Fiscal”. Diferente posición doctrinal postula MARTÍNEZ DALMAU R., en *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, 1999, pág. 182, quien afirma que “existe entre los cuatro principios de actuación del artículo 124.2 CE una relación causa—efecto con la función que encomienda la Constitución al Fiscal”.

²⁵ CONDE—PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal... op. cit.*, pág. 83.

²⁶ MONTERO AROCA J., “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal basada en la razón”, *XV Congreso mexicano de derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, (con AA.VV.), 1998, pág. 385. El autor se refiere a los ministerios públicos, sin particularizar en el Ministerio Fiscal español.

solo un velo que cubre de forma aparente una coherencia interna racional o si, por el contrario, los dos bloques de principios son materialmente irreconciliables. La respuesta a esta cuestión, a pesar de su presumible simplicidad dogmática, no se muestra labor sencilla. En primer lugar, es necesario partir de la actual regulación constitucional, y preguntarse con honestidad, si no son materialmente contradictorios los principios animadores del Ministerio Fiscal.

La comparecencia —exigida por el artículo 29 del EOMF— del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados celebrada en el año 2012, puede brindar un punto de partida idóneo para el análisis de la cuestión.

Desde luego, no molesta a la pregunta recordar las palabras del parlamentario OLABARRÍA MUÑOZ que, como representante del grupo vasco en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados²⁷, dirige a Eduardo Torres–Dulce, Fiscal General del Estado del momento²⁸.

“El Ministerio Fiscal se tiene que basar en dos principios fundamentales que son el de legalidad e imparcialidad —que ha glosado perfectamente, con rapidez pero perfectamente, el señor Torres–Dulce—, que tiene que estar cohonestado con el principio de unidad de actuaciones y dependencia jerárquica. Yo no sé si usted quiere hacer una exposición un poco más detallada sobre la aparente contradicción entre estos dos principios que identifican el papel institucional del Ministerio Fiscal, y de la Fiscalía General del Estado en particular, en tanto en cuanto ocupa el vértice de la

²⁷ La comparecencia ante la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados es una consecuencia de la reforma operada por la Ley 24/2007 en el art. 29 de la Ley 50/1981 reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal, en un intento de minimizar la dependencia orgánica del Fiscal General del Estado respecto del Gobierno. Con el mismo fin, la Ley 24/2007 reformó el art. 31 del Estatuto, suprimiendo la posibilidad de cese sin causa del F.G.E. por el Ejecutivo. En lo que se refiere a la comparecencia ante la Comisión, el art. 29 ha quedado redactado así: “recibido el informe del Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno comunicará su propuesta al Congreso de los Diputados, a fin de que pueda disponer la comparecencia de la persona elegida ante la Comisión correspondiente de la Cámara, en los términos que prevea su reglamento a los efectos de que se puedan valorar los méritos e idoneidad del candidato propuesto”.

²⁸ Intervención del diputado OLABARRÍA MUÑOZ, en la comparecencia del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso en la sesión celebrada el 25 de enero de 2012, Diario de Sesiones del Consejo de los Diputados, número 26, año 2012, pág. 8.

estructura jerárquica de un órgano de la Administración de Justicia. También ha sido debatida la pertenencia o no a la Administración de Justicia, pero afortunadamente leyes como las de 2003 y 2009 citadas por usted lo han aclarado un poco, pero académicamente todavía se discute cómo se pueden compatibilizar estos principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica con los principios de legalidad e imparcialidad que, en principio, si no le he entendido mal o si no he leído mal los textos legales, señor Torres–Dulce, deben ejercerse por todos y cada uno de los componentes de la carrera, del Ministerio Fiscal”.

E, igualmente, el diputado LLAMAZARES TRIGO, del grupo parlamentario Izquierda Plural, en la misma comparecencia, se queja de la contradicción existente entre la pretendida imparcialidad del fiscal y la regulación constitucional del Ministerio Fiscal, si bien no lo hace —como Olabarría— de la contradicción entre los principios constitucionales proclamados en el apartado segundo, sino de la dependencia del Gobierno expresada en el apartado cuarto del art. 124 de la Carta Magna, que se manifiesta en la exigencia de propuesta gubernamental para la designación de Fiscal General del Estado. La queja se materializa así:

“Hay una contradicción entre el modelo de nombramiento gubernamental y, por otra parte, la aspiración a la independencia de la Fiscalía frente al Gobierno. Sería más fácil, en nuestra opinión, si ese modelo de nombramiento fuese parlamentario, con una mayoría cualificada que influyese de forma determinante en la elección del Fiscal general del Estado. No es así, pero no deja de existir esa paradoja o esa contradicción”²⁹.

En su comparecencia como Fiscal General del Estado, TORRES–DULCE LIFANTE afirma que los principios fiscales no son contradictorios sino complementarios, contestando al diputado Olabarría en este sentido:

“Me plantea casi un problema que es el del huevo de Colón, la identidad del Ministerio Fiscal y la compatibilidad entre los dos grandes bloques de principios, el

²⁹ Intervención del diputado LLAMAZARES TRIGO en la comparecencia del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso, Sesión celebrada el 25 de enero de 2012, Diario de sesiones del Consejo de los Diputados, número 26, año 2012.

principio de legalidad e imparcialidad y el de unidad de actuación y dependencia jerárquica. A diferencia del señor Olabarriá prefiero entender que no hay, ni puede ni debe haber, contradicción entre ellos, sino que forman un todo que exige una actuación coherente del Ministerio Fiscal”³⁰.

La afirmación del Fiscal General del Estado por la que sostiene que, determinar si existe contradicción entre los principios constitucionales del Ministerio Fiscal, es un problema como el del *huevo de Colón*, suscita la imperiosa necesidad de hallar la razón por la que tales principios no fueron delimitados por el Constituyente, ni tampoco han sido desarrollados legislativamente con posterioridad para dotarlos de contornos suficientes.

³⁰ Comparecencia del Fiscal General del Estado ante la Comisión de Justicia del Congreso, Sesión celebrada el 25 de enero de 2012, Diario de Sesiones del Consejo de los Diputados, número 26, año 2012, pág. 4. TORRES–DULCE LIFANTE E. defiende la inexistencia de contradicción entre los principios del art. 124.2 CE, al afirmar que: “el Ministerio Fiscal se mueve bajo los principios de legalidad, imparcialidad, unidad de actuación y dependencia jerárquica. El principio de legalidad conecta la actividad del Ministerio Fiscal precisamente con la labor legislativa que la Constitución encomienda a sus señorías, como depositarios de la soberanía popular, convertidos en representantes del pueblo español, tal y como os designa el artículo 66.1 de la Constitución, que adquiere carta de naturaleza al ejercer la potestad legislativa conforme al artículo 66.2 de la Constitución. La imparcialidad es, en mi opinión, el elemento definitorio de la naturaleza del Ministerio Fiscal y muy probablemente el que marca la frontera con la labor del Ejecutivo. A la hora de llevar a cabo las misiones encomendadas por el artículo 124.1 de la Constitución, ha de hacerlo con la más absoluta imparcialidad, sin más objetivo que el cumplimiento estricto de la legalidad. No es solo un mero elemento digamos que procesal, sino de hondo calado constitucional. En mi opinión, y partiendo del compromiso indiscutible que los Fiscales tienen a diario en la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos en general y de los justiciables en particular, se hace preciso insistir en esa misión que el artículo 124.1 confiere en este terreno, en virtud de la cual el Fiscal debe extremar la atención y vigilancia para que esa posición de imparcialidad sea real y efectiva y para que la defensa radical de los derechos fundamentales y las garantías procesales de cuantos participan en el proceso se guarden y observen escrupulosamente. La unidad de actuación convierte al Ministerio Fiscal en un instrumento esencial para ofrecer en sus misiones y en todo el Estado un referente homogéneo de actuación a la hora de responder jurisdiccionalmente de manera primordial, pero también, fuera de ese ámbito jurisdiccional, de una manera única, lo que permite reforzar la idea de seguridad jurídica, uno de los principios esenciales que garantiza la Constitución en su artículo 9.3 como eje del Estado de derecho y sostén evidente de la legalidad. Finalmente, el principio de dependencia jerárquica, ad intra de la institución, refuerza y permite asimismo ese principio de unidad de actuación, permitiendo una adecuada cadena de actuación que asegure la eficacia de su labor a través de los Fiscales jefes y que culmina en la figura del Fiscal general del Estado”.

2. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

La innata aproximación del investigador a la determinación científica de la generalidad de los conceptos jurídicos, especialmente si se trata de ahondar en la naturaleza de una institución del Estado, comenzará por el análisis de la historia que precede al concepto jurídico a estudiar, como base o antecedente que permite entender su presente. El examen del principio de legalidad del Ministerio Fiscal se postula, sin embargo, como una excepción a esta regla de aproximación histórica. En este sentido, MARCHENA GÓMEZ, afirma que “constituye una censurable actitud metodológica toda tentativa de aproximación dogmática al Ministerio Fiscal, arrancando, con fines conceptuales, de lo que, tradicionalmente se ha venido reputado la historia del Ministerio Fiscal” y que “poco o casi nada va a suministrar el tratamiento histórico de la figura cuando se trata de ahondar en su verdadera dimensión actual”. La razón de ello, radica en que por primera vez en la historia española, en la Constitución de 1978, se dispuso una regulación integral de rango constitucional del Ministerio Público, que impide que sea posible acometer un análisis histórico coherente, puesto que se ha producido una brecha histórica que divide la regulación del Ministerio Público anterior y posterior a la vigente Constitución³¹. Ello no significa, que no haya de tenerse en cuenta la regulación histórica de la Pública Institución, especialmente en el estudio del principio de imparcialidad, que tan bellamente se garantizó en la Constitución de 1931,

³¹ MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal: su presente...* op. cit., pág. 41.

al conceder idéntica independencia al ejercicio de la función fiscal, que al ejercicio de la función judicial³².

Respecto del principio de legalidad en particular, debe destacarse que nunca antes de la Constitución de 1978 había sido aprobada una norma que regulara la legalidad, como tal y de forma expresa, como un principio del Ministerio Fiscal. Ello no obstante, la Ley 42/1974, de 28 de noviembre de Bases Orgánica de la Justicia³³ dictada con el fin de sustituir a la Ley provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870, realizó un expreso reconocimiento del principio de legalidad al establecer que “se sienta el postulado de que, en su relación con la Justicia, la actuación del Ministerio Fiscal ha de producirse con estricta imparcialidad y sujeción a criterios de legalidad. Se determinan las bases de la organización del Ministerio Fiscal, conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica, y se le confía su propio gobierno, ejercido por el Fiscal del Reino, el Consejo Fiscal y los Fiscales Territoriales y Provinciales”³⁴.

Históricamente, si bien nunca ha sido brillante el tratamiento legislativo del principio de legalidad en relación con el Ministerio Fiscal³⁵, la función de defensa de las leyes por el Ministerio Público si fue objeto de regulación en la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870, concretamente en su artículo 763, que dispone que “el Ministerio Fiscal velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales” y, más específicamente, en el apartado primero del artículo 838 que establece la obligación del fiscal de “vigilar por el cumplimiento de las leyes, reglamentos, ordenanzas y disposiciones de carácter obligatorio, que se refieran á la administración de Justicia y reclamar su observancia”. En parecidos términos, con referencia únicamente a la legalidad como misión, es decir, al papel del fiscal como defensor de la legalidad, se pronuncia el artículo primero del Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de

³² El principio de imparcialidad es estudiado en el segundo epígrafe del capítulo I del presente trabajo.

³³ BOE, núm. 287, de 30 de noviembre de 1974, págs. 24.355 a 24.369.

³⁴ Ley de Bases Orgánica de la Justicia, Base XV “del Ministerio Fiscal”, núm. 72/73. Fue aprobada como Ley 42 de 28 de noviembre de 1974 y, poco tiempo después, derogada en su mayor parte, (Ley de derogación, BOE de 23/02/1978).

³⁵ Cfr. MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...*, op. cit. pág. 124.

1926³⁶, que dispuso que “el Ministerio Fiscal tiene como misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás disposiciones referentes a la organización de los Juzgados y Tribunales”.

La Constitución de 1931 —de forma precisa—, estableció en el apartado primero del artículo 104, que “el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las Leyes”.

También, cabe observar una referencia a la función de defensor de la legalidad en el Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969³⁷, dictado en desarrollo del artículo 35 de la Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967³⁸. El Reglamento de 1969, —que a pesar de ser preconstitucional, todavía hoy conserva vigor en cuanto no se oponga a la Ley 50/1981, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal³⁹— dispone en el apartado tercero de su artículo cuarto, que “será, en todo caso, principal misión del Ministerio Fiscal velar por la pureza del procedimiento, ejercitando, en su caso, las acciones que sean procedentes”. Igualmente, aunque de forma desdibujada, cabe admitir una relativa referencia a la legalidad, no ya como en anteriores regulaciones en las que omnímodamente se expresaba una función de defensa de la legalidad, sino como una manifestación de la faceta del principio de legalidad en cuanto a obligación de sujeción de la actuación del Ministerio Fiscal al Ordenamiento Jurídico, concretamente en el artículo segundo del Reglamento de 1969 que establece que “para cumplir lo dispuesto en el artículo

³⁶ Desarrollado por Reglamento de 28 de febrero de 1927.

³⁷ Aprobado por Decreto núm. 437/1969, de 27 de febrero.

³⁸ La Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, dispuso en su artículo 35, que:

1. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.

2. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.

³⁹ La Disposición Final II de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dispone que: “queda derogado el Estatuto del Ministerio Fiscal de veintiuno de junio de mil novecientos veintiséis. En tanto no se dicte el Reglamento a que se refiere la disposición anterior, seguirá aplicándose el hoy vigente [Reglamento de 1969] en lo que no se oponga a la presente ley”.

anterior⁴⁰ utilizará el Ministerio Fiscal los medios y recursos que las leyes establezcan, y cuando no encontrare en los vigentes medios que permitan remediar los abusos y deficiencias que observe, lo comunicará al Ministerio de Justicia”.

2.1.1. EL LEGISLADOR CONSTITUYENTE Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

La razón de la ambigüedad o imprecisión en la regulación de los principios directores del Ministerio Fiscal⁴¹, encuentra su causa en la voluntad del proponente constitucional de coadyuvar las voluntades de las distintas tendencias políticas del arco político constituyente⁴². La búsqueda de una fórmula de compromiso nace ya desde el Anteproyecto original y se hace plenamente patente en la regulación de los principios constitucionales, que no sufrirán modificación alguna durante su tramitación parlamentaria, salvo en lo referente a la numeración del precepto, que pasará del artículo 114 al 124.

La Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de número 7/1978 intitulada “el Fiscal ante la Constitución”, incluso de forma más explícita, afirma que “de entre los dos principios que universalmente vienen rigiendo el Ministerio Fiscal, se acepta [por la Constitución] el de legalidad o sumisión exclusiva a la Ley, al igual que los jueces, propio de las constituciones democráticas más avanzadas, y se abandona el de oportunidad, que traslada al Ministerio Fiscal los criterios de accidentalidad de intereses, eficacia y cumplimiento del plan de gobierno, propios de la administración, en aquellos países que conciben al Fiscal como el brazo del Gobierno dentro de la Justicia y que incluso llegan a confundir el Fiscal con el Ministro de Justicia” y añade, que “con esa sujeción en todo caso, de la actuación del Ministerio Fiscal a los principios de legalidad e imparcialidad, la Constitución de 1978 no ha hecho más que volver a las

⁴⁰ El artículo primero del Reglamento de 1969 dispone que El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la Ley, procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social.

⁴¹ Cfr. FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 219–224.

⁴² La integridad de la documentación parlamentaria del proceso constituyente se encuentra recopilada en 4 volúmenes preparados por SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios*, publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980.

raíces, encarnadas en el Reglamento Provisional para la Administración de la Justicia de 1835 en cuyo artículo 107 expresamente se ordenaba que el fiscal en la actuación de su Ministerio debe ser tan justo e imparcial como la Ley en cuyo nombre la ejerce y la tradición democrática de 1931, cuyo artículo 104 establecía que el Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y tendrá las mismas garantías de independencia de la Administración de Justicia, independencia que difícilmente permitiría cualquier vínculo de subordinación al Gobierno”⁴³.

La regulación del principio de legalidad en el Ministerio Fiscal puede hallarse en el artículo 124.2 de la Carta Magna, en el que se establece que el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

El proceso de elaboración del apartado segundo del artículo 124 de la vigente Constitución apenas sufrió modificaciones durante su tramitación parlamentaria. El Boletín Oficial de las Cortes publicó el 5 de enero de 1978 el Anteproyecto de Constitución, cuyo precepto número 114 regulaba al Ministerio Fiscal, y en concreto el segundo inciso de su apartado segundo, relativo a los principios directores de la Institución, establecía su sujeción, en todo caso, al principio de legalidad⁴⁴. Ningún grupo parlamentario quiso enmendar la referencia a la sujeción del Ministerio Fiscal a los principios de unidad de actuación, en todo caso al de legalidad e imparcialidad, con la excepción del grupo parlamentario Alianza Popular, que interesó la supresión íntegra de todo el artículo 114, al entender que la regulación del Ministerio Público “es materia típica de la Ley Orgánica del Poder Judicial”⁴⁵. Por otro lado, debe destacarse la prevalencia del principio de legalidad expresada por el grupo parlamentario Unión de Centro Democrático a través del diputado CISNEROS LABORDA, con estas palabras:

⁴³ Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO núm. 7/1978 de 30 de septiembre, sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución., publicada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1979, Capítulo VI, Madrid, pág. 120.

⁴⁴ Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, Sesión de 5 de enero de 1978, págs. 669 y ss.

⁴⁵ Enmienda núm. 2, propuesta por el grupo alianza popular en el Congreso, primer firmante: ANTONIO CARO MARTÍNEZ. Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios*, publicaciones de la Cortes Generales, Madrid, 1980, volumen 1, pág. 127.

“La Legalidad se establece como principio rector funcional de la Fiscalía del Reino, como consecuencia ineludible de la configuración del Estado que hemos recogido en el artículo 1.1º del proyecto constitucional”⁴⁶.

El grupo parlamentario Socialista, quiso suprimir del Anteproyecto constitucional el principio de dependencia jerárquica, pero no opuso Enmienda al resto de los principios⁴⁷. Las objeciones Socialistas no se refieren al principio de legalidad, sino que pretenden fomentar la imparcialidad del Ministerio Fiscal y, en igual sentido, se manifestó el grupo Socialistes de Catalunya⁴⁸.

El 17 de abril de 1978 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes, el Informe de la Ponencia del Anteproyecto de la Constitución, que muda el contenido del precepto al número 114 al 116, y por votación del grupo de Unión de Centro Democrático y del grupo Alianza Popular, se mantuvo el texto original del artículo 114 apartado segundo del Anteproyecto al no aceptarse ninguna de las Enmiendas que habían sido propuestas⁴⁹. Después de su paso por el Senado, la redacción final del apartado segundo del artículo 124 de la Constitución no se apartó de la redacción original contenida en el apartado segundo del artículo 114 del Anteproyecto en cuanto a la regulación de los cuatro principios directores; sin perjuicio, desde luego, de las diversas modificaciones que se operaron en el resto de su contenido⁵⁰.

⁴⁶ CISNEROS LABORDA G., Boletín Oficial de las Cortes, núm. 82, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3124.

⁴⁷ Enmienda núm. 442, propuesta por el grupo Socialista en el Congreso, primer firmante: grupo socialista. Cfr. *Ibidem*, pág. 309. Se examina también en el segundo y tercer epígrafes del primer Capítulo relativos al principio de imparcialidad y de dependencia jerárquica.

⁴⁸ Enmienda núm. 297, propuesta por el grupo Socialistes de Catalunya en el Congreso, primer firmante: grupo Socialistes de Catalunya. Cfr. *Ibidem*, pág. 260. Se examina en el segundo epígrafe del primer Capítulo relativo al principio de imparcialidad.

⁴⁹ Boletín Oficial de las Cortes núm. 82, Sesión de 17 de abril de 1978, págs. 1519 y ss.

⁵⁰ Vide los 3 apartados del Capítulo I, que tratan el proceso constituyente del art. 124 de la CE

2. 2. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL MINISTERIO FISCAL⁵¹

El desarrollo legislativo del principio de legalidad se halla en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, concretamente en su artículo 6, apartado primero, por el que se determina que “por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”.

Con razón, FUENTES ha puesto de manifiesto que la “prescripción del artículo 6 del EOMF no pasa de ser una declaración genérica a la que el Ministerio Fiscal, como cualquier otra institución pública, vendría en todo caso obligada tras la consagración constitucional de su actuación sometida al principio de legalidad”⁵². Es cierto, que el precepto incita a la sorpresa, —particularmente en lo referente al primer inciso del apartado reproducido— desde el momento en que es advertida su carencia de contenido material, resultando que las palabras que lo componen apenas alcanzan a cubrir una pretendida apariencia formal de norma reguladora, sin contenido real que de sentido material a las mismas. En efecto, el artículo nada aclara sobre el desarrollo constitucional del principio estudiado. La simpleza del inciso es palmaria y su utilidad inexistente. Decir que el principio de legalidad supone una sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el Ordenamiento Jurídico vigente, es decir lo obvio.

A mayor abundamiento, es decir nada, ya que si éste fuera el exclusivo contenido constitucional del principio de legalidad en lo referente al Ministerio Público, sería preciso concluir que los padres constituyentes introdujeron una repetición innecesaria y estéril del referido principio en el artículo 124 de la Constitución, ya que

⁵¹ Para un examen ordenado de la actividad parlamentaria, un encomiable punto de partida lo constituye la recopilación dirigida por LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984.

⁵² FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 282.

la obligación de sujetarse a la legalidad se halla expresamente inserta en el Título Preliminar, precepto constitucional número 9, apartado 1º, que estipula que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico” y, como es lógico, resulta aplicable en su plenitud a cualquier persona física con facultades cognoscitivas y volitivas, así como a las personas jurídicas y a toda Institución pública —sin excepción— incluida, desde luego, el Ministerio Fiscal⁵³.

Constatado ha sido que el Estatuto ha optado por incumplir uno de sus propios fines, que es desarrollar y delimitar el significado constitucional del principio de legalidad, la sorpresa inicial arroja abruptamente al estudioso, —huérfano de ley— a la necesidad de delimitar el contenido constitucional del principio de legalidad del Ministerio Fiscal, no ya en lo que el legislador dijo, sino en la razón por la que no lo dijo, y por tanto, en el descubrimiento de la correcta interpretación teleológica del precepto constitucional no desarrollado estatutariamente. Un punto de partida adecuado lo constituye la Memoria de la Fiscalía General de 1982, —primera después de la publicación del Estatuto el 30 de diciembre de 1981— en la que GIL–ALBERT VELARDE⁵⁴, Fiscal General del Estado del momento, sostiene que la naturaleza del Ministerio ha de permanecer indefinida, afirmando, que “sin duda no ha cristalizado todavía la institución del Ministerio Fiscal en España, de modo que permita dogmatizar sin discusiones sobre su naturaleza, atribuyéndole una u otra situación ante el conocido

⁵³ Destáquese que el apartado 1º del artículo 53 de la Constitución establece que “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título [I] vinculan a todos los poderes públicos”. La necesidad de este precepto radica precisamente en su divergencia con el contenido del artículo 9, apartado 1º, debido a que en aquel, se establece, no ya el sometimiento sino la vinculación, no ya de ciudadanos y poderes sino solo de los poderes públicos, a los derechos y libertades fundamentales contenidos en el Capítulo II del Título I, lo que constituye un elemento de garantía esencial a las constituciones modernas en los estados democráticos —que va más allá del mero sometimiento general al ordenamiento jurídico vigente— y que exige una regulación constitucional específica de esta vinculación que se complementa con el establecimiento de específicos cauces procedimentales, en adición a los ordinarios, diseñados con el fin de prevenir y corregir las eventuales violaciones ejercidas por los poderes públicos de los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos y excepcionalmente de las personas jurídicas cuando el contenido constitucional del derecho así lo reconozca.

⁵⁴ José María Gil–Albert Velarde fue Fiscal General del Estado entre 1980 y 1982 y diputado de Unión de Centro Democrático. Resulta especialmente relevante el estudio de sus manifestaciones al delatar el sentir del grupo político en el poder cuando se aprobó el Estatuto del Ministerio Fiscal y por derivación, el sentir del Legislador.

dilema, a que, en último extremo, pueden reducirse los múltiples sistemas existentes: Ministerio Fiscal–Órgano del Poder Ejecutivo, Ministerio Fiscal–Magistratura postulante, integrada en al Poder Judicial. Razones poderosas extraídas de la legislatura vigente, permitirían, si bien siempre con puntos contradictorios en la construcción, otorgarle una u otra naturaleza. Cabría decir, quizá, que ni siquiera sería positivo adoptar de modo terminante, una u otra posición, y esto refrendaría el mérito de nuestras leyes”⁵⁵. Junto a esta mentalidad ambigua, abierta, propia de la transición española, que parece mostrarse como la razón de la indefinición en que el Estatuto de 1981 ha sumido al principio de legalidad, apunta la citada Memoria, a la posibilidad de que la inclusión constitucional del principio haya de entenderse en un doble sentido; primero negativo, como prohibición del principio de oportunidad; y segundo positivo, como deseo expreso del legislador de afirmar la supremacía del principio de legalidad como valor superior que limita el principio de dependencia jerárquica. En concreto, la Memoria sostiene que “la consecuencia, en fin, que del establecimiento de los principios de legalidad e imparcialidad debe extraerse, es, por una parte, que nuestro Ministerio Fiscal no tiene parentesco alguno con la institución del mismo o semejante nombre que en otros sistemas actúa con criterios de oportunidad, y, de otra, que tales principios imprimen carácter a la hora de matizar la naturaleza del Ministerio Fiscal y su construcción dogmática y el ejercicio de las funciones que le son encomendadas”⁵⁶, y respecto de este valor positivo que matiza la naturaleza del Ministerio Fiscal, añade, que “consciente, sin duda el legislador constitucional de que la unidad y la dependencia eran principios orgánicos que no establecen la esencia de la institución, tras optar por una configuración del Ministerio Fiscal en el marco del Poder Judicial, señaló la legalidad y la imparcialidad como principios rectores de la actuación a modo paralelo de lo que hizo con la Magistratura”⁵⁷.

Adviértase que los planteamientos sostenidos en la Memoria de 1982, en puridad, solo podrán ser valorados para conocer el pensamiento del Fiscal General del momento y, hasta cierto punto, a fin de vislumbrar parcialmente el pensamiento del Legislador estatutario, debido a que Gil–Albert fue diputado de la legislatura

⁵⁵ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 1982, Madrid, capítulo IV, de la administración de Justicia, pág. 85.

⁵⁶ *Ibíd.*, pág. 99.

⁵⁷ *Ibíd.*, pág. 98.

constituyente y encargado de presentar el Borrador del Estatuto de 1981 a la Comisión Codificadora⁵⁸; pero en ningún caso, puede utilizarse la Memoria para valorar una posición generalizada del Ministerio Fiscal, que sólo cabe ser definida de voluble en extremo. En efecto, solo un año después, BURON BARBA, nombrado nuevo Fiscal General del Estado, en la Memoria de la Fiscalía General de 1983, postula una versión del principio de legalidad radicalmente diferente a la sostenida por su predecesor, tanto en su aspecto negativo, al defender veladamente al principio de oportunidad, manteniendo que “oportunidad y legalidad no son siempre nociones opuestas” y que “el Ministerio Fiscal (...) tampoco debe oponer una cerrada resistencia a que la Justicia pueda ser estimulada desde fuera con criterios de oportunidad”⁵⁹; como en el aspecto positivo, al atacar la interpretación que sostiene que la Constitución y el Estatuto regulan la primacía del principio de legalidad sobre el de dependencia jerárquica, ejercitando una toma de posición doctrinal que postula que tales normas colocan en plano de igualdad a los cuatro principios constitucionales y señalando, que “el rango constitucional de la institución confiere al Ministerio Fiscal en bloque un campo de competencias y facultades que solo pueden desarrollarse con sometimiento a las leyes y sin interferencias ajenas, pero al coordinarse con los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, la operatividad de este ámbito de autonomía se concentra en el Fiscal General”⁶⁰.

Esta corriente de pensamiento sostiene, en definitiva, que con la legislación actual no cabe hablar de un Ministerio Fiscal de naturaleza jurídica independiente o autónoma, sino de un Ministerio esencialmente dependiente, de lo que se deriva que el contenido del principio de legalidad del artículo 124.2 de la Constitución se reduzca a la mera exigencia de sujeción al Ordenamiento Jurídico, como réplica inerte de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Constitución, aduciendo además, la existencia de una

⁵⁸ Señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de regulación del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal que: “el Fiscal General del Estado remitió al Ministerio un Borrador de Estatuto que sirvió de base, en unión de los estudios pre legislativos ya existentes en el mismo, de las aportaciones doctrinales y de los antecedentes de Derecho comparado, a un anteproyecto que preparó una comisión de letrados, designada por el Ministro de Justicia”, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, proyectos de ley, 23 de mayo de 1981, núm. 139–I, pág. 1011.

⁵⁹ BURON BARBA L. A., Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, año 1983, Introducción, pág 24.

⁶⁰ *Ibidem*, págs. 19–20.

analogía material de significados en la terminología determinante del grado de vinculación *ad extra* entre el Gobierno y el Público Ministerio anterior y posterior a la aprobación del Estatuto, al afirmar que “las leyes conceden [al Gobierno] la facultad de requerir (o interesar para utilizar el término del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal)”⁶¹.

Al apreciarse de forma obvia la diferencia de criterios, que sobre el principio de legalidad, presentan las dos Memorias consecutivas de la Fiscalía General del Estado de 1982 y 1983, se revela preciso acudir a los trabajos parlamentarios del Estatuto de 1981 a fin de hallar la huella del espíritu del legislador en la indefinición del principio de legalidad.

El 23 de mayo de 1981 se publicó, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, el Proyecto de Ley de regulación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁶². El artículo original número 6 del Proyecto constaba de 3 apartados; el primer apartado vino luego a formar el primer inciso del primer párrafo del artículo 6 de la Ley, y el segundo y tercer apartados, los artículos 7 y 8 de la Ley⁶³.

En la Memoria de presentación, en referencia al artículo 6 del Proyecto, “se insiste en que su actuación [del Ministerio Fiscal] ha de llevarse a cabo con sujeción a

⁶¹ *Ibidem*, pág. 23. La confusión de términos la crea de forma intencionada Buron Barba. Ciertamente, el significado de *requerir* —intimar, avisar o hacer saber algo con autoridad pública—, no es identificable con el de *interesar* —adquirir o mostrar interés por alguien o algo—, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, edición 22^a, Madrid, 2001. Desde luego, sólo cabe asombrarse del abismo que separa la interpretación de Buron Barba del número primero del artículo 9 del Estatuto Orgánico, que literalmente dispone, que “el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los Tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público”, de las palabras que fueron expresadas en su defensa, en sede parlamentaria. La motivación de la enmienda núm. 131 del grupo Minoría Catalana al apartado primero del artículo 9 del de Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, dice así: “Esta redacción expresa, sin ambigüedades y con la mayor claridad posible, que el Ministerio Fiscal, en la persona del Fiscal General del Estado no puede recibir órdenes del Gobierno, sino solo mociones o sugerencias en orden a la promoción de acciones ante los tribunales”.

⁶² Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, proyectos de ley, 23 de mayo de 1981, núm. 139-I, págs. 1011–1031.

⁶³ *Ibidem*, pág. 1019.

las Leyes y disposiciones del ordenamiento jurídico y con plena objetividad⁶⁴ garantía total de la andadura del Ministerio Fiscal, [que] como quiere la Constitución, ha de realizarse siempre bajo los mismos principios que rigen la actuación del Poder Judicial: la búsqueda serena e imparcial de la Justicia y de la verdad”⁶⁵.

El grupo parlamentario Comunista presentó una Enmienda al proyectado artículo 6.1, pretendiendo su alteración con el siguiente contenido: “por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con exclusiva sujeción a la Constitución, las leyes, y el resto del ordenamiento jurídico vigente. Cuando un fiscal encuentre improcedentes o contrarias a la ley las órdenes que recibiere, ejercerá las facultades que se le reconocen en este Estatuto”⁶⁶.

Como se observa, la Enmienda mantiene la referencia básica a la sujeción a las leyes, sin pretender incidir en el aspecto negativo del principio del principio de legalidad como limitador del principio de oportunidad, uniéndose el grupo Comunista a la indeterminación sobre este particular reinante en la Constitución, en el Proyecto y en la Ley.

La pretensión de inclusión en la Ley del contenido de la Enmienda, intenta garantizar el aspecto positivo del principio de legalidad, cuyo fin esencial se halla constituido por la defensa de la imparcialidad del fiscal frente a los ataques a la misma que puedan derivarse de la regulación constitucional del principio de dependencia jerárquica *ad intra* y *ad extra*. La Enmienda, será finalmente acogida en su integridad en el segundo párrafo de la artículo 6 de la Ley que acabará disponiendo que “si el fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto”.

⁶⁴ Esta referencia a la objetividad no se encuentra relacionada con el principio de legalidad sino con el de imparcialidad, previsto en el apartado segundo del artículo 6 del Proyecto, e integrado finalmente en el artículo 7 de la Ley.

⁶⁵ Memoria del Proyecto de Ley del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, VI Contenido, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, proyectos de ley, 23 de mayo de 1981, núm. 139–I, pág. 1014.

⁶⁶ Enmienda núm. 28. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 55.

El grupo Comunista, desvela la intencionalidad de la modificación pretendida con base en la siguiente motivación: “por el principio de legalidad queda garantizada tanto la autonomía del Ministerio Fiscal frente al Poder Ejecutivo como el derecho de cualquier funcionario a disentir de órdenes ilegales de sus superiores jerárquicos y tener los cauces adecuados para que le sea respetada su fidelidad a la legalidad por encima de cualquier otra consideración”⁶⁷.

Se perfila, por tanto, esta corriente comunista de pensamiento parlamentario en una concepción del principio de legalidad como garante de la independencia del fiscal frente a la arbitrariedad del Gobierno y la de sus superiores jerárquicos; siendo esta concepción, a mi juicio, la verdadera esencia del principio constitucional de legalidad. A ello resulta preciso añadir una tercera —pero igualmente esencial— función de contención de la arbitrariedad de la actuación del propio funcionario fiscal.

Por su parte, el grupo parlamentario Socialista presentó una Enmienda⁶⁸, con pretensión de reformulación de todo el precepto 6 de la Constitución y, con un texto, —en cuanto al principio de legalidad— claramente concorde con el propuesto por el grupo Comunista, aunque —al referirse a la modificación de capítulos— nos priva una motivación de fondo, que se sustituye por una de carácter de mera sistemática formal—. Igualmente, el grupo de Minoría Catalana, presentó una Enmienda con un texto que, sin diferir en lo esencial del grupo Comunista, abogaba por su inclusión en el artículo 2 en vez del 6 sin que se acompañara a la misma motivación específica ajena a la propia de la estructura formal⁶⁹.

El 23 de junio de 1981, la Ponencia encargada de redactar el Informe sobre las Enmiendas al Proyecto, elevó su nueva propuesta a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados⁷⁰. El Informe admitió parcialmente las Enmiendas 28 (grupo Comunista) y 163 (grupo Socialista) y rechazó la 111 (grupo Minoría Catalana). El 30 de junio de 1981 la Comisión elevó a la Mesa del Congreso el Proyecto reformado con

⁶⁷ Motivación a la enmienda núm. 28. Cfr. *Ibídem*.

⁶⁸ Enmienda núm. 163. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., págs. 98–99.

⁶⁹ Enmienda núm. 111. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 81.

⁷⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, proyectos de ley, 23 de junio de 1981, núm. 139–I 3, pág. 1032/7.

el texto del artículo 6 que habría de perdurar durante toda su tramitación parlamentaria en el Congreso y en el Senado hasta su aprobación definitiva por las Cortes Generales⁷¹, que igualmente sobreviviría a la posterior reforma que se operó en el Estatuto en el año 2007⁷². El texto definitivo del precepto, quedó así redactado:

“Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan. Si el Fiscal estimare improcedente el ejercicio de las acciones o la actuación que se le haya confiado, usará de las facultades previstas en el artículo 27 de este Estatuto”.

Se conforma, por tanto, como el núcleo de la cuestión del debate parlamentario, no tanto la definición del contenido del principio de legalidad, —en cuanto que lo cierto es que no se postulan Enmiendas respecto de ese particular—, sino en el artículo 23 del Proyecto (hoy 27 de la Ley) como regulador de los mecanismos puestos a disposición del fiscal ante la recepción de una orden ilegal o improcedente, cuestión que pertenece al ámbito del principio de imparcialidad y que se desarrolla en el Apartado tercero del presente Capítulo.

2.3. LAS DOS ACEPCIONES DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Se ha adelantado, que cabe dar dos significados al contenido del principio de legalidad respecto del Ministerio Fiscal (art 124.1 CE y art. 6 EOMF). Una primera acepción en su vertiente negativa, excluyente o limitadora del principio de oportunidad o discrecionalidad, y una segunda en su vertiente positiva, como garante o protectora del ejercicio recto de las funciones constitucionales del fiscal actuante frente a los ataques a su imparcialidad que hubieran de venir, ya sea del Gobierno, ya sea de la superioridad jerárquica interna.

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, proyectos de ley, 30 de junio de 1981, núm. 139–II, pág. 1032/33.

⁷² Ley 24/2007 de 9 de octubre.

En relación con este segundo significado o acepción, ha de ponerse de manifiesto la interrelación o interconexión entre el principio de legalidad positivo que sujeta del fiscal y su Ministerio al Ordenamiento jurídico vigente y la función aquél como garante de la independencia de los tribunales sobreponiéndose a potenciales injerencias derivadas de su relación gubernamental (art. 124.4 CE y art. 29 EOMF). En igual sentido, esta acepción positiva de la legalidad, ha de servir como defensa frente a criterios contrarios a ley que fueran gubernamentalmente propuestos en materia de política criminal y, en menor medida, frente a las instrucciones ilícitas que pudieran provenir de la cúpula jerárquica.

Existe una tercera acepción no ya del principio, sino del concepto de legalidad, que se refiere a la función consustancial al Ministerio Público como defensor de la legalidad (art. 124.1 CE y art. 1 del EOMF). Este tercer significado de legalidad goza de una naturaleza funcional que se relaciona con la misión del MF como promotor de la Ley, por lo que se trata de un concepto ajeno al principio de legalidad del Ministerio Público.

A continuación, se examinan cada una de las manifestaciones del principio constitucional de legalidad en su afeción al Ministerio Fiscal.

2.3.1. LA ACEPCIÓN NEGATIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Por aspecto o acepción negativa del principio de legalidad del Ministerio Fiscal, me refiero al principio de oportunidad o discrecionalidad.

GIMENO define el principio de oportunidad como “la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”⁷³.

⁷³ GIMENO SENDRA V., “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Revista Poder judicial*, 1968, pág. 34.

Explica BELING que para resolver la cuestión sobre “si la Autoridad encargada de la acusación puede o pudiera quedar facultada para omitir la persecución por no considerarla oportuna o conveniente, por ejemplo, por razones de nimiedad de la infracción (minima non cura praetor) o por temor de costos procesales considerables”, es posible atender al principio de legalidad que “niega tal facultad a la Autoridad encargada de la acusación”, o por el contrario, acudir al principio de oportunidad, que “se la concede”⁷⁴.

La doctrina clasifica el principio de oportunidad en puro y reglado. FUENTES, —con precisión— afirma que añadir a la oportunidad el calificativo de reglada “supone abogar por la necesidad de fijar mediante normas jurídicas, cuáles son esas condiciones que facultan al titular de la acción penal para disponer de su ejercicio”⁷⁵. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES expone que en la actuación del Ministerio Fiscal respecto del principio de oportunidad cabe distinguir dos sistemas posibles: el principio de oportunidad libre, que otorga “libertad absoluta por parte de quien ejerce el *ius puniendi*, para determinar en cada caso concreto cuando se ejerce el poder represivo del Estado y de que manera” y el principio de oportunidad reglada por el que se prevén unos motivos genéricos en la incoación o en la instrucción que abren “la posibilidad de extinguir o suspender la instrucción” sobre la base de “razones de política criminal o interés público que desaconsejen la apertura de juicio y la irrogación de una pena privativa de libertad”⁷⁶.

En el mismo sentido, CUADRADO SALINAS señala que la oportunidad reglada concede “un cierto grado de discrecionalidad al fiscal pero, limitado por la norma lo que induce a pensar que, en este último caso, la posibilidad del fiscal de renunciar a la acción penal está específicamente establecida en la ley”. Por el contrario,

⁷⁴ BELING E., *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943, pág. 25, citado por CASTILLEJO MANZANARES R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013, pág. 71.

⁷⁵ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 260. Vide, también, DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág. 30.

⁷⁶ CASTILLEJO MANZANARES R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías...”, op. cit, págs. 69-70.

la oportunidad pura “provoca el otorgamiento de un amplio grado de discrecionalidad en la toma de decisión a la hora de renunciar al ejercicio de la acción penal”⁷⁷.

La oportunidad pura o discrecionalidad política, suele asociarse a las naciones con sistemas criminales adversariales y, la reglada, a las naciones con sistemas acusatorios formales propios del derecho continental europeo, siempre que aquéllas gocen de un modelo de investigación fiscal.

2.3.1.1. El principio de legalidad y el principio de obligatoriedad de la acusación penal

El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, en el inciso segundo del párrafo primero del número 6, con imprecisión posiblemente pretendida en aras del consenso parlamentario, se refiere así al principio estudiado:

“Por el principio de legalidad el Ministerio Fiscal actuará (...), dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan”.

Como contrapunto a la ya referida falta de concreción o precisión legislativa, que no puede dejar de advertirse en la omisión de definición del contenido principio de legalidad del Ministerio Público tanto en la Constitución como en el Estatuto, que encuentra su causa en la persecución del ideal parlamentario de unir voluntades políticas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, se muestra precisa al predicar la sujeción del fiscal al principio de legalidad; lo que para parte de la doctrina significa la proscripción del principio de oportunidad, mientras que para otra parte no cabe la prohibición absoluta, en atención a la armonía de la funciones que el artículo 124.1 de la Constitución de 1978 ha encomendado al fiscal⁷⁸. Si fuese preciso elegir un precepto definitorio de la

⁷⁷ CUADRADO SALINAS C., “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009, doc. electro., pág. 3.

⁷⁸ Vide FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 258, GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 188, CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *La reforma del proceso penal...* op. cit., pág. 293, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El*

controvertida interdicción, sin duda lo sería el primer inciso del artículo 105 de la citada Ley, que establece que:

“Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.”

La Circular de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 2 de septiembre 1884, incidía en la claridad del precepto respecto del principio de legalidad, al disponer que “la acción penal es pública” y que “todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley: dice el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. No cabe mayor amplitud ni más extensa popularización del derecho a perseguir delitos. Más lo que para los ciudadanos constituye un derecho, es deber ineludible del Ministerio Fiscal, a quien, aparte de muchas disposiciones, la citada ley, en su artículo 105, impone la obligación de ejercitar con arreglo a la misma todas las acciones que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada⁷⁹”.

En el mismo sentido, afirma GOLDSCHMIDT, refiriéndose a la legislación procesal penal española, que “el querellante particular tiene la facultad de apartarse de la querrela en cualquier tiempo”, ello no obstante, “si la querrela fuese por delito que se persigue de oficio el proceso se continúa quedándole al Ministerio Fiscal la carga de la acusación (art. 105 LECm). El Ministerio Fiscal no puede desistir de la querrela, pero cuando creyere que la acusación ha de retirarse no le queda otra posibilidad que la de solicitar el sobreseimiento o la absolución, vinculando al Tribunal esta solicitud”⁸⁰.

poder de acusar... op. cit., pág.14. En contra, DE LA OLIVA afirma que “en cuanto al principio de oportunidad, reglada o no, negar que el artículo 124.2 de la Constitución opta claramente por el principio contrario, el de legalidad, es empeñarse en negar la evidencia”.

DE LA OLIVA SANTOS A., Vide *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, Barcelona, 1988, pág. 87.

⁷⁹ Circular de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 2 de septiembre 1884, Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año 1884, Apéndices, Madrid.

⁸⁰ GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, *Derecho, derecho penal y proceso, Problemas fundamentales del Derecho*, Vol. 1, Madrid, 2010, § 22.

Resulta apropiado traer al recuerdo las palabras de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA quienes destacan que, procesalmente “la función específica y más importante del Ministerio Fiscal, es el ejercicio de la acción pública en todas las causas criminales, haya o no, acusador particular, sin más excepciones que aquellas que solo pueden ser promovidas según la ley a instancia de parte agraviada. Respecto de la acción penal rige el principio de legalidad, según el cual el Ministerio Fiscal está obligado a ejercitarla por todo hecho con caracteres de delito que llegue a su conocimiento, sin que pueda atender a consideraciones de oportunidad o conveniencia”⁸¹.

No parece que la entrada en vigor de la Constitución produjera cambio alguno en la interpretación del precepto estudiado. En tal sentido, se pronuncia la Circular de la Fiscalía General del Estado de 1978 intitulada “el fiscal ante la Constitución”, en la que se “recuerda a los señores fiscales la ineludible obligación de ejercitar la acción penal cuando conozcan por cualquier medio la existencia de hechos constitutivos de delito conforme a la legalidad vigente”⁸².

En igual sentido, ARMENTA DEU afirma que “en nuestro sistema y de acuerdo con el art. 105 de la LECrim, el principio de legalidad obliga al fiscal a ejercitar la acción penal por todo hecho de que tenga noticia con caracteres de delito o falta, conforme a la ley penal sustantiva”⁸³, y MARTÍN PASTOR señala que el principio de legalidad significa que el Ministerio Fiscal tiene el “deber de acusar ante la mera constatación de que el caso analizado encaja en el

⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 72. En igual sentido, sostienen más adelante los autores que “el órgano público de la acusación está obligado a ejercitar las acciones penales en los casos que proceda”, pág. 122.

⁸² Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 7/1978, de 30 de septiembre, sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución, Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1979, Madrid, págs. 43–44.

⁸³ ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991, pág.189. La autora señala que al fiscal “le queda excluida toda capacidad de decisión sobre la conveniencia u oportunidad de persecución en el caso concreto”.

supuesto de hecho de la norma penal y, así mismo, debe acusar en la medida que resulte de la aplicación de la norma a dicho caso”⁸⁴.

La razón de este apego especial que muestra la legislación procesal penal española a la obligatoriedad en la acusación frente al ejercicio de la oportunidad reglada, encuentra su causa en razones históricas. El principio de legalidad debe su origen legal al espíritu propio de la codificación del siglo XIX cuando se redactó la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, época en la que se pretendía reforzar el Estado de Derecho y el principio de igualdad y de seguridad jurídica, ya que el trato individualizado de la ley penal iba a ser aborrecido como heredero de regímenes históricos no queridos.

Conviene abrir una ventana al derecho comparado para poder determinar de qué forma influye la propia historia y cultura particular de cada Estado de Derecho en el contenido y extensión del principio de legalidad en su relación con el órgano al que se encomienda el ejercicio de la acción penal. En este sentido —precisa ROXIN—, el principio de legalidad en el derecho alemán “enuncia, por un lado, que la Fiscalía debe realizar investigaciones cuando existe la sospecha de que se ha cometido un hecho punible y, por otra parte, que está obligada a formular acusación cuando, después de las investigaciones, sigue existiendo esa sospecha vehemente”⁸⁵.

Respecto de la primera obligación que el principio de legalidad alemán impone a la Fiscalía alemana, a saber, la investigación del ilícito criminal, debe precisarse que en el derecho procesal español —al contrario que en el alemán— no se contempla como parte del principio de legalidad la obligatoriedad del fiscal de investigar los delitos, debido a que tal investigación recae en el juez instructor.

En este sentido, debe recordarse que a pesar del tenor literal del primer párrafo del artículo 773 de la LECrim, que declara que cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia

⁸⁴ MARTÍN PASTOR J., “Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil”, en *La convergencia entre el derecho civil y penal ¿una dirección adecuada?*, (coord. ARMENTA DEU T.) Madrid, 2013, pág. 151.

⁸⁵ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., pág. 89.

de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará el mismo u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo, es cierto —con razón afirma FUENTES— que “mientras las diligencias investigadoras practicadas por el MF no tengan legalmente reconocido el mismo valor instructorio que las realizadas por la autoridad judicial, su práctica no sólo se presenta devaluada sino, lo que es más grave, dilatoria del procedimiento y, en cierta medida, victimizadora pues en nada impedirán que esas mismas diligencias tengan que ser reiteradas posteriormente bajo la dirección del Juez Instructor”⁸⁶.

A mayor abundamiento, la Circular núm. 4/2013 de la Fiscalía General del Estado, establece en su conclusión 17^a, que “la posición del Fiscal podrá ser la de no practicar diligencias de investigación y remitir directamente la denuncia recibida al juzgado”, e igualmente, dispone la conclusión 16^a que, de haber acordado el Fiscal incoar tales diligencias, “no está obligado a agotar la investigación es sus diligencias, gozando de plena autonomía para decidir en que momento resulta aconsejable la judicialización de las diligencias de investigación. Los órganos judiciales carecen de facultades para revisar esa decisión”.

En cuanto al fundamento de la segunda obligación impuesta por el principio de legalidad, a saber, el ejercicio de la acción penal ante la constatación de todo supuesto de hecho que presente indicios de ser típico, dice ROXIN que su finalidad es asegurar la persecución de los hechos punibles sin consideración de la persona que los hubiera cometido, habida cuenta de que la Fiscalía, perteneciente al Poder Ejecutivo y —en su origen— subordinada al Monarca, generaba desconfianza en cuanto a su imparcialidad⁸⁷. Responde a la idea de que el Estado de Derecho se halla obligado a garantizar la aplicación de una Justicia retributiva sometida al principio de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la Ley. En la actualidad —sostiene el autor alemán— si bien el principio de legalidad como *antítesis teórica* del principio de oportunidad, ha perdido, en parte, su base teórica primitiva, todavía persiste un

⁸⁶ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 200.

⁸⁷ Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., particularmente, págs. 89–97.

fundamento constitucional expresado principalmente en el principio de igualdad ante la Ley⁸⁸, y en el principio de certeza o tipicidad⁸⁹.

En el ámbito de la doctrina española, esta pérdida de base teórica del fundamento o necesidad de establecer la primacía del principio de legalidad como contrapeso a la discrecionalidad de los regímenes monárquico absolutistas, ha permitido, a pesar de la literalidad del artículo 105 de la LECrim, que la doctrina abogue por una flexibilidad en su interpretación. Como señala PEDRAZ PENALVA, “ni siquiera los más rígidos intérpretes del artículo 105 de la LECm han soslayado la concesión de un cierto margen al Ministerio Fiscal a la hora de decidir en el ejercicio de la acción penal en el supuesto concreto⁹⁰”. El autor sostiene que “la inicial, frontal y radical oposición legalidad–oportunidad se ha venido suavizando al defenderse y reconocerse que en verdad no se da tal enfrentamiento”⁹¹. Éste es el sentido actual de la doctrina del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, habiendo declarado su Pleno que “la función atribuida al Ministerio Fiscal por la Constitución, de promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, según la cual ejerce la acusación en los procesos penales, no implica necesariamente el deber constitucional (ni incluso legal) de ejercerla en todos los casos, incluso en aquéllos en los que resulta atribuida facultativamente a la propia víctima, ni, por tanto, puede considerarse que la exoneración legal de hacerlo en algún tipo de esos juicios de faltas vulnera el principio de igualdad. De igual suerte que la Ley dispone la participación obligatoria del Ministerio Fiscal en algunos procesos no penales, puede relevar al Fiscal de intervenir en algunos de aquellos supuestos en los que la defensa del interés público tutelado por la Ley se atribuye a los particulares interesados; distinción que tiene una justificación objetiva y razonable y no puede

⁸⁸ El art. 3 de la Constitución alemana de 23 de mayo de 1949 —Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland— reconoce el principio de igualdad ante la ley. En parecidos términos, el principio es consagrado por el art. 14 de la Constitución española.

⁸⁹ El art. 103.2 de la Constitución alemana establece que sólo podrá ser castigado un acto cuando la pena esté ya prevista por ley antes de cometerse aquel. Es un precepto similar al contenido en el art. 25.1 de la Constitución española, que no supone límite alguno al principio de oportunidad. En este sentido, Vide la sólida fundamentación de FUENTES SORIANO O., *La investigación por el fiscal...* op. cit., págs. 265–266.

⁹⁰ PEDRAZ PENALVA E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 364–365.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 369. El autor se postula favorable a la introducción de principio de oportunidad de la forma lo más “taxativamente” posible.

considerarse, por ello, discriminatoria”⁹². Ahora bien, el Tribunal Constitucional se refiere a clases de delitos generalizados y no a discrecionalidad respecto de asuntos particulares.

En igual sentido, CONDE PUMPIDO FERREIRO defiende que el “artículo 105 de la LECm tampoco es tan absoluto en la imposición de la imperatividad de la acusación”⁹³. Si bien, —como señala ARMENTA DEU— no cabe negar la tendencia a favor de la inclusión del principio de oportunidad en diversos ordenamientos europeos, lo cierto es que sus manifestaciones en el derecho comparado pueden llegar a ser radicalmente distintas⁹⁴. Es una tendencia, por tanto, puede calificarse —salvo excepciones— de generalizada pero no de uniforme, ya que, como señala LÓPEZ AGUILAR, “las formulaciones del principio de oportunidad en el Derecho comparado son muchas y diversas”⁹⁵.

El Legislador alemán parte de un sistema de exigencia de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, de conformidad con el artículo 170 apartado primero de la Ordenanza Procesal Penal alemana *Strafprozeßordnung* (StPO), que establece la obligación del Ministerio Fiscal de formular acusación, si las investigaciones le llevan a la conclusión de que existe sospecha suficiente⁹⁶. Resulta notoria la similitud entre el precepto reproducido y el artículo 105 de la LECm española⁹⁷. Sin embargo, advierte ROXIN que el principio de legalidad “es quebrantado

⁹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 56/1994, 24 de febrero de 1994, FD 4º. Ponente: GABALDÓN LÓPEZ, J.

⁹³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 293.

⁹⁴ ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...op. cit.*, pág. 191. En términos similares, se ha pronunciado BACIGALUPO, E., *El debido proceso*, Buenos Aires, 2005, pág. 212.

⁹⁵ LÓPEZ AGUILAR J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996, pág. 224.

⁹⁶ En este trabajo, la traducción al castellano de los preceptos de la Ordenanza Procesal alemana se efectúa por el autor desde la traducción inglesa realizada por el Ministerio Federal de Justicia de Alemania, a cargo de los Profs. Brian Duffett y Monika Ebinger.

⁹⁷ § 170.1. StPO. Bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht. El Ministerio Fiscal debe formular acusación, si las investigaciones le llevan a la conclusión de que existe sospecha suficiente.

por tantas excepciones que en el ámbito de la criminalidad más leve y, en gran parte, también en el de la criminalidad media, rige, en la práctica el principio de oportunidad”⁹⁸.

En el mismo sentido, afirma GÓMEZ COLOMER que en el derecho alemán “el principio de legalidad no se entiende hoy absolutamente, pues la Fiscalía no está obligada a perseguir cualquier infracción del Derecho penal, dado que razones de prevención general y especial, ligadas con la necesidad y conveniencia del castigo penal en el caso concreto, han aconsejado una disminución de la intensidad formal que el principio significa”⁹⁹.

Es cierto, que la declaración general de sometimiento al principio de legalidad queda mutilada con el apartado segundo del artículo 152 de la StPO¹⁰⁰ que dispone que el fiscal está obligado, salvo que legalmente se establezca otra cosa, a proceder respecto de todos los hechos punibles perseguibles, cuando existieren suficientes indicios fácticos. Con la expresión “está obligado salvo que legalmente se establezca otra cosa” se instituye el principio de oportunidad en el Derecho procesal penal alemán. Por su parte, el artículo 153 de la StPO¹⁰¹, regula el concreto ejercicio del principio de

⁹⁸ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 90.

⁹⁹ GÓMEZ COLOMER J. L., “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002, pág. 259. El autor afirma que “conforme a este principio, de un lado, la Fiscalía debe practicar las investigaciones en caso de que existan sospechas de haberse cometido un hecho delictivo; de otro, está obligada a formular la acusación en caso de que permanezcan, tras esas investigaciones, suficientes sospechas acerca de ese hecho [§§ 152, ap. (2), y 170, ap. (1) StPO]. El principio de legalidad (procesal) significa en Alemania, por tanto, que existe obligación de perseguir y de acusar. Equivaldría, en parte, a nuestro principio de necesidad, desconocido con esta denominación más allá del Rin”.

¹⁰⁰ § 152.2. StPO Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. La Fiscalía está obligada, salvo que legalmente se establezca otra cosa, a proceder respecto de todos los hechos punibles perseguibles, cuando existieren suficientes indicios fácticos.

¹⁰¹ § 153.1. StPO Hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, so kann die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind. Si el proceso tiene por

oportunidad, permitiendo al Fiscal prescindir de la persecución si la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiera un interés público en la persecución.

Como señala RITTER, el artículo 153 de la Ordenanza procesal alemana “prevé la posibilidad de suspender un procedimiento si la culpa parece menor y no existe un interés público en la persecución penal”, sin embargo, ello “no significa que el Fiscal quede en libertad de tomar su decisión según su apreciación personal, sino que más bien debe aplicar los criterios desarrollados por la jurisprudencia”, o por las “Ordenanzas del Ministerio Fiscal para determinar si existe este interés público y luego justificar su decisión”¹⁰².

Con carácter general, los fines que llevan al legislador a introducir el principio de oportunidad, son básicamente las siguientes pretensiones: procurar la satisfacción de la víctima, mejorar la eficacia económica, reducir el tiempo de instrucción de los procedimientos, evitar los efectos perniciosos de la pena y facilitar así la socialización del reo primario o no peligroso. No obstante, ni la doctrina es unánime en cuanto a los fines que deben primar en aras a considerar una posible ampliación de la regulación del principio de oportunidad, ni tampoco lo es la legislación de cada Estado. Esta diversidad de fines es expresada por VERGER GRAU al señalar que “los penalistas, y también los gobiernos, se interesan cada vez más en derivar la acción penal hacia instrumentos y medios jurídicos que procuren la satisfacción a la víctima, pero también la rehabilitación personal y social del autor del hecho delictivo”¹⁰³. Como particularidad, GÓMEZ COLOMER sostiene que la inspiración que condujo al legislador alemán a configurar la actual regulación del principio de oportunidad en el Derecho alemán se

objeto un delito, la Fiscalía con aprobación del Tribunal competente para la apertura del procedimiento principal, puede prescindir de la persecución si la culpabilidad del autor fuera considerada ínfima y no existiera un interés público en la persecución. No será necesaria la aprobación del Tribunal para el caso delitos castigados con pena mínima inferior cuando las consecuencias del hecho sean mínimas.

¹⁰² RITTER A., “El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº. VI, Madrid, 2001, pág. 34.

¹⁰³ VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid, 2006, pág. 127.

debe principalmente a razones de eficacia económica¹⁰⁴. Por otro lado, no debe caber duda de que el derecho de menores, el factor más importante para la introducción del principio de oportunidad en la Ley Orgánica 5/2000, fue el superior interés del menor, antes que cualquier otra consideración, como reiteradamente se pone de manifiesto en su Exposición de Motivos¹⁰⁵.

El *Code de procédure pénale* francés consagra el principio de oportunidad en su apartado primero del artículo 40 que establece que, cuando el fiscal estime que los hechos indiciariamente delictivos constituyen una infracción cometida por una persona cuya identidad y domicilio son conocidos y con respecto a la que no existe ninguna disposición legal que impida el ejercicio de la acción pública, decidirá si es oportuno:

1. Promover diligencias.
2. Archivar el procedimiento cuando circunstancias particulares unidas a la comisión de los hechos lo justifiquen.
3. Iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias.

Si el fiscal decide archivar el procedimiento o iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias, deberá advertir de su decisión, indicando las razones jurídicas o de oportunidad que la justifican, tanto a los denunciantes como a las víctimas

¹⁰⁴ GÓMEZ COLOMER J. L., “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios...”, op. cit., pág. 254. El autor señala que “la celeridad es una meta relativamente alcanzada en Alemania, ya que en 1994 se demostró estadísticamente que los procesos penales alemanes eran los que menos duraban en comparación con los países de nuestro entorno cultural, de ahí que fuera el aspecto menos relevante. Sin embargo, la eficacia es otro cantar, pues existe desde hace mucho tiempo una gran preocupación en Alemania por esta cuestión, en primer lugar por los altos costos de la Justicia penal (existen 20.000 jueces y 5000 fiscales), lo que lleva a plantearse la ampliación del principio de oportunidad”.

¹⁰⁵ Reproduzco parcialmente, para la comodidad del lector, el apartado II.1 de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora–educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto”.

si estuvieran identificadas, así como a las personas o autoridades que hubieren puesto en conocimiento de la fiscalía los hechos de apariencia delictiva, si fueren distintos de los anteriores.

En el supuesto de que la decisión del fiscal fuere archivar las actuaciones, si la persona denunciante no se conformara con la decisión, podrá presentar recurso contra el archivo ante el fiscal jefe de la fiscalía territorialmente competente. Debe tenerse en consideración, como recuerda BADIE, que la autoridad judicial —a la que le corresponde tutelar la libertad individual conforme establece la Constitución francesa¹⁰⁶— se encuentra compuesta tanto por jueces —*magistrats du siège*—, como por fiscales —*magistrats du parquet*—, teniendo los integrantes de ambos cuerpos el rango de magistrados¹⁰⁷.

En el supuesto de que la decisión consistiere en iniciar un procedimiento alternativo a las diligencias y, con anterioridad a decidir sobre el ejercicio de la acción pública, —señala LACOSTE— que el fiscal podrá, directamente o por delegación, si la medida puede garantizar la reparación del daño causado a la víctima o poner fin a la perturbación resultante de la infracción o contribuir a la reclasificación del autor de los hechos, acordar alguna de las siguientes decisiones:

- Proceder a la reafirmar al imputado, las obligaciones que resultan de la ley.
- Orientar al imputado hacia una estructura sanitaria, social, profesional.
- Pedir al imputado que regularice su situación respecto a la ley y a los reglamentos.
- Pedir al imputado la reparación del daño.
- Hacer ejercer una misión de mediación penal entre él y la víctima.
- Proponer una composición penal¹⁰⁸.

¹⁰⁶ El art 65 de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 —*Constitution de la République française*— establece que “le Conseil supérieur de la magistrature comprend une formation compétente à l'égard des magistrats du siège et une formation compétente à l'égard des magistrats du parquet. Y el art. 66 establece que L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi”. El precepto ha de interpretarse conforme a la S.TC francés de 11 de agosto de 1993.

¹⁰⁷ Cfr. BADIE F. “El Ministerio Público francés”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº. VI, Madrid, 2001, pág. 86.

¹⁰⁸ Cfr. LACOSTE G., “Sistema procesal francés”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002, págs. 174–175.

La mediación penal se halla regulada en el art. 41.1 del *Code de procédure pénale*. Por medio de esta figura jurídica, “el fiscal, podrá, antes de decidir sobre el ejercicio de la acción pública, directamente o por medio de un oficial de policía judicial, de un delegado o de un mediador del Ministerio Fiscal, favorecer que se realice, con el acuerdo de las partes, un intento de mediación entre el autor de los hechos y la víctima”.

El artículo 41.2 regula la institución de la conformidad o composición penal, que exige, para poder desplegar sus efectos, que el imputado reconozca haber cometido uno o varios de los delitos castigados a título de pena principal con una pena de multa o con una pena de privación de libertad de duración inferior o igual a cinco años, así como, llegado el caso, de una o varias infracciones conexas podrá proponer, directamente o por intermediación de una persona habilitada. No será aplicable, cualquiera que sea la pena prevista, a los delitos de prensa, homicidios involuntarios, ni delitos políticos.

Si los hechos encajan en los anteriores presupuestos, el fiscal podrá proponer una o varias de las medidas siguientes: pagar una multa, la desposesión en provecho del Estado de los objetos que hayan servido o estaban destinados a cometer el delito o que sean su producto la inmovilización de su vehículo, la suspensión de su licencia de caza, un trabajo no remunerado en beneficio de la colectividad, el seguimiento de un curso o de un periodo de formación en un servicio u organismo sanitario, social o profesional, la prohibición de utilizar tarjetas de crédito o de emitir cheques u otros elementos cambiarios, la prohibición de residencia o aproximación a las víctimas, familiares, y otras personas relacionadas con el delito, no abandonar el territorio nacional o cumplir, a su costa, un curso de formación cívica¹⁰⁹. Si la persona interesada no aceptara el

¹⁰⁹ Reproduzco, por su especial interés, la totalidad de las medidas de composición penal previstas en la redacción del artículo 41.1 del Código procesal francés, conforme a la modificación operada por la Ley 525/2011 de 17 de mayo. Existe una traducción al castellano elaborada por ESPARZA LEIBAR I., accesible en legifrance.gouv.fr.

1° Verser une amende de composition au Trésor public (...) 2° Se dessaisir au profit de l'Etat de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit. 3° Remettre son véhicule, (...). 4° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de conduire (...). 4° bis Suivre un programme de réhabilitation et de sensibilisation comportant l'installation à ses frais d'un éthylotest anti-démarrreur sur son véhicule (...). 5° Remettre au greffe du tribunal de grande instance son permis de chasser (...). 6° Accomplir au profit de la collectivité, notamment au sein d'une personne morale de droit public ou d'une personne morale

acuerdo o si, tras haber dado su conformidad, no ejecutara íntegramente las medidas decididas, el fiscal ejercerá la acción pública. Por el contrario, si el acuerdo penal fuese exitosamente ejecutado, la acción pública quedará extinguida. La víctima tendrá, igualmente, la posibilidad de solicitar el cobro pecuniario de la responsabilidad civil *ex delicto*, mediante el procedimiento de apremio, a la vista de la resolución de validación, siempre que el autor de los hechos se hubiera comprometido a abonarle los daños e intereses.

Respecto del principio de oportunidad en el sistema criminal inglés, ha de afirmarse que, como es conocido, si existe una cultura procesal paradigma del principio de oportunidad, esa es la anglosajona y sus derivadas. Es cierto, que debe distinguirse entre organización política y estructura procesal, y no puede identificarse el sistema procesal penal escocés, con el inglés y el galés; hasta el punto de que la institución denominada *Crown Prosecution Service*, tiene por misión la función de ejercitar la acción penal pública solamente en Inglaterra y Gales.

de droit privé chargée d'une mission de service public ou d'une association habilitées, un travail non rémunéré (...). 7° Suivre un stage ou une formation dans un service ou un organisme sanitaire, social ou professionnel (...). 8° Ne pas émettre, (...) des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et ne pas utiliser de cartes de paiement. 9° Ne pas paraître (...) dans le ou les lieux dans lesquels l'infraction a été commise et qui sont désignés par le procureur de la République, à l'exception des lieux dans lesquels la personne réside habituellement. 10° Ne pas rencontrer ou recevoir (...) la ou les victimes de l'infraction désignées par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec elles. 11° Ne pas rencontrer ou recevoir, (...) le ou les coauteurs ou complices éventuels désignés par le procureur de la République ou ne pas entrer en relation avec eux. 12° Ne pas quitter le territoire national et remettre son passeport (...). 13° Accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de citoyenneté. 14° En cas d'infraction commise soit contre son conjoint, son concubin ou son partenaire lié par un pacte civil de solidarité, soit contre ses enfants ou ceux de son conjoint, concubin ou partenaire, résider hors du domicile ou de la résidence du couple et, le cas échéant, s'abstenir de paraître dans ce domicile ou cette résidence ou aux abords immédiats de celui-ci, ainsi que, si nécessaire, faire l'objet d'une prise en charge sanitaire, sociale ou psychologique, les dispositions du présent. 14° sont également applicables lorsque l'infraction est commise par l'ancien conjoint ou concubin de la victime, ou par la personne ayant été liée à elle par un pacte civil de solidarité, le domicile concerné étant alors celui de la victime. 15° Accomplir, le cas échéant à ses frais, un stage de sensibilisation aux dangers de l'usage de produits stupéfiants. 16° Se soumettre à une mesure d'activité de jour consistant en la mise en oeuvre d'activités d'insertion professionnelle ou de mise à niveau scolaire soit auprès d'une personne morale de droit public (...). 17° Se soumettre à une mesure d'injonction thérapeutique, (...) de la santé publique, lorsqu'il apparaît que l'intéressé fait usage de stupéfiants ou fait une consommation habituelle et excessive de boissons alcooliques.

Para entender el sistema inglés de persecución penal pública, se ha de prescindir de uno de conceptos adquiridos de naturaleza tan esencial que damos por inherente al derecho procesal español, a saber, el principio de legalidad en su acepción de obligatoriedad de la acción penal. Con ello, ha de entenderse que el sistema anglosajón parte de la premisa de que no es preciso perseguir todos los hechos típicos, es lo que FUENTES ha venido a denominar la “discrecionalidad absoluta”¹¹⁰. En el derecho de origen anglosajón, no concurre la premisa —histórica en el derecho continental europeo— que exige la persecución de toda acción u omisión constitutiva de infracción penal, salvo las excepciones que en virtud del principio de oportunidad —en esencia de forma reglada— puedan establecerse en la legislación sustantiva o procesal¹¹¹.

En la actualidad, el resultado final en el derecho comparado en algunos supuestos, piénsese en Francia e Inglaterra— puede no diferir en exceso, pero el punto de partida es radicalmente distinto. Cabe decir que en el derecho procesal anglosajón, el principio de oportunidad no constituye una excepción al principio de legalidad en su acepción de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, ya que, *ab initio*, no existe obligatoriedad a la que pueda oponerse. En definitiva, la realización del hecho típico abre la puerta a la persecución, pero no obliga a perseguir. La oportunidad no es excepción, sino norma general. La comprensión del sistema anglosajón exige el previo análisis de la figura del *Attorney–General*¹¹², que recibe su legitimación a través del Gobierno y, por tanto, de las urnas, de forma que cuando sostiene la acción penal actúa como el representante del Reino¹¹³, que es la única Institución originariamente

¹¹⁰ FUENTES SORIANO O., en *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 238.

¹¹¹ Cfr. GOLDSTEIN H, “Categorizing and structuring discretion”, *Policing a free Society*, Cambridge, 1977, págs. 95–100.

¹¹² Para un exhaustivo análisis de la institución del *Attorney–General* en el sistema procesal penal anglosajón, Vide CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso penal*, Madrid, 2010.

¹¹³ Formalmente el Rey (o la Corona) por ostentar éste la Jefatura del Estado. Por ello, primero —por jerarquía—, el *Attorney General* y, segundo, el *Director of Public Prosecutions* (propuesto para el cargo por el primero) ostentan la jefatura del *Crown Prosecution Service*. Se ha pretendido, sin éxito, que en España, por ser un Estado cuya forma política de es —al igual que en el Reino Unido— una Monarquía Parlamentaria, el Fiscal General del Estado fuera denominado Fiscal General del Reino. Cfr. CISNEROS LABORDA G., en representación de Unión de Centro Democrático, Boletín Oficial de las Cortes, núm. 84, de 8 de junio de 1978, págs. 3123–3125.

legitimada para entablar la acción penal en los tribunales¹¹⁴ y, por ello, la decisión de ejercer —o no— la acción penal en cada caso concreto es discrecional *in natura*, de la misma forma que la actuación de cualquier Ministro del Gobierno es discrecional por esencia; como expresión o transposición del deseo del pueblo soberano que, en la práctica, se reduce a definir y singularizar la determinación de la concurrencia de interés público en cada caso concreto¹¹⁵.

Desde luego, si se atiende a la legislación procesal y estatutaria anglosajona, puede afirmarse que la contradicción entre los principios de dependencia e imparcialidad propia del Ministerio Fiscal español, se constituye, también, en característica inherente al derecho inglés¹¹⁶. En este sentido, CUADRADO SALINAS afirma que “la característica más notable del *Attorney General* —pero, paradójicamente, también su mayor problema— es que ejerce sus funciones, fundamentalmente, desde dos posiciones distintas: por un lado, como miembro del Legislativo, y por otro, como miembro del Ejecutivo” y que, “si bien su estrecha relación con el Gobierno puede ensombrecer la debida independencia del *Attorney* en la realización de sus funciones, el estudio de las mismas parte del principio constitucional de absoluta independencia del *Attorney—General* respecto del Poder Ejecutivo”¹¹⁷.

El *Attorney—General* ejerce su función discrecional a través del *Crown Prosecution Service*¹¹⁸ y de la *Serious Fraud Office*¹¹⁹, designando a los directores de ambas instituciones, y supervisando el ejercicio de sus funciones y, en último extremo,

¹¹⁴ En España, el artículo 117.1 de la CE dispone que la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey

¹¹⁵ La discrecional en el derecho inglés también se estudia en el Capítulo II del presente estudio, a propósito del examen del sistema adversarial y del sistema ideal de contrapesos entre la dependencia *ad intra* y *ad extra* del Ministerio Fiscal.

¹¹⁶ Las traducciones del inglés se realizan directamente por el autor.

¹¹⁷ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 86.

¹¹⁸ El servicio de Fiscales de la Corona o *Crown Prosecution Service* se halla regulado en la *Prosecution of Offences Act* de 1985. El art. 2.1 establece que el Director del servicio de fiscales de la Corona será designado por el Abogado General. Texto original: “the Director of Public Prosecutions shall be appointed by the Attorney General”.

¹¹⁹ La Oficina de Fraudes importantes o *Serious Fraud Office* se halla regulada por la *Criminal Justice Act* de 1987. Establece en su artículo 2 que el Abogado General designará al Director de la *Serious Fraud Office*, y que éste ejercerá sus funciones bajo la supervisión de aquél. Texto original: “the Attorney General shall appoint a person to be the Director of the Serious Fraud Office and he shall discharge his functions under the superintendence of the Attorney General”.

en él descansa la facultad de decidir si la acusación pública debe ser formulada en cada caso concreto, sin perjuicio del derecho general de los particulares de presentar acusación en nombre de la Corona, con excepción de los supuestos denominados *consent cases*, que son aquellos en los que para que el particular pueda formular acusación, debe obtener autorización previa del *Director of Public Prosecutions* o en algunos supuestos, del *Attorney–General*.

En un discurso con frecuencia recordado y que se pronunció ante la Cámara de los Comunes el 29 de enero de 1951, SHAWCROSS, ampliamente conocido por haber sido fiscal jefe británico en los procesos de Nuremberg de 1945, así como por ejercer continuación del cargo de *Attorney–General* en Inglaterra y Gales, expuso:

“It has never been the rule in this country —I hope it never will be— that suspected criminal offences must automatically be the subject of prosecution. Indeed the very first Regulations under which the Director of Public Prosecutions worked provided that he should prosecute whenever it appears that the offence or the circumstances of its commission is or are of such a nature that a prosecution in respect thereof is required in the public interest. That is still the dominant consideration”¹²⁰.

El ejercicio de la discrecionalidad propia del sistema procesal anglosajón sólo es predicable respecto del *Attorney–General* y, por extensión —*ad intra*—, respecto de cada fiscal, siempre sometido al criterio de la superioridad jerárquica; sin que en ningún supuesto se admita la práctica de la discrecionalidad penal *ad extra* por el Gobierno, ya que se considera que las funciones encomendadas al acusador público deben ejercitarse libres de orden del el Poder Ejecutivo. El origen del principio de independencia *ad extra* se encuentra anclado a la tradición inglesa. Baste recordar las palabras pronunciadas por SIMON en 1925 defendiendo que el *Attorney–General* no debe recibir órdenes:

¹²⁰ SHAWCROSS H, House of Commons, Debates, Vol. 483, Col.681, Sesión de 29 de enero de 1951. “Nunca ha sido la regla de este país, —y espero que nunca lo sea— que los sospechosos de haber cometido ofensas criminales deban ser automáticamente objeto de persecución. En verdad, las primerísimas regulaciones bajo las que trabajó el *Director of Public Prosecutions*, establecían que él debía perseguir siempre que apareciera que la infracción penal o las circunstancias de su comisión es o son de tal naturaleza que la persecución es requerida por el interés público. Ésta es todavía la consideración dominante”. (Traducción del autor).

“I understand the duty of the Attorney–General to be this: he should absolutely decline to receive orders from the Prime Minister, or Cabinet or anybody else that he shall prosecute. His first duty is to see that no one is prosecuted with all the majesty of the law unless the Attorney–General, as head of the Bar, is satisfied that the case for prosecution lies against him. He should receive orders from nobody”¹²¹.

Esta distinción, en cuanto a los motivos que pueden ser tenidos en consideración en la decisión discrecional resulta esencial, ya que la discrecionalidad anglosajona no puede —o al menos no debe— encontrar su fuente o *ratio decidendi* en motivaciones políticas. El principio de exclusión de la orden o recomendación política como fuente para la discrecionalidad del fiscal se conoce popularmente como el “principio Shawcross”, que expresa la necesidad de que la decisión de formular acusación deba ser tomada dentro de los criterios legales, persiguiendo el interés público pero sin tener en cuenta intereses políticos. El principio fue expresado originariamente de la siguiente forma:

“I think the true doctrine is that it is the duty of an *Attorney–General*, in deciding whether or not to authorize the prosecution, to acquaint himself with all the relevant facts, including, for instance, the effect which the prosecution, successful or unsuccessful as the case may be, would have upon public morale and order, and with any other considerations affecting public policy. In order so to inform himself, he may, although I do not think he is obliged to, consult with any of his colleagues in the Government; and indeed, as Lord Simon once said, he would in some cases be a fool if he did not. On the other hand, the assistance of his colleagues is confined to informing him of particular considerations, which might affect his own decision, and does not consist, and must not consist in telling him what that decision ought to be. The responsibility for the eventual decision rests with the Attorney–

¹²¹ SIMON V., en su comparecencia como *Attorney–General* de Inglaterra y Gales ante la Cámara de los Comunes en 1925, citado por WILSON G., *Cases and material in constitutional and administrative law*, Cambridge, 1976, pág. 535. “Pienso que el deber del Abogado General es este: debe absolutamente declinar recibir órdenes del Primer Ministro, del Consejo de Ministros, o de cualquier otra persona que deba perseguir. Su primer deber es comprobar que nadie es perseguido con toda la majestad de la Ley salvo que el Abogado General, como cabeza de la profesión legal, esté convencido de que los hechos apuntan a la persona a la que se persigue. El Abogado General no debe recibir órdenes de nadie”. (Traducción del autor).

General, and he is not to be put, and is not put, under pressure by his colleagues in the matter. Nor, of course, can the Attorney–General shift his responsibility for making the decision on to the shoulders of his colleagues. If political considerations which, in the broad sense that I have indicated, affect government in the abstract arise, it is the Attorney–General, applying his judicial mind, who has to be the sole judge of those considerations”¹²².

No existe otro concepto distinto al interés público que deba ser tenido en consideración para decidir sobre el ejercicio de la acción penal; por suerte, el fiscal no se encuentra huérfano de criterios para determinar que es el interés público. La sección décima de la *Prosecution of Offences Act* de 1985, establece que el Director del Servicio de Fiscales de la Corona publicará una guía con los principios aplicables a éstos y específicamente aclara en su apartado 2, que tal guía contendrá las reglas para determinar que cargos serán preferidos, y en este sentido, el Código de los Fiscales de la Corona, establece dos tipos de criterios, los primeros negativos y los segundos positivos¹²³. En cuanto a los primeros, se exige que el fiscal sea justo, independiente y

¹²²SHOWCROSS H, House of Commons, Debates, Vol. 483, Cols.683–648, Sesión de 29 de enero de 1951. “Pienso que la verdadera doctrina es que la obligación del Abogado General al decidir si autorizar o no autorizar la persecución [acción penal] consiste en tener en consideración los hechos más relevantes, incluidos, por ejemplo, el efecto de la persecución, tanto si en el supuesto de que resultara exitosa como en el supuesto que no, pueda tener en la moral y en el orden públicos, así como cualquier otra consideración de política pública.

Para informarse a sí mismo, puede, aunque no pienso que esté obligado a ello, consultar con cualquiera de sus colegas en el Gobierno, y en verdad, como dijo Lord Simon en una ocasión, en algunas ocasiones sería un tonto si no lo hiciera. Por otro lado, la asistencia de sus colegas queda confinada a informarle de consideraciones particulares, lo que puede afectar su propia decisión, y no consiste, y no debe consistir, en decirle cual debe ser la decisión. La responsabilidad de la eventual decisión final descansa en el Abogado General y no debe ser puesto y no es puesto, bajo presión por sus colegas.

Tampoco puede el Abogado General cambiar su responsabilidad de decidir y dejarla en manos de sus colegas. Si las consideraciones políticas, que en sentido general he indicado, afectan al Gobierno en lo abstracto, el Abogado General, aplicando su mente judicial, debe ser el único Juez que tome las decisiones”. (Traducción del autor).

¹²³ *The Code for Crown Prosecutors* o Código para los Fiscales de la Corona, enero 2013, pág. 3. “Prosecutors must be fair, independent and objective. They must not let any personal views about the ethnic or national origin, gender, disability, age, religion or belief, political views, sexual orientation, or gender identity of the suspect, victim or any witness influence their decisions. Neither must prosecutors be affected by improper or undue pressure from any source. Prosecutors must always act in the interests of justice and not solely for the purpose of obtaining a conviction”.

objetivo y no atienda a criterios basados en la raza, religión, discriminación sexual, ideas políticas u otros no objetivos, y que busque la Justicia y no meramente la obtención de una sentencia condenatoria¹²⁴. En cuanto a los criterios positivos, se exige a los fiscales que apliquen la Convención Europea de los Derechos Humanos, la *Human Rights Act* de 1998, y que sigan el denominado *Full Code Text*, que consiste en una guía cuya función es permitir que el fiscal pueda asegurarse de que existen suficientes fuentes probatorias que permitirían —eventualmente— sostener una acusación con posibilidades de condena y determinar la existencia de interés público con arreglo a la gravedad de la infracción indiciariamente cometida, el grado de culpabilidad del sujeto activo del delito y sus circunstancias, el daño causado a la víctima, el impacto del delito en la comunidad, la proporcionalidad entre la infracción y de la necesidad de persecución y, finalmente, valorar la conveniencia de proteger a personas que son fuentes de información¹²⁵.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en adición a los criterios señalados para determinar la existencia de interés público en el ejercicio de la acción penal, apunta que la facultad del *nolle prosequi* y la potestad de avocar la acusación ha puesto a los fiscales ingleses en “condiciones de otorgar inmunidad o protección a algunas clases de delinquentes”, como colaboradores del Gobierno en ciertas misiones o autores de delitos moralmente justificados por la opinión pública¹²⁶. En este sentido, CUADRADO SALINAS afirma que la institución del *nolle prosequi* encuentra su fundamento en el principio de oportunidad al considerarse que es un mecanismo apropiado para otorgar inmunidad a quien ha actuado o puede llegar a actuar como confidente policial y que su aplicación se justifica en el interés público. No obstante —advierte la autora— el uso de la figura del *nolle prosequi* ha sido criticado sobre la base de que encierra el riesgo de que pueda ser utilizado “con fines partidistas o políticos”¹²⁷.

¹²⁴ Es recomendable el estudio estadístico sobre las motivaciones de los fiscales norteamericanos para formular acusación, elaborado por FREDERICK B. y STEMEN D, *The anatomy of discretion: an analysis of prosecutorial decision making. Technical report*, US Department of Justice, Chicago, 2012.

¹²⁵ Cfr. The Code for Crown Prosecutors, 2013, págs. 6–10.

¹²⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág.50.

¹²⁷ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 318–319. La autora enumera los presupuestos que deben tenerse en cuenta para la aplicación de la figura del *nolle prosequi*: “que se entienda que la declaración del sospechoso tenga más interés como testigo que como acusado, que prevalezca el interés público en la información sobre actividades

La prerrogativa de discrecionalidad del *Attorney—General* o del *Director of Public Prosecutions* no se halla sujeta a control judicial ni de cualquier otra clase, a salvo la potestad parlamentaria del Gobierno. Sobre la prerrogativa de discrecionalidad de cada fiscal de la Corona tampoco cabe control alguno, sin perjuicio de la facultad de avocación de causas y de la potestad de ordenar la persecución o la no persecución de cualquier asunto penal, que descansa —de forma exclusiva— en el *Attorney—General* y, solo por delegación de éste, también, en el *Director of Public Prosecutions*. El resto de los fiscales de la Corona, que igualmente actúan por delegación del *Attorney General*, deben obedecer a ambos en virtud del principio de dependencia jerárquica.

La discrecionalidad pura propia del sistema anglosajón, encuentra su extremo opuesto en la declaración de la Constitución italiana de sumisión al principio de legalidad, sin perjuicio de ello no ha impedido que sea regulada la institución del *patteggiamento* o conformidad limitada, contenida en el Código Procesal Penal italiano (arts. 444 y ss.).

La Constitución italiana en su artículo 112 establece la obligación del fiscal italiano de ejercer la acción penal. Además, a fin de limitar el riesgo de que, a través del ejercicio de la discrecionalidad técnica, —que es inherente al ejercicio de las funciones fiscales— se enmascare el uso del principio de oportunidad y, habida cuenta de que el fiscal es el único sujeto legitimado para entablar la acción penal, el *Codice di Procedura Penale* dispone que si éste, una vez iniciada la *indagini preliminari* o investigación criminal preliminar¹²⁸, decidiera que es conveniente archivar el proceso, deberá solicitar tal archivo al *giudice per le indagini preliminari*¹²⁹, que podrá —afirma NICASTRO—

criminales que pueda dar el sospechoso que sobre la condena del mismo y, por último, que la probabilidad de obtener la información que se precisa sea más alta, ofreciendo la inmunidad, que la probabilidad de que la misma se constata a través del proceso”.

¹²⁸ Vide GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria*, Milan, 2002.

¹²⁹ Establece el art. 328 del Codice de Procedura Penale que en los casos establecidos por la ley, a petición del fiscal, de las partes particulares y de la persona ofendida por el delito, decide el juez de las investigaciones preliminares. Nei casi previsti dalla legge, sulle richieste del pubblicoministero, delle parti private e della persona offesa dal reato, provvede il giudice per le indagini preliminari. Específicamente el *Giudice per le indagini preliminari*. En este sentido, afirma NICASTRO G. M., “El sistema procesal italiano”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002, págs. 128–129, que el juez de la audiencia preeliminar: “1. decide sobre la petición del fiscal de prorrogar

“aceptar la petición de archivo, o no aceptarla *rebus sic stantibus*, ordenando al fiscal efectuar nuevas investigaciones, reservándose tal decisión dependiendo del resultado de éstas o no estar de acuerdo definitivamente, rechazando la petición y ordenando al fiscal que formule acusación”¹³⁰, que ha venido a denominarse “imputación o acusación forzosa”¹³¹.

Debe tenerse en consideración, que el control judicial solo puede producirse en el supuesto de que el fiscal haya decidido iniciar la investigación y después de que decida que debe sobreseerse el procedimiento.

En adición al control judicial, también se prevé la posibilidad de la avocación de la causa por el fiscal superior en la jerarquía, en el supuesto de que el inferior decida interesar el sobreseimiento de las actuaciones. Esta previsión, regulada en el artículo 412 del *Codice de Procedura Penale* italiano, es —en esencia— idéntica a la previsión contenida en el artículo 644 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española¹³².

el plazo de las investigaciones; 2. decide sobre la petición del fiscal de archivar el procedimiento; 3. tiene una función de garantía de los derechos del investigado en el caso en que el fiscal pida medidas cautelares (art. 291) o interceptaciones telefónicas (art. 267); 4. tiene una función de juzgar en el caso en que las partes decidan de elegir uno de los juicios especiales (art. 458)”.

¹³⁰ NICASTRO G. M., *Ibidem*, págs. 134–135.

¹³¹ Vide los artículos 409, 410 y 415 del *Codice di Procedura Penale* italiano. El procedimiento de rechazo del archivo se halla regulado en los apartados 4 y 5 del artículo 409 del *Codice di Procedura Penale*, que reproduzco: 4. A seguito dell'udienza, il giudice, se ritiene necessarie ulteriori indagini, le indica con ordinanza al pubblico ministero, fissando il termine indispensabile per il compimento di esse. 5. Fuori del caso previsto dal comma 4, il giudice, quando non accoglie la richiesta di archiviazione, dispone con ordinanza che, entro dieci giorni, il pubblico ministero formuli l'imputazione. Entro due giorni dalla formulazione dell'imputazione, il giudice fissa con decreto l'udienza preliminare. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli articoli 418 e 419.

¹³² El art. 412 del CPP italiano establece: vocazione delle indagini preliminari per mancato esercizio dell'azione penale. 1. Il procuratore generale presso la corte di appello dispone con decreto motivato l'avocazione delle indagini preliminari se il pubblico ministero non esercita l'azione penale o non richiede l'archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice. Il procuratore generale svolge le indagini preliminari indispensabili e formula le sue richieste entro trenta giorni dal decreto di avocazione. El art. 644 de la LECrim española establece: cuando el tribunal conceptúe improcedente la petición del Ministerio Fiscal relativa al sobreseimiento y no hubiere querellante particular que sostenga la acción, antes de acceder al sobreseimiento podrá determinar que se remita la causa al Fiscal de la Audiencia Territorial respectiva si se sigue en una Audiencia de lo criminal, o al del Supremo

En definitiva, el sistema procesal italiano contiene una visión cuasi judicial del ejercicio de la acción penal. El fiscal goza de una situación de absoluta independencia frente al Ejecutivo que se le asegura constitucionalmente a través del art. 107 de la *Costituzione della Repubblica* que iguala en garantías a las dos magistraturas, estableciendo que los fiscales gozan de las garantías de independencia judiciales¹³³. A fin de legitimar democráticamente al Ministerio Público italiano, se constitucionaliza la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal y, por tanto, se proscribieron el ejercicio de la discrecionalidad, quedando sometido el fiscal al imperio de la Ley. En el extremo contrario, Inglaterra y Gales abrazan un sistema criminal en el que el *Crown prosecution service* (MF británico) se constituye en un órgano integrado en el Ejecutivo, no obstante la formal declaración de independencia del fiscal¹³⁴. La relación con el Gobierno permite que éste goce de un amplio margen de discrecionalidad que conlleva un ejercicio de la acción penal guiado por criterios de interés público con abstracción de que concurran los presupuestos para su ejercicio, ya que el nexo de conexión con el Ejecutivo legitima democráticamente al fiscal.

En este sentido, DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ afirma que en los sistemas criminales con modelos de oportunidad pura o discrecionalidad política, se percibe la “acción penal como un instrumento al servicio de la dirección y actuación políticas” y que, por el contrario, en los sistemas criminales con sometimiento al principio de legalidad se conserva una visión cuasi judicialista de la “acción penal como aplicación de la legalidad penal desapasionada e imparcial, distanciada y tendencialmente supra partes”¹³⁵.

si se sustancia ante una Audiencia territorial, para que, con conocimiento de su resultado, resuelvan uno u otro funcionario si procede o no sostener la acusación (...).

¹³³ Art. 107: (...) Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario.

¹³⁴ *The Code for Crown Prosecutors*, Principio general 2.4: “prosecutors must be fair, independent and objective”. Los fiscales deben ser justos, independientes y objetivos.

¹³⁵ DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág. 30.

2.3.1.2. La legalización de la oportunidad¹³⁶

Sobre la base de la tradicional distinción entre el principio de oportunidad pura y el principio de oportunidad reglada, CUADRADO SALINAS afirma que la oportunidad pura “conlleva un amplio grado de discrecionalidad” del fiscal a la hora de renunciar o ejercitar la acción penal” propio los sistemas anglosajones. Por el contrario, la oportunidad reglada, se corresponde con el “ámbito decisional del acusador público en aquellos otros ordenamientos en donde, si bien rige el principio de legalidad como principio general, se permiten excepciones basadas en razones de oportunidad que otorgan, asimismo, cierto grado de discrecionalidad al fiscal, pero limitado por la norma”, por lo que “la posibilidad del fiscal de renunciar a la acción penal está específicamente establecida en la ley”¹³⁷.

Es preciso establecer criterios de distinción entre el principio de oportunidad reglada y no reglada¹³⁸. Con la oportunidad no reglada ha de hacerse referencia, no solo a los supuestos de absoluta falta de regulación, lo que no podría ser conciliable con el concepto de Estado de Derecho continental sino, también, a la regulación tan levemente determinada que, *de facto*, suponga una puerta abierta a la influencia interesada o meramente arbitraria en el proceso penal, ya sea *ad extra* por el Poder Ejecutivo, ya sea *ad intra*, por la superioridad en la cadena jerárquica o, ya sea que provenga de la contaminación propia del fiscal actuante, condicionando el ejercicio de la acción penal o su sobreseimiento, a criterios contenidos en meras expresiones tales como “interés general”.

Con ello, se trata —en esencia— de desterrar del Derecho penal a la clase de

¹³⁶ Expresión tomada de PEDRAZ PENALVA E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad...”, op. cit., pág. 366.

¹³⁷ CUADRADO SALINAS “El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada”, *La reforma del proceso penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011, pág. 367.

¹³⁸ No obstante, DÍEZ-PICAZO, no hace distinción entre la oportunidad reglada y no reglada. El autor se limita a denominar discrecionalidad política o principio de oportunidad a todos los supuestos en que la facultad discrecional no pueda circunscribirse a criterios estrictamente técnicos, calificándola sin distinción como discrecionalidad política. El exceso que genera la ausencia de subclasificación del principio de oportunidad, lo compensa con un criterio muy amplio de admisión de supuestos de discrecionalidad técnica, Vide DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág. 15.

oportunidad que DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ califica como “un juicio de pura conveniencia por el cual se decide si el ejercicio de la acción es apropiado con respecto a ciertos objetivos políticos”¹³⁹, y que GIMENO describe como la oportunidad que se basa en “criterios discriminatorios de índole económica, sociológica o política cuya invocación pondría en entredicho los principios constitucionales de igualdad de los ciudadanos ante la Ley y de seguridad jurídica”¹⁴⁰. En igual sentido, no es posible sino coincidir con PEDRAZ PENALVA, cuando afirma que “es radicalmente rechazable la acogida indiscriminada del principio de oportunidad” y, por el contrario, “no es totalmente negativo ni rechazable el principio de oportunidad cuando viene legalmente acogido”¹⁴¹.

Por ello, FUENTES, con razón, afirma que “la conveniencia de flexibilizar nuestra estricta concepción de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal” ha de hacerse, “en todo momento, desde una óptica de discrecionalidad u oportunidad reglada”¹⁴². En igual sentido, se ha pronunciado PEDRAZ PENALVA al afirmar que su “tolerancia al principio de oportunidad se circunscribe al que ha sido calificado de reglado o tasado y, en modo alguno, al libre o discrecional”¹⁴³ y, también, GIMENO al sostener que “la vigencia del principio de legalidad no impide ni contradice la posibilidad de implantación de una oportunidad reglada en el proceso penal, sobre todo para la persecución de los delitos menos graves”¹⁴⁴. En igual sentido, MARTÍN PASTOR afirma que “en el Ordenamiento Jurídico español la regla tradicional es el principio de legalidad”, y que “para la aplicación del principio de oportunidad es necesaria una norma expresa”¹⁴⁵, y CONDE–PUMPIDO FERREIRO señala que el principio de oportunidad puede y debe “apoyarse en el principio de legalidad a través de la previsión normativa de los supuestos y condiciones en que el

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ GIMENO SENDRA V., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 198.

¹⁴¹ PEDRAZ PENALVA E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad...”, *op. cit.*, pág. 375.

¹⁴² FUENTES SORIANO O., en *La investigación por el Fiscal...* *op. cit.*, pág. 260.

¹⁴³ PEDRAZ PENALVA E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad...”, *op. cit.*, pág. 375.

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* *op. cit.*, pág. 170.

¹⁴⁵ MARTÍN PASTOR J., “Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil...” *op. cit.*, pág. 151.

Fiscal está legalmente autorizado a dejar de ejercitar la acción, con lo que no habría contradicción entre uno y otro principio”¹⁴⁶.

La doctrina más moderna, admitiendo la rigidez del principio de legalidad, ha venido sosteniendo que el principio de oportunidad —exclusivamente en su faceta reglada— es una figura jurídica deseable que encuentra un pacífico encaje jurídico en el constitucionalismo español. En este sentido, FUENTES afirma que “la absoluta obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal está directamente ligada a la preponderancia y superioridad con que rija el sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal en cada ordenamiento jurídico” y que “nuestro Ordenamiento jurídico consagra la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal si bien, con ciertas —aunque mínimas— concesiones a la oportunidad”¹⁴⁷. FLORES PRADA sostiene que “la principal nota de flexibilidad en la obligatoriedad del artículo 105 no viene del reconocimiento de la autonomía funcional, sino principalmente de la obligación que tiene el Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal con arreglo a las disposiciones de la ley” y que “es la ley la que puede matizar la obligación, como de hecho viene ocurriendo en el ámbito de la legislación penal material y procesal, mediante la previsión de supuestos de ejercicio condicionado de la acción penal pública”¹⁴⁸.

La flexibilidad con que la doctrina viene acogiendo el principio de oportunidad reglada, ha de comprenderse desde la perspectiva constitucional. No en vano, apunta DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, que a pesar del reconocimiento constitucional del principio de legalidad, la obligatoriedad de la acción penal no tiene rango constitucional sino

¹⁴⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, *La reforma del proceso penal...* op. cit., pág. 293.

¹⁴⁷ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 256. En el mismo sentido, VERGER GRAU J. en “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal...”, op. cit., pág. 127. El autor afirma que “no siempre del delito ha de nacer la acción penal para el castigo del culpable (art. 100 LECrim). La evolución del Ordenamiento Jurídico ha venido admitiendo alternativas, modalidades y restricciones al ejercicio de aquella acción, como por ejemplo, la conformidad, la necesidad de instancia de parte agraviada, el perdón del ofendido o la prohibición del ejercicio de la acción penal a determinadas personas. (art. 102 y siguientes de la LECrim). El principio de oportunidad todavía tiene sentido en el Derecho Procesal Penal”.

¹⁴⁸ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 554.

meramente legal¹⁴⁹, y por tanto, no existe obligación de interpretar el Estatuto del Ministerio Fiscal conforme al criterio de la obligatoriedad de la acción penal, al contrario de lo que ocurre en Italia, donde el artículo 112 de la Constitución italiana dota expresamente de rango constitucional a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal¹⁵⁰.

FUENTES afirma que la “asunción de ciertos márgenes de discrecionalidad reglada o, lo que es lo mismo, una mayor apertura hacia el principio de oportunidad reportaría enormes ventajas al sistema y dotaría de mayor coherencia a la institución del Ministerio Fiscal tal y como nuestro Ordenamiento la tiene concebida”¹⁵¹. En este sentido, GIMENO ha señalado que “los principios de oficialidad y de legalidad no pueden ser exagerados hasta el punto que el Ministerio Fiscal este obligado a interponer siempre la acción penal ante la comisión de cualquier hecho punible”, que se fundamenta en la necesidad de interrelacionar las diversas funciones constitucionales de Ministerio Público. El autor afirma que “aunque la misión esencial del Ministerio Fiscal consiste en erigirse como el más acérrimo defensor del principio de legalidad no puede descuidar las otras dos funciones que también consagra la norma constitucional, cuales son la tutela de los derechos de los ciudadanos y el interés público, los cuales, autorizan, en ocasiones, a determinadas restricciones del principio de legalidad en beneficio de su principio antético, el de oportunidad, que legitima al Ministerio Fiscal, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias, a no ejercitar la acción penal no obstante la comisión de un delito”¹⁵².

No puede dejar de destacarse, que la discrecionalidad reglada —o principio de oportunidad reglada— no ha cesado de ganar peso relativo en su pugna con el principio

¹⁴⁹ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág.14.

¹⁵⁰ Como es conocido, la Constitución de la República italiana de 21 de diciembre de 1947, en vigor, establece en su artículo 112, que el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercer la acción penal.

¹⁵¹ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 258. En contra, Vide RUIZ VADILLO E. “El principio de oportunidad reglada” *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 406, quien sostiene que el principio de oportunidad reglada “podría producir la quiebra de principios esenciales”.

¹⁵² GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 188. Afirma el autor que “es el Ministerio Público o Fiscal a quien el artículo 105 legitima expresamente para el ejercicio de la acción penal, consagrando de esta manera y, al igual que en la totalidad de los ordenamientos procesales europeos, el principio de oficialidad de la acción penal”.

de legalidad. A pesar de lo dispuesto en el art. 124.2 de la Constitución y en el art. 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establecen, respectivamente, la sujeción en todo caso del Ministerio Fiscal al principio de legalidad, y la estricta obligatoriedad del ejercicio público de la acción penal, lo cierto es que tanto en la ley penal sustantiva cuanto en la ley procesal penal, se encuentran abundantes excepciones al estricto respeto al concepto clásico de legalidad.

2.3.1.3. Discrecionalidad técnica: concurrencia de decisiones posibles y válidas

Las decisiones del fiscal relativas al ejercicio de la acción penal que encuentran su causa en consideraciones técnicas, no constituyen manifestaciones del ejercicio del principio de oportunidad.

Señala MORENO CATENA, que el artículo 105 de la LECim establece claramente que el Ministerio Fiscal “tiene la obligación de ejercitar las acciones penales que considere procedentes” y que “de esta norma se deduce que el Fiscal no ejercita propiamente un derecho cuando acusa, sino un poder–deber que es tanto como decir una función, que es estatal. El Estado acusa a través del Ministerio Fiscal. Esta función está sometida al principio de legalidad y no de oportunidad, lo que no impide que, dado el principio de imparcialidad, que caracteriza la actuación del Ministerio Fiscal, pueda éste no solo no acusar y, por tanto, no interponer querrela aunque así se le solicite, sino no mantener la acusación y pedir el sobreseimiento o, incluso, pedir la absolución en el juicio oral”¹⁵³. Pues bien, estas decisiones inherentes al principio de imparcialidad conforman el contenido de la discrecionalidad técnica en el ejercicio de la funciones del Ministerio Público.

¹⁵³ MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho procesal...* op. cit., pág. 136. En idéntico sentido, ZARATE, afirma que “en España nos encontramos ante un sistema de legalidad que obliga al Ministerio Fiscal a ejercitar, arts. 100, 105 y 271 de la LECrim., y a mantener la acción penal siempre que exista un hecho aparentemente delictivo, art. 634 y ss.”, Vide ZARATE CONDE A., “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés” *Diario La Ley*, núm. 7942, 11 de octubre de 2012, pág. 9.

Es conocida la clasificación postulada por DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, quien al analizar el binomio compuesto por la obligatoriedad y la discrecionalidad, propone separar la discrecionalidad técnica de la discrecionalidad política¹⁵⁴. La discrecionalidad técnica no puede ser incluida en el contenido del principio de oportunidad, ya que el mero ejercicio de la acción penal “presupone una valoración de los hechos e interpretación de normas en virtud de la cual se decide si se está técnicamente en condiciones de ejercer la acción penal y cuál es el modo más adecuado de hacerlo. A este respecto puede hablarse de una discrecionalidad técnica o imperativa como elemento inherente al ejercicio de la acción penal”¹⁵⁵.

No ha de caber duda de que en el ejercicio de sus funciones diarias, cualquier fiscal ha de tomar una notable cantidad de decisiones con arreglo a criterios técnicos, puesto que ello es inherente al ejercicio de su función constitucional de promoción de la acción de la Justicia. En la generalidad de los supuestos, en el proceso de subsunción de hechos en normas jurídicas sólo existe o cabe una posibilidad válida. Si los hechos pueden ser integrados en un tipo penal determinado, el fiscal acusará, y si no lo son, no acusará; así, cabe citar como caso práctico, el supuesto de una persona que ha sido sorprendida conduciendo un vehículo a motor con una tasa de alcohol en sangre superior al mínimo marcado en el inciso segundo del apartado segundo del artículo 379 del Código Penal, situación ante la que solo puede haber una decisión posible que es la de formular acusación, ya que así lo exige el tipo penal. Sin embargo, existen otros supuestos en los que para determinar la solución válida, es preciso primero realizar un análisis técnico de las circunstancias delictivas. Un supuesto de decisión técnica —entre muchos que cabría citar—, consiste en determinar si conviene interesar una medida cautelar de carácter personal que conlleve la privación provisional de la libertad que no pueda ser eludible con el pago de una fianza, o bien, una medida de privación provisional de la libertad eludible con fianza. Es cierto, que el Legislador no puede determinar una línea divisoria que marque para cada persona concreta, la diferencia —en ocasiones sutil— entre el peligro de fuga no evitable —salvo con privación de la libertad del imputado— y el peligro de fuga evitable con el pago de una fianza, por lo que el Fiscal para proceder a tal delimitación deberá, además de comprobar la

¹⁵⁴ Cfr. con la clasificación de la figura de la discrecionalidad formulada por DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., págs.11–33.

¹⁵⁵ *Ibíd*em, pág. 15

conurrencia de los requisitos legales, ha de valorar jurídicamente un conjunto de elementos, a saber, el tipo de delito indiciariamente cometido y la pena prevista para el mismo, la participación que haya podido tener el reo, sus antecedentes, el arraigo familiar, social o laboral y su conexión con España o con terceros estados. Pues bien, el examen de todos estos elementos y la decisión que tal examen conlleve, será, efectivamente, una decisión o resolución exclusivamente técnica por estar basada únicamente en criterios técnico jurídicos y las decisiones técnicas, si bien son discrecionales, desde luego, no forman parte del contenido del principio de oportunidad.

2.3.1.4. La naturaleza procesal del principio de oportunidad

Con razón, CASTILLEJO MANZANARES afirma que, si bien es cierto, que en nuestro sistema procesal penal “imperla el principio de legalidad como criterio rector de la actuación del Ministerio Fiscal, también se halla de alguna manera infiltrado el principio de oportunidad”¹⁵⁶. En este sentido, la autora señala que un supuesto de regulación del principio de oportunidad puede —incluso— encontrarse en el art. 23.2 de la LOPJ que “posibilita que en lo relativo a los delitos cometidos fuera del territorio nacional, se valore la conveniencia u oportunidad de su persecución en España”. En adición a la Ley orgánica del poder Judicial, el Ordenamiento jurídico español contiene, también, supuestos de aplicación del principio de oportunidad en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la Ley orgánica de responsabilidad penal de menores y en el Código Penal.

La doble regulación procesal y sustantiva del principio de oportunidad se ha constituido —señala BACIGALUPO—, en una clara tendencia del derecho europeo moderno¹⁵⁷. El derecho español no constituye una excepción a tal tendencia, ya que —como se ha puesto de manifiesto— la legislación vigente prevé supuestos de

¹⁵⁶ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, 2010, pág. 44.

¹⁵⁷ BACIGALUPO E., *El debido proceso...* op.cit., pág. 212. Refiriéndose a la doble regulación procesal y sustantiva del principio de oportunidad, sostiene que “por un lado en Derecho material prevé un sistema de circunstancias que reducen o excluyen la pena bajo ciertas condiciones, permitiendo al mismo tiempo la imposición de ciertas reglas de conducta y reparación, por otro lado en el Derecho procesal se prevén ciertas posibilidades de sobreseimiento de la causa”.

aplicación del principio de oportunidad reglada tanto en códigos de derecho sustantivo como en códigos procesales.

ROXIN, apacigua la sorpresa inicial que concita la concurrencia de normas relativas a materia procesal en un texto sustantivo o, siendo más preciso, normas insertas en el Código Penal que regulan el principio de oportunidad, sosteniendo que no ha de extrañar que el legislador haya dictado normas reguladoras del principio de oportunidad en una norma de derecho sustantivo. El autor alemán, afirma que “si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del Tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas”¹⁵⁸.

Ha de afirmarse que el principio de oportunidad, en cuanto atiende a la flexibilización del principio de legalidad, es una institución normativa de naturaleza procesal, sin perjuicio de que alguna de sus manifestaciones pueda ser regulada en textos penales de carácter sustantivo.

¹⁵⁸ Cfr. ROXIN C., *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Madrid, 1997, pág. 991. (*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, 1994). El autor afirma que “los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el Derecho procesal, es algo que ponen de relieve, aparte de los presupuestos de procedibilidad, especialmente los supuestos del principio de oportunidad (§§ 153 ss. StPO). Así p.ej., cuando los §§ 153 y 153 a hacen depender el sobreseimiento de la escasa culpabilidad y de la ausencia de interés público en la persecución penal, tal interés público sólo puede precisarse según el criterio de los fines de la pena. Y cuando en otros casos puede producirse el sobreseimiento por razones políticas (§ 153 d), de estrategia de persecución (§§ 153 e, 154 c) o de economía procesal (§§ 154, 154 a), en ellos se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de pena. Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas”.

Con anterioridad a analizar los supuestos de aplicación del principio de oportunidad insertos en el Código Penal, conviene señalar que su tratamiento se efectuará atendiendo a la clasificación tradicional que distingue entre tres grupos de infracciones criminales, a las que se les ha venido a denominar delitos o faltas públicos, semipúblicos o semiprivados y privados, en atención al grado de obligatoriedad por parte del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal. La conceptualización de las tres clases de delitos, ha sido fundamentada, igualmente, desde la perspectiva de la víctima. En este sentido, ASECIO afirma, con razón, que la clasificación tradicional de las infracciones “reside en la importancia que la ley concede al ofendido” en relación, tanto “con la iniciación del proceso, cuanto, en ocasiones, a su terminación previo perdón dirigido a extinguir la responsabilidad penal”¹⁵⁹.

2.3.1.5. El principio de oportunidad en los delitos públicos

En los delitos públicos, como es obvio, la obligación de ejercicio de la acción penal impuesta al fiscal por el artículo 105 de la Ley procesal, no se ve afectada por la falta de presentación de denuncia o querrela previa por parte del ofendido, ni cede ante la renuncia al ejercicio de la acción por la acusación particular o popular, tal como establece el primer párrafo del artículo 106, al disponer que la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Como no podía ser de otra manera, la Sala II de lo Penal del TRIBUNAL SUPREMO, ha afirmado que sobre la base del “principio de legalidad, frente al principio de oportunidad, el Ministerio Fiscal, órgano de naturaleza pública instituido con ese fin, deberá promover en todo caso las correspondientes acciones penales, tan luego como le conste la posible existencia de un eventual delito o falta, menos, lógicamente, aquéllos cuya persecución el ordenamiento jurídico procesal penal reserva exclusivamente a la querrela privada (delitos de naturaleza privada). Por ello, en los delitos públicos el ejercicio de la acción penal no se extingue por la renuncia del ofendido. En este ámbito el procedimiento penal puede iniciarse, incluso, sin la

¹⁵⁹ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit, pág. 60.

voluntad del perjudicado, a impulso del Ministerio Público, que conforme resulta del art. 105 LECrim viene obligado al ejercicio de la acción penal”¹⁶⁰.

No obstante, CONDE–PUMPIDO FERREIRO, recuerda que a pesar de que de las opciones posibles, —legalidad y oportunidad— la Constitución ha elegido la legalidad, ello no significa la absoluta erradicación del principio de oportunidad, y prueba patente, lo constituye el artículo 173.3 del Código Penal, “que autoriza al fiscal a abstenerse de acusar por un delito que sea utilizado como objeto de un chantaje, para facilitar el castigo de este último”¹⁶¹.

El síntesis, la amenaza de revelación de hecho constitutivo de delito, acontece cuando alguien exige de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito. En este supuesto, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En consecuencia, el fiscal deberá tomar una decisión no obligatoria, de ahí el término empleado “podrá”, valorando no ya los hechos constitutivos del delito cometido que hasta el momento han permanecido ocultos, sino la facilidad del castigo de la amenaza condicional.

La decisión, por tanto, de acusar o no acusar, se tomará por el fiscal teniendo en consideración cuestiones que resultan ajenas al hecho punible y que, por el contrario, se incardinan dentro del interés público o de política criminal que exige impedir el uso indebido de la ley penal para la comisión de un chantaje. Es el supuesto más importante de empleo del principio de oportunidad reglada en una norma sustantiva en el derecho español, que se constituye en una clara excepción al principio de legalidad en su aspecto negativo, permitiendo que el hecho cuya revelación consiste la condición de la amenaza. En definitiva, el artículo 173.3 del Código Penal permite que, a pesar de que un hecho pueda ser calificado como acción u omisión, típica, antijurídica, culpable a título imprudente o doloso y punible, tal conducta delictiva quede sin castigo por razones de oportunidad reglada.

¹⁶⁰ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia, núm. 488/2006, de 8 de mayo, F. D. 4º. Ponente: BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE J.R.

¹⁶¹ PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio...* op. cit., pág. 75–76.

2.3.1.6. El principio de oportunidad en los delitos privados

En la legislación actual, la categoría correspondiente a las infracciones criminales privadas únicamente se halla constituida por los delitos de calumnias e injurias a particular, y por la falta de injurias. Los delitos privados son los referidos en el primer inciso del artículo 104 de la Ley procesal penal cuando dispone que las acciones penales que nacen de los delitos de estupro, calumnia e injuria tampoco podrán ser ejercitadas por otras personas ni en manera distinta que las prescritas en los respectivos artículos del Código Penal, si bien, ha de destacarse que los delitos de tipo sexual son una excepción puesto que, a pesar de hallarse referidos en tal precepto, no son privados, sino semipúblicos¹⁶². En el mismo sentido, el artículo 215 del Código Penal establece que nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito; si bien, como es sabido, estos delitos pierden el carácter de privados y se transforman en públicos en cuanto la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma, sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. En cuanto a la falta de injurias, su regulación se encuentra en el art. 620.2 del CP.

En los delitos privados no se prevé actuación alguna del Ministerio Público, por lo que cabe afirmar, que aquéllos constituyen una excepción al principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal. Sin embargo, esta circunstancia constitutiva de excepción, desde luego, no ha de entenderse como una exclusión del principio de legalidad ya que es la ley, con su esencial carácter de generalidad, la que determina la exclusión de la persecución pública de los delitos privados cometidos, sin otorgar

¹⁶² Desde una perspectiva que pone el acento en la acción, GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 176–177, afirma que “en la actualidad el único valor que tiene el art. 104, es, de un lado, erigirse en una norma procesal en blanco que precisa ser integrada con las correspondientes disposiciones del Código Penal vigente de 1995, con concretamente con los arts. 162, 191, 201, 215, 228, 267, 287, 296, 456.2, 620, 621, 626 y 639.3, y de otro, el de discriminar dos tipos de acciones privadas: a) las exclusivas que originan el nacimiento del de tales funciones. proceso penal por delito privado en el que el querellante asume la condición de único acusador privado con derecho a la renuncia de la acción (art. 106.2) o perdón del ofendido (art. 131.4) y b) las relativas que pueden surgir ante la comisión de un delito semipúblico”. El autor afirma que en este segundo tipo de acciones “el monopolio del ofendido sobre el objeto procesal se limita exclusivamente al ejercicio de la acción penal [ha de entenderse como derecho exclusivo a ejercitar primariamente la acción penal], pues (...) no goza el ofendido de la disponibilidad de la acción penal, toda vez que el Ministerio Fiscal está legitimado a sostenerla”.

autoridad al fiscal para decidir con arreglo a criterios de oportunidad, si ha de ejercitar la acción penal sino que, por el contrario, se establece una regla de exclusión del interés público en determinado tipo de delitos, que solamente podrán ser perseguibles a instancia del ofendido, de forma que al no existir posibilidad de que el fiscal pueda decidir entre ejercitar —o no— la acción penal ni participar en otro modo en el procedimiento judicial, no puede haber lugar al nacimiento del principio de oportunidad o discreción que —por esencia— implica la existencia de una posibilidad de elección entre alternativas distintas.

ARMENTA DEU afirma que solo “resulta adecuado hablar del principio de legalidad en el marco del Derecho Público donde nace su concepto, se desarrolla su doctrina y cumple una misión específica de garantía para los particulares”. El principio de oportunidad en sentido estricto —sostiene la autora— “debe venir referido al fiscal y al órgano judicial”, con exclusión de los delitos cuyo funcionamiento se encuentra sometido a principios propios del marco privado (principio dispositivo) respecto de los cuales, hablar de principio de oportunidad, genera confusión¹⁶³. Es cierto, que no puede

¹⁶³ ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...* op. cit., págs. 185–186. En contra, DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, págs. 99 y ss., citado por GÓMEZ ORBANEJA E., “Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad”, *Derecho y proceso*, Navarra, 2009, pág. 393 (publicado originalmente en *Colección de estudios en homenaje al profesor Camilo Barcia Trelles en sus bodas de plata de catedrático*, Universidad Compostelana, 1945). El autor italiano afirma que “las condiciones de procedibilidad están constituidas por verdaderos actos jurídicos, exclusivamente destinados y coordinados al procedimiento criminal. Son, como la querrela en el caso de los delitos privados, excepciones al principio de legalidad, en virtud de las cuales el ejercicio de la acción (en Italia por el Ministerio Fiscal) está subordinada por consideraciones de oportunidad, a la declaración de voluntad de un tercero interesado”. En igual sentido, la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 30 de marzo de 1978, ponente VIVAS MARZAL L., aplica el concepto de oportunidad a la decisión de actuar que emana del ofendido en los delitos perseguibles a instancia de parte, sin restringirlo —como señala la doctrina más moderna— al ejercicio de la facultad discrecional concedida al Fiscal o al juez. Señala en su Fundamento de Derecho 4º, que “el legislador, percatado de que en ciertos delitos contra la honestidad en los que lo vulnerado o atacado es la libertad sexual o la moral individual, la publicidad que siempre emana de proceso por muy secreto que trate de ser, puede suponer para la víctima y para su familia, en su buena fama y en su tranquilidad, mayores males y molestias que los derivados del delito en sí, por lo que puede convenir que éste permanezca incógnito y desconocido, en el artículo 443 del Código Penal [nótese que se refiere al del año 1973] cierra el paso a la persecución de oficio de tales infracciones violación, abusos deshonestos, estupro y rapto— estableciendo la ineludible necesidad del previo cumplimiento de un requisito de procedibilidad o de *legitimitatio ad processum* consistente en vedar la iniciación de la causa a menos que medie denuncia de la

ser negado que impera un desconocimiento del significado del principio de oportunidad, incluso entre la propia Sala II del Tribunal Supremo que, evidentemente, produce un efecto de multiplicador en otras instancias del ámbito judicial¹⁶⁴.

El principio de oportunidad hace siempre referencia a la existencia de un margen de discrecionalidad en la actuación del fiscal o del juez y por tanto, nunca puede operar en el ámbito de los delitos privados, en los que por esencia, el margen de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal no viene referido a criterios de política criminal, sino al mero reinado del principio dispositivo, en lo que constituye una cesión monopolística de la potestad estatal del *ius perseguendi* al particular ofendido por la infracción. En el vigente ordenamiento jurídico penal, los delitos privados han quedado reducidos a la calumnia y la injuria siempre que no hayan sido cometidos contra quien ejercite funciones públicas en el preciso ejercicio de sus funciones, en cuyo caso devienen públicos. En este sentido, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ha declarado que “en los delitos de calumnias e injurias contra particulares o contra funcionarios por hechos ajenos al ejercicio de sus cargos, la decisión del legislador de convertir en único dueño de la acción a los perjudicados, ha supuesto la pérdida de legitimación del Fiscal para intervenir en tales procedimientos”¹⁶⁵.

2.3.1.7. El principio de oportunidad en los delitos semipúblicos

Los delitos semipúblicos son aquellos que requieren de previa denuncia del ofendido como requisito de perseguibilidad inicial, si bien, al contrario de lo que acontece en los delitos privados, una vez que el ofendido ha denunciado, éste ya no

persona agraviada o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden, los cuales, amparándose en un principio de oportunidad latente en el precepto mencionado, formularán o no la denuncia con arreglo a lo que juzguen más conveniente”.

¹⁶⁴ Cabe destacar la errónea identificación entre falta de tipicidad y principio de oportunidad, que se desprende de la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 14 de noviembre de 2008, Fundamento de Derecho 4º, ponente MONTERDE FERRER F., cuando afirma que “como tercer motivo se alega infracción de precepto constitucional y del principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 25.1 CE en el sentido que nuestro ordenamiento jurídico no acoge el principio de oportunidad, y que no puede ser condenado el recurrente por algo que no está tipificado en el CP”.

¹⁶⁵ Consulta de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO núm. 7/1997.

guarda para sí la potestad de concluir unilateralmente el proceso, puesto que la pretensión penal puede ser ejercitada de oficio por el fiscal¹⁶⁶. La denuncia —o querella— del ofendido o de su representante legal constituye, por tanto, la condición necesaria para que el Ministerio Fiscal pueda intervenir¹⁶⁷. Por ello, ha de tenerse en consideración, que una vez formulada denuncia o querella por el agraviado, siendo para ello suficiente el relato con ánimo de denunciar los hechos ante quien tiene la obligación de perseguir el delito, si el Ministerio Público decide intervenir, la renuncia posterior del agraviado no afectara a la posición del fiscal.

En este sentido, la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO ha señalado que “en los llamados delitos semipúblicos o semiprivados, el procedimiento penal depende de la presentación de la correspondiente denuncia por parte de la persona agraviada que, en esta medida, puede resolver o no que el procedimiento penal se inicie. Sin embargo, también en estos casos, delitos semipúblicos, una vez abierto el procedimiento penal, presentada la denuncia por parte del ofendido, la renuncia del mismo al ejercicio de las acciones penales no impedirá la continuación del procedimiento. Sólo en el ámbito propio de los llamados delitos privados, la renuncia del ofendido al ejercicio de la acción penal extingue la posibilidad de ejercitar la misma”¹⁶⁸.

No obstante la tradicional clasificación anterior, para la correcta comprensión de los delitos semipúblicos en relación con el principio de oportunidad, es preferible

¹⁶⁶ Entre los delitos semipúblicos más significativos, destáquense los delitos socioeconómicos del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal a excepción de los delitos del artículos 384 y 385 que son públicos, el delito de de reproducción asistida en mujer sin su consentimiento del artículo 161 del Código Penal, el delito de daños por imprudencia grave por valor superior a 80.000 euros del artículo del artículo 267, o el delito de abusos agresiones sexuales al que el Ministerio Fiscal ponderara la interposición de querella valorando las circunstancias del caso. Para un estudio más exhaustivo, Vide ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., particularmente págs. 54 y ss. El autor enumera la relación de delitos semipúblicos previstos en el ordenamiento jurídico español. Igualmente, Vide MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., en *Derecho procesal...* op. cit., pág. 137.

¹⁶⁷ Como excepción, el Ministerio Fiscal puede dar inicio a la acción penal sin necesidad de denuncia o querella previa del ofendido o de su representante legal, en el supuesto en que la persona ofendida sea menor, incapaz o una persona desvalida y, también, en los delitos semipúblicos de interés público.

¹⁶⁸ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia, núm. 488/2006, de 8 de mayo, F. D. 4º Ponente: BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE J.R.

distinguir, de acuerdo con la más precisa organización de GIMENO, entre tres categorías diferentes, a saber, de interés público, puros y de interés privado¹⁶⁹.

a) Los delitos semipúblicos de interés público

Estos delitos se caracterizan por constituir supuestos de aplicación del principio de oportunidad en la ley penal sustantiva y por razón de la peculiar situación procesal del ofendido. Éste no goza del monopolio exclusivo del inicio de la acción penal, ya que el Ministerio Fiscal puede dar inicio al procedimiento por razón de interés público¹⁷⁰. Sin embargo, a la acusación popular le está vedada la acción penal. Dentro de los delitos semipúblicos de interés público, cabe distinguir entre delitos contra la libertad e indemnidad sexual (arts. 178, 179, 180, 181, 182, 184, y 191 del CP); delitos contra el mercado, contra la propiedad intelectual e industrial cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (arts. 278, 279, 280, 281, 282, 282bis, 283, 286, 286 bis, y 287 del CP); y los delitos societarios en cuanto afecten a los intereses generales o a una pluralidad de personas (arts. 290 al 296 del CP)¹⁷¹.

La clase de los delitos semipúblicos de interés público constituye una auténtica manifestación del principio de oportunidad en el derecho penal sustantivo español que, en queda definida funcionalmente por facultar a la discrecionalidad del fiscal —con arreglo a criterios de interés público— la decisión de ejercitar —o no— la acción penal. El principio de legalidad es, por tanto, relegado en favor del principio de oportunidad que toma para sí el tradicional protagonismo del que normalmente goza el principio de legalidad en la decisión del fiscal sobre el ejercicio de la acción penal.

¹⁶⁹ Cfr. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal...* op. cit., págs. 178–180.

¹⁷⁰ Evidentemente, en los delitos a los que se refieren los arts. 191, 287.2 y 296.2 del Código Penal, la responsabilidad penal no puede extinguirse por la institución del perdón del ofendido regulada en el art. 130.5 CP

¹⁷¹ Cfr. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal...* op. cit., págs. 178–179. El meritado autor, realiza una clasificación sistemática que comprende un subgrupo de delitos semipúblicos con interés público, en el que, en adición a los sexuales, y los relativos al mercado, la propiedad intelectual e industrial y a los societarios, incluye también el delito de denuncia falsa y simulación del delito; si bien no se hace diferencia entre los distintos tipos de delitos en base a criterios relativos al principio de oportunidad/legalidad.

b) Los delitos cuasipúblicos del art. 191 del Código Penal

La clasificación que se muestra más adecuada a la actual regulación procesal de los delitos de agresiones y abusos sexuales a los que se refiere el art. 191 de nuestra Ley penal sustantiva, es la que comporta su categorización como delitos de naturaleza cuasipública, dentro de la categoría de delitos semipúblicos de interés público. En este sentido, FUENTES afirma que, no obstante ser necesario categorizar estas infracciones como delitos de naturaleza cuasipública por razón de su vigente regulación legal, resultaría deseable una futura modificación legislativa que los transformase en delitos públicos por razón de la protección del bien jurídico lesionado. La autora, con razón, sostiene que “los delitos de naturaleza sexual se configuran en España, tras la entrada en vigor del Código penal de 1995, como delitos cuasi públicos cuyo bien jurídico protegido es la libertad sexual; libertad sexual que se considera digna de protección por encima incluso —en ocasiones— de la voluntad de la persona agredida y, en cualquier caso, siempre como *res extra commercium* tratando de evitar que su protección dependa de posibles presiones que pueda ejercer el agresor sobre la víctima intentando bien que no denuncie o bien que retire la acusación”¹⁷².

El artículo 191 del Código Penal dispone que —respecto de los delitos de índole sexual regulados en el Título VIII del Libro II del Código Penal—, el Ministerio Fiscal, para decidir si ejercer la acción pública, ponderara los legítimos intereses en presencia. Se trata de un tipo penal que da libertad al representante del Ministerio Fiscal para decidir en cada caso concreto si ejercitar o no la acción penal. Si el fiscal no ejercita la acción penal, tal omisión comportará la necesaria inacción de la administración de Justicia salvo que no medie denuncia o querrela del particular agraviado y éste se persone como acusación particular. El criterio que habrá de tener en consideración el fiscal para determinar en cada caso concreto la correcta ponderación de los legítimos intereses en presencia, no ha sido previsto por la norma penal sustantiva, ni se ha dictado circular o instrucción en este sentido por el Fiscalía General del Estado.

En este sentido, FUENTES afirma que “la importancia del art. 191.1 CP radica en colocar al Ministerio Fiscal en el mismo plano que la víctima en lo que a la

¹⁷² FUENTES SORIANO O., “La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales”, *Anuario de Derecho penal*, núm. 1999–2000, doc. electro., pág. 18.

iniciación del procedimiento respecta, al poder querellarse independientemente de la voluntad de ésta” y que “según la redacción literal del art. 191.1, es *conductio sine qua non* para la interposición de querrela por parte del Ministerio Fiscal la previa ponderación de los legítimos intereses en presencia, lo que constituye “una cláusula de oportunidad que convierte en un derecho, y no en un deber, la iniciación del procedimiento por parte del fiscal”¹⁷³. Por su parte, GIMENO señala que “el interés que ha de motivar la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal, en contra incluso de la voluntad de la ofendida, no puede ser otro que el interés público en la prevención de la libertad sexual, en tanto bien jurídico, no solo individual, sino también socialmente relevante”¹⁷⁴.

En definitiva, el apartado primero del artículo 191 del Código Penal, asigna al fiscal la función de decidir si el hecho concreto es merecedor del inicio del procedimiento penal, no con base a criterios técnicos de subsunción de los hechos en la norma, sino de conformidad con criterios de política criminal que consisten en determinar —ponderando las circunstancias del caso— si los hechos han de ser considerados de interés público. Ello, evidentemente, supone una excepción al imperio del principio de legalidad en favor del principio de oportunidad¹⁷⁵.

Ha de tenerse en consideración, que la regulación del principio de oportunidad contenida en el artículo 191 del Código Penal se refiere a los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, que se corresponden con los Capítulos, I, II, II bis y III del Título VIII del Código Penal. Sin embargo, al Capítulo II bis, que únicamente posee los artículos 183 y 183 bis, al estar referido únicamente a menores, no le es aplicable el

¹⁷³ *Ibíd.*, págs. 2 y 14.

¹⁷⁴ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal...* op. cit., pág.179.

¹⁷⁵ Vide FUENTES SORIANO O., “La iniciación cuasi pública...”, op. cit., págs. 17–18. La autora rechaza que la discrecionalidad del fiscal pueda suponer un conflicto respecto del principio de legalidad reconocido en el art. 124.2 CE o del principio de legalidad establecido en el art. 105 LECrim. En este sentido afirma que “no se aprecia conflicto entre el art. 191 CP y el art. 124 CE ya que, “precisamente, lo que el primero establece es la obligación de ponderar el interés del ciudadano y el interés público en la persecución del delito de conformidad con lo previsto en la norma constitucional” y, además, por encima de la anterior argumentación, “desde el momento en que esta posibilidad de actuación del Ministerio Fiscal aunque sometida a criterios de oportunidad aparece recogida en la propia Ley (a mayor abundamiento, Ley Orgánica) cualquier pretendido roce entre ésta y el principio de legalidad, carecería de toda fundamentación”.

inciso primero del apartado primero del artículo 191 que regula el principio de oportunidad, sino el inciso segundo del Apartado primero artículo 191 que regula como obligatoria y, por tanto, sometida al principio de legalidad, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Fiscal.

c) Los delitos semipúblicos puros

Esta clase de delitos se caracteriza por razón de que el ofendido, sí bien goza de monopolio procesal en cuanto al inicio de la acción penal, no ostenta la titularidad de la pretensión penal habida cuenta de que ésta no se extingue por la institución del perdón (art. 130.5 CP). En consecuencia, una vez haya sido formulada denuncia o querrela por el ofendido, el MF podrá intervenir —aún cuando el ofendido se aparte del procedimiento—. En los delitos semipúblicos puros no opera el principio de oportunidad, ya que el fiscal no decide sobre el ejercicio del *ius persecuendi* con arreglo a criterios discrecionales sino técnicos, de forma que; en primer término, a pesar de que exista interés público en la persecución del crimen, el fiscal no puede dar inicio al procedimiento salvo denuncia del ofendido y, en segundo lugar, abandonada sea la acción penal por el ofendido, el Ministerio Fiscal continuará ejercitando la acción siempre que los hechos revistieren carácter de delito o falta, sin perjuicio de que exista o no —a juicio del fiscal— interés público en su persecución.

En este sentido, ha de compartirse con GIMENO que la clase de delitos semipúblicos puros se halla integrada exclusivamente por los delitos de abandono de familia en su modalidad económica o contra resolución judicial de los arts. 226 y 227 CP y por el delito de reproducción asistida en mujer sin su consentimiento (art. 161 CP).

d) Los delitos semipúblicos de interés privado

Esta clase de delitos se caracteriza por razón de que el ofendido goza no solo del monopolio del inicio de la acción penal sino que, también, ostenta la titularidad de la pretensión penal habida cuenta de que ésta se extingue por la institución del perdón (art. 130.5 CP). Se asemejan, por tanto, a los delitos privados, diferenciándose de ellos por razón de que el Ministerio Fiscal debe intervenir; si bien, supeditando su intervención a que el ofendido no perdone al ofensor ya que, en tal supuesto, la acción queda

irremediablemente extinguida. Así ocurre en el delito de calumnias e injurias a funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas. El Ministerio Público ostenta legitimación para el ejercicio de la acción penal conforme al art. 215.1 CP y, debe ejercitarla conforme al art. 105 LECrim. Sin embargo, la responsabilidad penal se extingue en el momento que —antes de dictada sentencia— el ofendido perdona al acusado (art. 215.3 CP). En los delitos semipúblicos de interés privado, puede ser afirmado que el Ministerio Fiscal se encuentra sometido al principio de legalidad.

2.3.1.8. El principio de oportunidad en el proceso penal

El principio de oportunidad encuentra su momento procesal tanto en el inicio del proceso, articulándose a través de las instituciones jurídicas del desistimiento a la incoación y del sobreseimiento; cuanto en la fase posterior a la formulación de acusación, por medio de la institución de la conformidad. La conformidad en el derecho español y, particularmente, la aplicación del principio de oportunidad para fomentar las conformidades penales, constituye un aspecto del proceso penal de notoria importancia, si ha de tenerse en cuenta que los procedimientos que finalizan con sentencias de conformidad del acusado con la acusación del fiscal son superiores en número a las que finalizan con sentencias sin conformidad. En este sentido, cabe destacar que en España, el año 2013, las sentencias de conformidad fueron 159.889, que representan el 69 por ciento del total de las sentencias condenatorias¹⁷⁶. En otros sistemas criminales, en los que el acusado ostenta el derecho a ser juzgado por jurado, el porcentaje de conformidades alcanza niveles notablemente superiores; en particular, destacan los Tribunales Federales de Norteamérica, donde —en el año fiscal 2012— un total de 78.647 personas se confesaron culpables antes o durante el juicio, lo que supone un porcentaje del 97 por ciento de todos los supuestos en los que se formularon cargos por el fiscal¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Cfr. Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Madrid, 2013, págs. 587–588.

¹⁷⁷ UNITED STATES ATTORNEYS' Annual Statistical Report, Executive Office for United States Attorneys, US DEPARTMENT OF JUSTICE, 2010, pág. 8. Texto original: “during Fiscal Year 2012, a total of 78,647, or 97 percent, of all convicted defendants pled guilty prior to or during trial. This represents the same percentage of convicted defendants who pled guilty when compared to the prior year”.

A fin de proceder al tratamiento de los supuestos de aplicación del principio de oportunidad en el marco de ley procesal criminal española, la forma más autorizada de clasificación es la a que se efectúa con arreglo a criterios temporales. En este sentido, FUENTES afirma que el principio de oportunidad puede operar al inicio del procedimiento o durante el transcurso del mismo¹⁷⁸.

2.3.1.8.1. El principio de oportunidad en la fase inicial del proceso

El principio de oportunidad reglada al inicio del procedimiento, hace referencia a dos conjuntos de supuestos, a saber, en primer lugar al que afecta a la incoación del procedimiento y, en segundo término, a los supuestos que pueden dar lugar al sobreseimiento provisional o libre por razón de criterios de oportunidad reglada del procedimiento incoado¹⁷⁹.

a) La no incoación del procedimiento y el desistimiento de la persecución delictiva

En este primer conjunto de supuestos, es preciso distinguir dos clases de medidas; las que dan un margen de libertad reglada al fiscal en cuanto a interponer, o no, acciones penales, que encuentra su cauce regulatorio en el Código Penal y demás leyes penales sustantivas, tal como ya ha sido objeto de estudio en los anteriores epígrafes; y las medidas que permiten al fiscal rechazar o desistir de una denuncia interpuesta ante él, posibilidad prohibida en el derecho procesal español por el apartado segundo del artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que prevé que, cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, practicará directamente u ordenará a la policía judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho, tras lo cual, decretará el archivo de las actuaciones exclusivamente si el hecho no revistiere caracteres de delito.

¹⁷⁸ Cfr. FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 260. También, Vide GIMENO SENDRA V., *Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad...* op. cit., págs. 31–52.

¹⁷⁹ Cfr. FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 260–266

En definitiva, el derecho procesal español —salvo en lo relativo a los supuestos vistos anteriormente y en lo que respecta a los menores de edad— no prevé la posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad en la incoación del procedimiento. Ello es debido —con razón, afirma GIMENO— a que el fiscal, “lo que no puede, a diferencia de *l'enquête préliminaire* francesa, es archivar una denuncia por razones de oportunidad ante él interpuesta, y ello, por prohibirlo expresamente el artículo 773.2 [de la LECrim] que, como única causa de archivo, tan solo contempla la falta de tipicidad de los hechos”.

Por el contrario, el derecho procesal de responsabilidad penal de los menores, que se regula, en conjunción con sus preceptos sustantivos, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, sí contempla la vigencia del principio de oportunidad¹⁸⁰. El artículo 19 de esta Ley, confiere al fiscal un poder íntimamente incardinado en la esencia del principio de oportunidad reglada, que se concreta en la facultad del Ministerio Fiscal de desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas y siempre que el menor no haya cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza. La Ley justifica la adopción de criterios de oportunidad reglada en su Exposición de Motivos sobre la base de dos motivos principales: el primero de ellos se sustancia en el carácter educativo que gobierna la legislación de menores; y el segundo, en la aplicación del principio de intervención mínima como guía en la adopción de medidas de oportunidad, olvidando —sea por intención o descuido— que el principio de intervención mínima ha de aplicarse en la determinación general del tipo, y no mediante criterios de discrecionalidad reglada¹⁸¹.

¹⁸⁰ Vide GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 189.

¹⁸¹ Exposición de Motivos, núm. II, apartado 13, de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores: “en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y

b) El sobreseimiento de los delitos por razones de oportunidad

Este conjunto de supuestos ya no se refiere a la facultad del fiscal de decidir sobre la incoación —o no— del procedimiento, sino que hace referencia a la facultad del fiscal de interesar del juez el sobreseimiento del procedimiento que ya ha sido judicialmente incoado.

El derecho procesal alemán, la Ordenanza procesal—*Strafprozeßordnung*— prevé supuestos de sobreseimiento no sólo por razones procesales —como cuando se comprueba que el delito se halla prescrito— o por motivos materiales —cuando resulta que el hecho no es punible o los culpables no han sido hallados— (§ 170 II.1 StPO), sino, también, por el ejercicio del principio de oportunidad (§ 153)¹⁸².

El derecho procesal español, no prevé supuestos procesales sometidos al principio de oportunidad que permitan al fiscal interesar el sobreseimiento del procedimiento incoado por motivos de oportunidad debido a que, la institución del sobreseimiento se halla sometida imperativamente a los artículos 637, 641 y 779.1.1ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que imponen que el sobreseimiento —tanto en su modalidad provisional como libre— no pueda ser acordado por razones ajenas a los motivos contenidos en tales preceptos, de los que ninguno es relativo a la política criminal o al interés público.

El derecho procesal de menores, en el artículo 19 de la L.O.R.P.M. contempla la vigencia del principio de oportunidad en la facultad del fiscal de desistir de la continuación del expediente, siempre que el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta, y siempre atendiendo a las circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación grave en la comisión de los hechos, y al hecho de que el menor haya conciliado con la víctima o haya asumido el

la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

¹⁸² Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*... op. cit., pág. 335.

compromiso de reparar el daño causado o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe¹⁸³.

2.3.1.8.2. La conformidad

ASENCIO, con precisión, define la conformidad como "una manifestación del principio de oportunidad, por la que el acusado y su defensor muestran su aceptación a la pena más grave de las solicitadas, bien sea asumiendo la pena sin más, bien sea asumiendo la autoría de los hechos imputados, que tiene como efecto inmediato la emisión de una sentencia sin necesidad de celebrar juicio oral y, por tanto, sin que se practique prueba alguna"¹⁸⁴.

La conformidad con la acusación formulada puede ser efectuada, según los diferentes supuestos, en el seno de las diligencias urgentes incoadas primariamente o, a través de la transformación desde las diligencias previas a las diligencias urgentes o, en cualquier momento anterior al juicio oral, siempre que la pena no supere los 6 años de prisión.

a) La conformidad en el juicio rápido

El Ministerio Público formulará una calificación —incluso oral— y el juez dictará una sentencia de conformidad acogiendo la calificación y la conformidad, a la que le serán aplicables los artículos 800 y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —que regulan una modalidad de conformidad automática no sometida al principio de oportunidad—, por lo que de forma imperativa la pena contenida en la calificación será disminuida en un tercio¹⁸⁵. Se observa, por tanto, que el Ministerio Fiscal no decide entre varias soluciones igualmente válidas, sino que se limita a formular la única

¹⁸³ Vide Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Madrid, 2013, págs. 752–756, sobre la propuesta de reforma legislativa de los arts. 19 y 27.4 de la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor. La cuestión es tratada en profundidad en el Capítulo III de este trabajo, en relación con las funciones de la acusación particular en un sistema acusatorio formal avanzado de investigación fiscal.

¹⁸⁴ ASENCIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 18.

¹⁸⁵ Tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no podrá superar, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

calificación posible de los hechos punibles, a escoger la pena —si el tipo penal admitiere varias— y a regular su extensión o cuantía, siempre dentro de los límites legales, sin que haya de tenerse en consideración la conformidad como elemento atenuante analógico de la pena. El premio o recompensa que obtiene el reo por la admisión de los hechos no depende del fiscal, sino que deriva —de forma automática— de la simple aplicación de la ley.

b) La conformidad a través de la transformación del procedimiento desde diligencias previas a diligencias urgentes

Esta conformidad —en puridad— tiene lugar si el delito cometido cumpliera con los requisitos preceptuados en el artículo 801 de la LECrim, no existiere acusador privado y el reconocimiento de los hechos por el imputado se efectuare con anterioridad al dictado del auto por el que se acuerda la incoación del procedimiento abreviado, que el juez ha de dotar de contenido con el relato los hechos punibles¹⁸⁶. A la conformidad pretendida le será de aplicación el apartado primero quinta del artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el que se establece que en tal supuesto, el juez —imperativamente— deberá convocar al Ministerio Público y al imputado a una comparecencia en la que habrá de pronunciarse la defensa sobre si se conforma, o no, con la propuesta que formule el fiscal sobre la calificación de delito y la determinación de la pena y su extensión y, en caso positivo, el procedimiento se transformará de diligencias previas a diligencias urgentes y la sentencia deberá apreciar un tercio de reducción sobre la pena conformada¹⁸⁷.

¹⁸⁶ El precepto establece dos requisitos para la conformidad con disminución automática de la pena. El primero de carácter objetivo consistente en que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años. Y el segundo requisito de carácter subjetivo, que exige que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.

¹⁸⁷ Este precepto introducido por la LO 38/2002 de 24 de octubre, ha sido elogiado por la doctrina. FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 260, ha afirmado que “en este contexto [de preferencia de la conformidad inicial a la tardía] digna de alabanza resulta la conformidad del artículo 779.1.5ª. de la LECm”. El Art. 779.1. 5ª. de la LECm establece que “si en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar

La particularidad de esta conformidad se halla constituida por el hecho de que la ley obliga al fiscal, a petición de la defensa, a realizar una propuesta informal de calificación del delito y establecimiento de la pena y, solo en el supuesto de que la propuesta sea aceptada por la defensa del todavía imputado, el fiscal se hallará obligado a formular acusación que conducirá al dictado de una sentencia de conformidad en tales términos y, a la obtención por el reo, de la consiguiente reducción de un tercio en la pena. Se trata, por tanto, de una modalidad de conformidad automática sin intervención del principio de oportunidad, sin embargo, no ha de caber duda que el reconocimiento de los hechos por el imputado será usualmente tenido en consideración por el fiscal como criterio de interés público en cuanto beneficioso para la mayor facilidad de resocialización del reo, a fin de procurar la disminución del riesgo de reincidencia delictiva y, en atención, en su caso, a la satisfacción de la víctima, para interesar la imposición de una pena de duración más moderada a la que podría estimarse adecuada en el supuesto de que no operase el reconocimiento de los hechos.

c) La conformidad tardía

Afirma DOIG DÍAZ que “en la LECrim no se contempla expresamente la posibilidad de que el fiscal y la defensa puedan celebrar un acuerdo que pueda ser, posteriormente, homologado por el juez” ya que, “la figura de la conformidad, prevista en la centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, fue concebida como una expresión del derecho de defensa del imputado, mediante la aceptación de la imposición de la sanción más grave solicitada por la acusación, con el objeto de despejar la incertidumbre que supone la realización del juicio oral”¹⁸⁸. No obstante la literalidad de la ley, no ha de caber duda de que —por razones de política criminal— se pretende condicionar al fiscal a fin de que tenga una actitud positiva o próxima a la conformidad. En este sentido, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ha manifestado encontrarse interesada en favorecer “los trámites que puedan propiciar la conformidad del acusado antes de la apertura del juicio oral” sobre la base de que “supone el reconocimiento de

inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801”.

¹⁸⁸ DOIG DÍAZ Y., “Reflexiones acerca de la justicia negociada en el futuro proceso penal español”, *Nuevos retos de la justicia penal*, Madrid, 2008, pág. 408.

los hechos”, la aceptación del reproche que la pena solicitada implica, facilita la satisfacción de los intereses morales y materiales de la víctima y, también, agiliza la tramitación de las causas y la ejecución de las sentencias¹⁸⁹.

En esta clase de conformidad, el acusado busca el pacto para asegurarse una pena inferior a la interesada originalmente por el fiscal, comúnmente asociada a límites punitivos que encajan en los márgenes de futuras suspensiones o sustituciones de la pena (arts. 80 a 89 CP). Es cierto, que la discrecionalidad del fiscal en esta modalidad de conformidad no se asocia a la posibilidad de archivar el procedimiento iniciado ni, desde luego, a la de retirar la acusación, operando el principio de legalidad absolutamente en este aspecto; sin embargo, ello no obsta para que la discrecionalidad encuentre su lugar en la elección y duración de la pena, dentro de los márgenes del tipo correspondiente. No obstante, como señala DOIG DÍAZ, existe un cierto grado de negociación entre las partes “—aun cuando no se concrete en un acuerdo con las formalidades del precepto aludido— dado que, como sabemos, el Ministerio Fiscal se rige por el principio de legalidad, y ello no obstante, presenta un segundo escrito de acusación que, sin estar precedido de la práctica de prueba alguna, resulta más atractivo para la defensa”¹⁹⁰.

La conformidad posterior a la acusación puede efectuarse en el propio escrito de defensa, siempre que sea firmado, en adición al defensor y al procurador, también, por el propio acusado (art. 784.3 LECrim). No obstante, en la práctica del foro, lo común es que la conformidad se alcance antes del inicio del juicio oral (art. 787 LECrim).

La institución de la conformidad tardía es un caso paradigmático de existencia del principio de oportunidad reglada en la legislación procesal, a través de la cual, el defensor podrá llegar a un acuerdo con el representante del Ministerio Fiscal y, en su caso, con el acusador particular o popular. Básicamente, la institución de la conformidad tardía funciona del siguiente modo: el defensor solicitará del fiscal una propuesta informal y efectuada de modo verbal, de modificación del tipo o una

¹⁸⁹ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Madrid, 2013, pág. 587. Este planteamiento que inspira el protocolo de conformidades suscrito entre la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía.

¹⁹⁰ DOIG DÍAZ Y., “Reflexiones acerca de la justicia negociada...”, op. cit., pág. 410.

disminución de la pena, dentro de los límites del tipo penal aplicable, ya sea que aquél se corresponda con el interesado por el Ministerio Fiscal en la conclusión provisional quinta de su escrito de acusación o con un subtipo atenuado del mismo y, ofrecerá en contraprestación el reconocimiento por el acusado de la autoría de los hechos y su conformidad con la pena pactada. Si la propuesta formulada por el fiscal es aceptada por el abogado defensor y por su defendido; el juez —previo control formal de legalidad— preguntará al acusado si se conforma con la modificación efectuada y afirmándolo éste, podrá dictarse sentencia condenatoria de conformidad.

El principio de oportunidad en la conformidad tardía opera —sin hallarse expresamente reconocido— concediendo al fiscal —con el fin de premiar el reconocimiento de los hechos como símbolo de arrepentimiento, la resocialización del acusado y la eficacia judicial—, la potestad de hacer uso de la discrecionalidad en cuanto a la determinación de la pena, cuando así lo permita el tipo penal aplicable por contar con penas alternativas y, en todo caso, en cuanto a la extensión de la pena dentro de los límites legales establecidos. Esta disminución en la extensión, duración o cuantía de la pena encuentra su encaje legal en el principio de oportunidad, fundamentándose en factores de interés público en la persecución del delito y, concretamente, en función de criterios de pura política criminal, a saber, evitar la carga de la celebración del juicio y recursos, favoreciendo la agilización temporal de la administración de Justicia y la pretendida reinserción del reo, como consecuencia el reconocimiento de acto antisocial.

La actual regulación del instituto de la conformidad comprende las siguientes limitaciones:

1. De carácter subjetivo:

—Necesidad de que la conformidad sea querida por todos los coacusados no declarados en rebeldía¹⁹¹.

2. De carácter una objetivo:

—Necesidad de que haya sido hallado el cuerpo del delito¹⁹².

—Necesidad de la pena conformada no exceda de seis años de prisión¹⁹³.

¹⁹¹ Vide Artículo 697 de la LECrim.

¹⁹² Vide artículo 699 de la LECrim.

La doctrina más autorizada ha advertido que la conformidad tardía es —en términos de eficiencia— el sistema de conformidad menos valioso ya que, generalmente, se alcanza en la antesala del juicio, con la instrucción finalizada y los testigos citados y comparecidos¹⁹⁴. En este sentido, con razón, FUENTES afirma, respecto de esta modalidad de conformidad, que: “a fin de que alcance los efectos positivos que se esperan de su incorporación al ordenamiento, conviene determinar con acierto el momento procesal idóneo para hacerlo valer pues, como sucede en España, la regulación de una oportunidad tardía (como es la posible conformidad al inicio del juicio oral) anula parte de las ventajas, que en principio, cabría esperar de ella”¹⁹⁵.

Ciertamente, esta conformidad sólo auxilia a la Justicia —en términos de su agilización— en dos aspectos, a saber; facilitar la redacción de la sentencia condenatoria y, más importante, evitar la tramitación de los recursos. La potenciación de una conformidad en un momento anterior podría significar descargar de trabajo a las fiscalías, a los juzgados de instrucción y a los cuerpos de policía; lo que propiciaría una consecuente reducción en el tempo de tramitación de la instrucción de las causas que han de ser juzgadas sin conformidad.

d) Sobre la constitucionalidad de la conformidad

Debe hacerse referencia a la existencia de una corriente doctrinal, que se postula en contra del principio de oportunidad y que —en sus argumentos más radicales— llega a sostener, que el instituto de la conformidad es inconstitucional¹⁹⁶. En este sentido, ARMENTA DEU afirma que las posiciones contrarias a la conformidad pueden

¹⁹³ En cuanto a las limitaciones temporales de la conformidad, Vide ASECIO MELLADO J.M. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991, pág. 53. También, ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...* op. cit., pág. 243. Vide TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 4 de diciembre de 1990, ponente: DELGADO GARCÍA, J. También, párrafo primero del artículo 787 y 688 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, núm. 1/1989, de 8 de marzo de 1989, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre.

¹⁹⁴ Su regulación se encuentra en los artículos 655, 688–700 y 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁹⁵ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 260.

¹⁹⁶ Vide BACIGALUPO E., “Descriminalización y prevención”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial II, 1987, págs. 14 y ss.

clasificarse atendiendo al grado de oposición. Un primer grupo moderado, se halla compuesto por los autores que rechazan el principio de oportunidad por entender que éste pone en peligro la estricta sujeción al principio de legalidad y, particularmente, el efecto disuasorio de la castigo penal y la seguridad jurídica que se anuda a “la certidumbre de que todo hecho que revista los caracteres de delito será perseguido en términos de igualdad”. Un segundo grupo, se encuentra formado por la doctrina más crítica, que sostiene la inconstitucionalidad o, al menos, cuestiona la constitucionalidad de la oportunidad, acentuando los fundamentos de su oposición a tal principio sobre la base de que éste lesiona al principio de igualdad y al principio de exclusividad jurisdiccional¹⁹⁷.

A medio camino entre ambos grupos, en términos tanto de lesión al principio de legalidad, como constitucionalistas, CHOZAS ALONSO estima que “si recapacitamos fríamente sobre las consecuencias de este avance imparable de la Justicia penal pactada, podemos llegar a la conclusión de que se están tambaleando las estructuras básicas de nuestro proceso penal; es decir, el principio de legalidad penal, el principio de oficialidad y el derecho a un juicio justo con todas las garantías constitucionales, y se está imponiendo un principio, el principio de oportunidad, hoy por hoy carente de la suficiente cobertura constitucional en España”¹⁹⁸.

Dentro del segundo grupo, MARTÍN PALLÍN se postula como un destacado representante de la corriente constitucionalista y defiende que “la conformidad es radicalmente incompatible con el derecho constitucional al debido proceso, por lo que debe ser rigurosamente revisada”¹⁹⁹. Las razones para su oposición son variadas; el autor estima que la conformidad es contraria al aforismo *nulla pena sine previo iudicio*, y, en este sentido, sostiene que “el valor Justicia, el derecho a un juicio justo y con todas las garantías conocido como el debido proceso, el principio de proporcionalidad y el principio de libre determinación o autodeterminación de la voluntad se resienten seriamente ante la aplicación drástica de la institución de la conformidad. En este

¹⁹⁷ ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista Poder judicial*, núm. 58, 2000, págs. 282.

¹⁹⁸ CHOZAS ALONSO J. M., “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *Revista La Ley*, núm. 114, 2013, doc. electro. pág 22.

¹⁹⁹ MARTÍN PALLÍN J. A., “¿Es constitucional la conformidad?”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006, pág. 236.

sentido, el meritado autor sostiene que “la conformidad equivale a una confesión que en nuestro sistema no es prueba plena, ni siquiera prueba válida”²⁰⁰.

Las críticas vertidas a la falta de constitucionalidad de la institución de la conformidad —sin perjuicio de su innegable altura doctrinal— olvidan ponderar que la aceptación del escrito de acusación no constituye obligación sino opción; por lo que la regulación de modelos de conformidad no impide que el acusado conserve íntegro su derecho a la celebración de un juicio con todas las garantías. Es más, el acusado sólo recibe una propuesta de calificación alternativa cuando la defensa, precisamente con el fin de procurar lo más beneficioso para su defendido, así lo solicita. Por otro lado, es necesario considerar el efecto que habría de producir en la administración de Justicia las dilaciones derivadas de la proscripción de la conformidad. En este sentido, deviene preciso plantearse si tal retraso pudiera llegar a constituir un elemento de colisión con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, en general, con el derecho al debido proceso²⁰¹.

A mayor abundamiento, debe destacarse que el concepto de debido proceso no es de acuñación española, ya que su origen, como es conocido, se encuentra en la V Enmienda a la Constitución Norteamericana de 1791²⁰². La posición doctrinal que afirma que la resolución consensuada de los conflictos penales es contraria al concepto del debido proceso, no tiene en consideración que el sistema criminal norteamericano —inventor del concepto de debido proceso— decide más del 90% de sus asuntos penales sobre los que se formula acusación a través de la institución de la conformidad²⁰³.

²⁰⁰ *Ibidem*, 230. En el mismo sentido, SCHÜNEMANN B., “Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?)”, *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1991, págs. 49 y ss.

²⁰¹ Sobre la colisión de derechos, Vide DE DOMINGO PÉREZ T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, 2001.

²⁰² V Enmienda a la Constitución norteamericana: “(...) ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal”.

²⁰³ UNITED STATES ATTORNEYS’ Annual Statistical Report, Executive Office for United States Attorneys, US DEPARTMENT OF JUSTICE, 2010, pág. 8.

2.3.1.9. El futuro del principio de oportunidad reglada

El Informe del INSTITUTO EUROPEO para la prevención y control del crimen, convocado bajo los auspicios de la ONU, elaborado en Helsinki en 1986, se posiciona a favor de la introducción o consolidación de reformas legislativas que afiancen el principio de oportunidad reglada²⁰⁴. En particular, se recomienda a los Estados la adopción de medidas concretas de discrecionalidad, con el siguiente contenido:

1. El Ministerio Público debe tener opciones de abstenerse de acusar en base a ciertas condiciones que vinculen al imputado de una infracción.
2. Deben desarrollarse normas legislativas o administrativas en orden a la fijación de condiciones que puedan ser impuestas en la decisión de abstención.
3. El objetivo principal de esas condiciones debe ser la mejoría del comportamiento del infractor y la compensación a la víctima de la infracción.
4. Las condiciones impuestas no deben restringir los derechos políticos del imputado ni deben tener naturaleza punitiva.
5. Las condiciones que puedan ir asociadas a una abstención deben ser similares a las que pueden ser impuestas en el cuadro de una condena condicional o una suspensión de condena.
6. En los supuestos de infracciones relacionadas con el uso de drogas o alcohol, debe ser considerada como una posible condición la posibilidad de sujeción a tratamiento médico o sumisión a vigilancia²⁰⁵.

La Recomendación número 18, de 1987, del CONSEJO DE EUROPA, sobre simplificación de la Justicia penal, en su principio I, declaración primera, recomienda a los Estados miembros la adopción del principio de oportunidad y, en su declaración segunda, especifica que la adopción recomendada se refiere al principio de oportunidad en su modalidad reglada²⁰⁶. En concreto, declara que: “el principio de oportunidad en el

²⁰⁴ INSTITUTO EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN Y CONTROL DEL CRIMEN, ONU., Report series 9: “non-Prosecution in Europe”, Helsinki, 22–24 de marzo, 1986.

²⁰⁵ Apartado tercero de las conclusiones.

²⁰⁶ Recomendación núm. 1987 (18), de 17 de septiembre de 1987, del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre simplificación de la Justicia penal. Reproduzco por su especial interés, los principios 1 a 6, del apartado B, establecen: 1.– De conformidad con su constitución, los Estados Miembros deberían revisar su

ejercicio de la acción penal debiera ser adoptado, o extenderse su aplicación, en los casos en que lo permita el contexto histórico y la constitución de los estados miembros; en otro caso, convendrá prever otras medidas que respondan a la misma finalidad de ese principio” y, que “la facultad de renunciar a la iniciación de un proceso penal o de poner término al ya iniciado por razones de oportunidad, deberá ser establecida por la ley”.

En consonancia con las recomendaciones internacionales, la doctrina procesal más avanzada propone ampliar el número de supuestos de aplicación del principio de oportunidad reglada en el Ordenamiento jurídico español, FUENTES sostiene que existen dos conjuntos de supuestos que resultan propicios para la ampliación, a saber, un primer grupo que requiere tres condiciones: que el delito haya sido cometido por personas no reincidentes, que se haya procedido a la reparación del daño, y que el delito se halle castigado en abstracto con un pena no superior a tres años de privación de libertad y, un segundo grupo, que se limita a personas que se sometan voluntariamente a programas de readaptación social, como desintoxicación de drogas tóxicas y otros de similar naturaleza, quedando el sobreseimiento condicionado al cumplimiento del compromiso²⁰⁷.

legislación, teniendo en cuenta las facultades que corresponden al Ministerio Fiscal y a otras autoridades que intervienen en esta etapa del procedimiento para que puedan transigir los asuntos penales, en especial cuando se trata de infracciones menores, sobre la base de los principios siguientes: 2.– La ley ha de determinar las condiciones de las transacciones que propongan las autoridades al denunciado, especialmente: a) el pago del importe de la transacción al Estado o a una institución de utilidad pública o de beneficencia b) la restitución de los bienes y ventajas obtenidas por la comisión de la infracción. c) una indemnización adecuada a la víctima, que debe ser percibida antes de la transacción, o constituir un elemento de ésta (...). La autoridad debe tener la facultad de revisar su propuesta en beneficio del denunciado, teniendo en cuenta las posibles objeciones de éste. 3.– la autoridad deberá establecer las circunstancias bajo las cuales podrá recurrir a la transacción, adoptar líneas directrices y un baremo de las sumas a pagar en las transacciones, con el fin de que el principio de igualdad ante la ley sea respetado de la manera más escrupulosa posible. A este efecto, sería útil que se hicieran públicas esas circunstancias, líneas directrices y baremos. 4.– El denunciado que no desee transigir deberá tener siempre entera libertad para no responder a la propuesta o para rechazarla. 5.– La aceptación de la transacción excluirá definitivamente el ejercicio de la acción penal cuando el denunciado haya cumplido las condiciones que le hayan sido propuestas. 6.– La autoridad publicará, manteniendo el anonimato de los denunciados, un informe anual sobre la manera de ejercer sus facultades en materia de transacción.

²⁰⁷ FUENTES SORIANO O., en *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 264–265. En un sentido más general, CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., en “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, *La reforma del proceso penal...* op. cit., págs. 306–308, propone las líneas maestras para la consolidación del principio

2.3.1.10. La mediación penal

Afirma CASTILLEJO MANZANARES que a través de la mediación “no solo la víctima y el victimario obtienen beneficios, sino la sociedad en general que recobra la confianza en la Justicia cuando es consciente de que tanto la víctima como el victimario han obtenido una respuesta satisfactoria a su conflicto” facilitando el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando sus consecuencias negativas. La autora sostiene que los efectos de la mediación pueden servir “como método que palia los peligros que subyacen en el fondo de una buena parte de los conflictos penales, tales como la pobreza, las adicciones, patología mental, la ausencia de recursos sociales para determinados colectivos, aumento de la violencia entre las personas, miedo a los inmigrantes o a lo desconocido, fractura del tejido social”²⁰⁸.

VARONA VILAR define la mediación penal como “un cauce en virtud del cual víctima e infractor, voluntariamente, se reconocen capacidad para participar en la resolución de un conflicto penal, con intervención del mediador, restableciendo la situación previa al delito y el respeto al ordenamiento jurídico, amén de dar satisfacción a la víctima y el reconocimiento de tal actividad por el victimario”. La autora, sostiene que es necesario incorporar la mediación penal a nuestro “exhausto y entrópico sistema procesal decimonónico”, como elemento integrado en el proceso penal y “manifestación preferentemente de Justicia terapéutica o restaurativa, aun cuando

de oportunidad en el ordenamiento español. También, LABORINHO B., *Procès pénal et droits de l'homme; vers une conscience européenne*, (dir. DELMAS-MARTY M), París, 1992, pág. 276, citado por VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal...”, op. cit., pág. 129. El autor portugués, afirma que es posible acoger un espacio de consenso y de cooperación entre los diversos intervinientes procesales, y anima a “aceptar la noción de conciliación en el proceso penal y ampliar las perspectivas del principio de oportunidad”.

²⁰⁸ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14957/2010, pág. 3. También, respecto de la mediación en los delitos de violencia de género, Vide, CASTILLEJO MANZANARES R. “Mediación en el ámbito familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, (dir. SOLETO MUÑOZ H.), Madrid, 2013, págs. 488-489.

permite desarrollar múltiples funciones desde la exigencia de la tutela penal, individual y social”²⁰⁹.

Ahondando en el efecto terapéutico, VERGER GRAU estima que la mediación o conciliación “que alcanza un acuerdo de las partes” resulta “una composición justa y, sobre todo, una terapia eficaz para el agresor y el agredido”. El autor acentúa la importancia del perdón de la víctima como elemento esencial de la mediación por los efectos beneficiosos que aquél produce tanto para el agresor como para la propia víctima que “se siente compensada, al menos en parte, por el daño recibido”²¹⁰. Por su parte, RÍOS MARTÍN apunta que la mediación constituye “una actividad en la que una parte neutral, independiente de los actores institucionales del proceso penal e imparcial ayuda a dos o más personas implicadas en una infracción penal, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica”²¹¹. Desde la perspectiva anglo americana, HARDING y KOFFMAN definen la mediación penal como un medio idóneo en los supuestos en los que “existe alguna relación entre ofendido y ofensor, destinada a durar en el tiempo y, además, el daño causado carece de gravedad y el conflicto tiene solución”, con lo que se trata de “evitar es el todo o nada del resultado del proceso, el estigma de una condena y el derroche de tiempo y esfuerzo que normalmente acompaña a los procesos judiciales”, y se obtiene, a cambio, “un resultado negociado entre los mismos interesados, que conservan su dignidad y comparten la responsabilidad de regular sus futuras relaciones”²¹².

En el ámbito del derecho comparado europeo, la mediación penal se halla regulada en los sistemas criminales de Alemania, Francia, Reino Unido y Bélgica,

²⁰⁹ VARONA VILAR S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 94, 2012, pág. 23–24.

²¹⁰ VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal...”, op. cit., pág. 138.

²¹¹ RÍOS MARTÍN J. C., “Conclusiones del curso la mediación civil y penal sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigido a jueces de familia y penales”, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, (dir. PÉREZ–SALAZAR RESANO y M.C. RÍOS MARTÍN J. C.), *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 136, 2008, pág. 176.

²¹² HARDING C. y KOFFMAN L., *Sentencing and the Penal System*, Londres, 1995, pág. 35.

entre otros²¹³. En el sistema criminal francés, el *Code de procédure pénale* confiere la potestad del uso de la mediación penal al criterio discrecional del Ministerio Fiscal, al declarar que si al fiscal “le pareciere que la mediación es susceptible de asegurar la reparación del daño causado a la víctima, de poner fin al daño resultante del delito o de contribuir a la rehabilitación del autor de los hechos (...) podrá, previamente a su decisión sobre el ejercicio de la acción pública, directamente o por medio de un oficial de policía judicial, de un delegado o de un mediador del Ministerio Fiscal, favorecer que se realice, con el acuerdo de las partes, un intento de mediación entre el autor de los hechos y la víctima” (art. 41.1.5ª CPPF)²¹⁴.

Ahora bien, debe tenerse en consideración —expone LACOSTE— que en el derecho francés la mediación se concibió para las infracciones menos graves, violencias ligeras, delitos contra el patrimonio de escasa importancia o violencia intrafamiliar, por lo que no puede ser siempre propuesta. La característica esencial de la mediación es que queda supeditada al acuerdo de las partes, exigiéndose la aceptación del imputado y de la víctima²¹⁵.

Resulta especialmente destacable la experiencia alemana en el campo de la mediación penal, regulada en el artículo 46 del Código Penal alemán, que se complementa con la Ley de 20 de diciembre de 1999 para la fijación de acuerdos compensatorios entre autores y víctimas. Como advierte ALDONEY RAMÍREZ, la mediación penal, al ser introducida en el derecho penal alemán, fue objeto de variadas y generosas críticas y, desde luego, “a primera vista parece o puede parecer una invasión en el monopolio del *ius puniendi* estatal”. Sin embargo, el autor sostiene que “tal perspectiva no resiste un segundo análisis”, ya que “sólo podrá tenerse acceso a la mediación cuando, además de concurrir el consentimiento de víctima y autor, así lo decida el Ministerio Fiscal, por lo que aunque sea de forma no directa, lo cierto es que el *ius puniendi*, permanece íntegramente bajo custodia estatal”. A mayor abundamiento, “el Ministerio Fiscal, ejerce un segundo control

²¹³ Cfr. VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio...”, op. cit., págs. 129–137.

²¹⁴ Cfr. DELMAS–MARTY, M., *Procédures Pénales d’Europe*, Paris, 1955, págs. 117 y ss. citado por VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio...”, op. cit., pág. 129 y ss.

²¹⁵ LACOSTE G., “Sistema procesal francés...”, op. cit., págs. 174–175.

sobre la actividad mediadora, puesto que concluido el proceso, el equipo de mediación emitirá un informe sobre el resultado positivo o negativo de la actividad mediadora, acompañado, en caso positivo, del acta de reparación con los acuerdos a los que hayan llegado las partes y, a su vista, el fiscal, valorando los acuerdos a los que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá, decretar el archivo por oportunidad, o proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad”. En este sentido, es remarcable el estudio estadístico elaborado por HARTMANN y STROEZEL para el Ministerio de Justicia alemán, ya que revela que la mediación penal en Alemania ha alcanzado un elevado grado de aceptación²¹⁶.

En el ámbito legislativo, la Decisión Marco del CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA de 2001, sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal, bajo la rúbrica: “Mediación penal en el marco del proceso penal”, dispone que los “Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida” (art. 10.1). La Decisión, también, declara que los “Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculgado, que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales” (art. 10.2)²¹⁷.

La ausencia de concreción del texto europeo refleja la controversia doctrinal relativa a si el alcance de la mediación debe ser universal, incluyendo todas las infracciones penales o, si por el contrario, debe tener un carácter restringido o limitado

²¹⁶ ALDONEY RAMIREZ R., “Mediación Penal y Justicia Alternativa” *Revista Penal*, núm. 15, 2005, pág 188 y ss. El autor ofrece un análisis de la mediación penal basado en los datos estadísticos aportados por HARTMANN A. y STROEZEL H, “Die Bundesweite TOA Statistik” *Bundesministerium der Justz*, Bonn, 1996, respecto de 42 proyectos de TOA [“Täter–Opfer–Ausgleich] que abarcan 1813 casos con 2296 víctimas y 2620 acusados. “Los resultados en algunos aspectos rompe con ciertos prejuicios que rondan en la literatura en torno a la utilidad y efectividad de la TOA en Alemania. Así, respecto de los delitos aptos para una TOA se constata que un 70% de los casos se refirieron a delitos violento e incluso un 12% (casos juveniles) y un 7% (casos de adultos) a crímenes”. El “estudio también destaca la buena disposición de las víctimas invitadas a una TOA, ya que un 80% se declaró favorable a la participación, lo que ni siquiera decae en caso de delitos violentos (por ej., 63% en robos). La disposición por parte de los acusados también resulta muy alta con un 93% en los casos juveniles y un 89% en la delincuencia adulta”.

²¹⁷ Vide art. 10 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

atendiendo al criterio de la menor gravedad de la infracción penal. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES afirma que “la apreciación de cuál sea el hecho delictivo concreto que ha de derivarse a mediación, se debería dejar, en primer lugar, en manos del juzgador, y a continuación, remitidas las partes a mediación, será el equipo quien tome la última decisión”²¹⁸. En este sentido, VARONA VILAR estima que no debe negarse la posibilidad de que la mediación pueda operar incluso en los delitos graves. A juicio de la autora, para determinar si ha de ser aplicable la mediación han de ser valoradas “las circunstancias de la comisión del hecho, el factor emocional, las consecuencias sobre la víctima primaria y las secundarias o derivadas, y el posible éxito de las medidas reparatorias”. En iguales términos, ESTIRADO DE CABO concluye, tras participar en la experiencia piloto en mediación penal promovida por la Fiscalía provincial de Madrid, el Juzgado de instrucción núm. 32 de Madrid y Juzgado de lo penal núm. 20, también de Madrid, que no han de ser excluidos *ab initio* de la mediación “de forma rígida y sistemática determinados tipos penales”. No obstante, el autor admite que es más viable la figura de la mediación en los tipos constitutivos de falta o delitos menos graves, que en los delitos castigados con penas más graves — donde puede ser más difícil un encuentro y diálogo entre víctima y agresor, y donde el *ius puniendi* del Estado y el interés social en la persecución del delito deja menos margen a una reducción significativa de la pena como consecuencia de una positiva mediación—²¹⁹.

Debe destacarse que el derecho comparado europeo tiende a limitar el uso de la mediación penal a las faltas y a los delitos menos graves. En este sentido, cabe señalar que el sistema criminal francés excluye su uso respecto de los delitos con penas superiores a los de tres años de prisión; en Bélgica, la mediación penal se halla limitada

²¹⁸ A mayor abundamiento, CASTILLEJO —con razón— se lamenta de que legislador español haya optado por la “filosofía del castigo” prohibiendo la mediación de los delitos de violencia de género” (art. 44.5 LO 1/2004 en relación con el art. 87 LOPJ), y “obviando voces que reclamaban otros sistemas (...) como la Recomendación n.º (98), 1, del Consejo de Europa sobre la Mediación Familiar”, Vide CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14957/2010, págs. 11–12. En el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES R. “Mediación en el ámbito familiar...”, op. cit., pág. 488.

²¹⁹ ESTIRADO DE CABO C., “Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 136, 2008, págs. 135–136.

a los delitos con penas en abstracto inferiores a los de dos años de privación de libertad y; en Alemania, la Ordenanza procesal prevé el uso de la mediación penal, solo en determinados supuestos tasados entre los que se incluyen los delitos menos graves o de pequeña delincuencia²²⁰. En España, la mediación en el ámbito penal no ha sido objeto de regulación salvo en lo concerniente a la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor que establece la facultad del Ministerio Fiscal de desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que, además, el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito²²¹. A pesar de la ausencia de regulación de la mediación penal en el sistema criminal español, han sido realizadas experiencias piloto que arrojan resultados positivos no sólo en cuanto al deseo de participación de víctima e imputado en el proceso sino, también, respecto de la tasa de éxito de la mediación²²².

Por las fiscalías y juzgados actuantes se ha diseñado un protocolo de actuación cuyas fases de mediación penal, —en esencia— son las siguientes:

1. Fase de contacto: el juez de instrucción alcanza un acuerdo con el fiscal sobre los procedimientos concretos que cabe someter a mediación. A continuación, se remite una providencia a la víctima y al imputado, para que en un plazo de 7 días respondan si desean someterse a los trámites de mediación. Si la víctima, el imputado, y su abogado, expresan una buena disposición inicial hacia la mediación, ello se pondrá en conocimiento del Servicio de mediación para el inicio de los trámites.
2. Fase de acogida: el mediador se entrevista individualmente con cada una de las partes en conflicto y, si considera que el resultado es positivo, da inicio a la fase de encuentro dialogado.

²²⁰ Cfr. VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio...”, op. cit., págs. 129–137. Vide, particularmente, § 153 StPO.

²²¹ Art. 19 de la L. O. 5/2000 de 12 de enero reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

²²² Cfr. RÍOS MARTÍN J.C., *La mediación civil y penal. Un año de experiencia...* op. cit., págs 169 y ss. También, JIMÉNEZ–SALINAS COLOMER E., *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1999, págs. 18 y ss.

3. Fase de encuentro dialogado: consiste en una entrevista simultánea con ambas partes en presencia del mediador.
4. Fase de acuerdo: si las partes alcanzan una decisión común, el acuerdo se redacta y se incorpora a las actuaciones judiciales. El fiscal formulará acusación o, en su caso, instará el sobreseimiento de las actuaciones, sin sujeción al acuerdo alcanzado. Podrá aplicar la circunstancia atenuante de reparación del daño (art. 21.5ª del CP).
5. Fase de comparecencia de conformidad y juicio: opera como una conformidad ordinaria.
6. Fase de ejecución: la condena a la responsabilidad civil formará parte del acuerdo.
7. Fase de seguimiento²²³.

Resulta preciso advertir que, en el derecho español, la regulación actual de la institución de la acusación popular podría dificultar la plena integración de la mediación penal en nuestro Ordenamiento. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES advierte que la “existencia de la acusación popular perjudica la introducción de mecanismos de Justicia reparadora” ya que “a través de éstos se busca la consecución de acuerdos entre víctima y victimario, que permitirían la terminación anticipada del proceso, siempre y cuando el Ministerio Fiscal aceptara dicho acuerdo como consecuencia del principio de oportunidad en el proceso” de forma que “la intervención de la acusación popular podría impedir la terminación del proceso por acuerdo entre víctima y victimario, siendo éste aceptado por el Ministerio Fiscal si aquél decide presentar la acusación y seguir con el procedimiento”²²⁴.

En definitiva, a raíz de la decisión marco del Consejo de la Unión Europea antes referida, se van dando tímidos pasos por la doctrina y por el resto de operadores jurídicos del sistema criminal español, hacia la implantación de la institución de la mediación penal, sin bien, tal acercamiento no ha cuajado todavía en una modificación la legislación procesal. En este sentido, cabe recordar que el Anteproyecto español de Código Procesal Penal de 27 de julio de 2011, quiso introducir en el derecho patrio la

²²³ Cfr. RÍOS MARTÍN J. C., “Conclusiones del curso la mediación civil y penal...”, op. cit., págs. 182 y ss. Vide VARONA VILAR S., “Mediación penal: un instrumento...”, op. cit., págs. 30–32. Vide VERGER GRAU J., “Una modalidad alternativa al ejercicio...”, op. cit., págs. 143–149.

²²⁴ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14954/2010, pág. 11.

mediación en el proceso penal y, a tal efecto, dispuso en su artículo que 158 que el Ministerio Fiscal, según las circunstancias del hecho, del infractor, y de la víctima, podría, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación.

2.3.2. LA ACEPCIÓN POSITIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD DEL FISCAL

Se insiste en el presente trabajo en la doble conceptualización normativa del principio de legalidad del Ministerio Fiscal (art 124.1 CE y art. 6 EOMF), sobre la base de que aquél contiene una primera acepción negativa —que ha sido ya tratada— como excluyente o limitador del principio de oportunidad o discrecionalidad, y una segunda acepción positiva, como garante o protector del recto ejercicio de las funciones constitucionales del fiscal actuante frente a los ataques a su imparcialidad que pudieran provenir del Gobierno o de la superioridad jerárquica interna.

La acepción positiva del principio de legalidad tiene como misión constituirse en garantía de la imparcialidad fiscal. Idealmente, el principio de legalidad ha de coadyuvar con el principio de imparcialidad para rechazar toda pretensión de doblegar la recta voluntad del fiscal actuante frente al Gobierno, a la jerarquía fiscal o, incluso, frente a los espurios intereses que provengan de la contaminación del propio fiscal actuante.

La fuerza del principio de legalidad del Ministerio Fiscal en su acepción positiva no goza de la misma naturaleza que el principio judicial de sometimiento a la ley. La diferencia subyace en el hecho de que la independencia judicial se halla garantizada por razón del exclusivo sometimiento a la ley (art. 117.1 de la CE y arts. 12–14 de la LOPJ). El fiscal, por el contrario, no solo se halla sometido a la ley sino que, también, se encuentra sujeto al principio de dependencia jerárquica por lo que la fuerza del principio de legalidad como protector de la imparcialidad fiscal es inferior a la fuerza del principio de sometimiento exclusivo a la ley como protector de la imparcialidad judicial (art. 124.2 CE).

La segunda faceta o acepción positiva del principio de legalidad encuentra su fin en garantizar el carácter técnico–imparcial del fiscal, que le lleva a defender la

legalidad, ora sea acusando, ora sea defendiendo, sin otro objetivo que la defensa de la ley. Este aspecto de la legalidad ya fue recogido en los antecedentes históricos de la Institución. Recuérdese, en este sentido, el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835, que al referirse a los fiscales, estatuye:

“Si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y el castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia; de respetar o procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro modo interesadas, y de no tratar nunca a éstas sino como sea conforme a la verdad y la Justicia”²²⁵.

Con exactitud, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ se refieren, precisamente, a esta particular acepción de la legalidad, afirmando que “por el principio de legalidad, como dispone el art. 6 del EOMF, éste ha de actuar sujetándose a lo dispuesto en la CE, en las leyes y en el resto del ordenamiento jurídico, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente promovidas, de acuerdo con lo que dispongan las leyes. El MF ha de actuar pues como defensor de la legalidad, ajustándose escrupulosamente a lo exigido por el ordenamiento jurídico, que tanto supone actuar en la posición actora cuanto en la posición de parte pasiva, en función de los requerimientos de este principio de legalidad para cada caso concreto”²²⁶.

Sin riesgo de error, puede afirmarse que no ha sido labor sencilla conquistar el nivel de autonomía del acusador público que conduce a garantizar, —o que al menos, pretende garantizar— el derecho de los ciudadanos a no sufrir imputaciones o acusaciones inmerecidas, que encuentra su cauce natural en el debido respeto institucional al derecho a la presunción de inocencia. Asombra leer la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Bases de la Ley del Código Penal de 1970 —destáquese que no llegó a entrar en vigor—, que declara que, “ante el mínimo indicio de delito, el

²²⁵ Aprobada por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835 y publicada en la Gaceta de Madrid, núm. 282, de 5 de octubre de 1835.

²²⁶ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V y CORTÉS DOMÍNGUEZ V, *Introducción al derecho procesal...* op. cit., doc. electro., págs. 169-170

fiscal deducirá su pretensión acusatoria, teniendo ante los ojos, no su criterio personal, sino la posibilidad de una distinta valoración por el Tribunal, y por ello mantendrá la acusación o llevará su tesis acusatoria al máximo” y que prosigue, en el mismo *sin sentido*, afirmando, que “lo que la ley quiere de ellos es que actúen dialécticamente, no aproximándose al papel del Tribunal, de manera que ante su tesis, la defensa plantee su antítesis y el Tribunal verifique la síntesis”²²⁷. Esta concepción del fiscal es radicalmente rechazable²²⁸.

La figura del representante del Ministerio Público entendida como parte del procedimiento que ejercita la función de acusador de forma ciega con exclusión de toda valoración técnica, ha de ser desterrada como algo que repugna al Estado democrático de Derecho. Igualmente, debe desterrarse la perniciosa concepción aristotélica que concibe la figura del juez como una especie de “Justicia animada” ante quien se revela la verdad²²⁹.

El respeto a la libertad y a la integridad de los ciudadanos exige que el fiscal deseche *ab initio* la formulación de toda acusación que no se base en indicios sólidos y fundados tanto de la comisión de un delito, cuanto de que el imputado es responsable del mismo²³⁰. Ello es debido, en primer término, como afirma GÓMEZ ORBANEJA, a “la gravedad de los intereses de la persona a que afecta el proceso penal (libertad, honor, libre disposición patrimonial)” que “llevan al legislador a configurarlo de forma notablemente distinta al proceso civil”²³¹.

En segundo lugar, la necesidad de fomentar la imparcialidad *ex ante* del fiscal encuentra su razón en el meritado fin de evitar el efecto estigmatizador de la imputación o acusación indebida o errónea²³².

²²⁷ Texto adoptado por el Pleno de la Comisión el 10 de junio de 1970, Base décimo sexta.

²²⁸ Cfr. MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...*, op. cit. pág. 124.

²²⁹ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V. También, D’AQUINO T., SANTO, *Summa Theologiae*, Secunda Secundae, cuestión 67, artículo 3.

²³⁰ Vide Capítulo II del presente trabajo, sobre lesión de los derechos fundamentales en el sistema adversarial.

²³¹ GÓMEZ ORBANEJA, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo I, Barcelona, 1947, pág. 35, citado por ORTEGO PÉREZ F., “El juicio de acusación y la proyectada reforma de la Ley Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 69, año 2003, pág. 238.

²³² Cfr. TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Auto de 14 de noviembre de 1996.

El significado de la acepción positiva del Ministerio Fiscal, también ha sido explicado desde la perspectiva del principio de imparcialidad. En este sentido, MORENO CATENA afirma que el Estado acusa a través del Ministerio Fiscal, y que “esta función está sometida al principio de legalidad y no de oportunidad, lo que no impide que, dado el principio de imparcialidad, que caracteriza la actuación del Ministerio Fiscal, pueda éste no solo no acusar y, por tanto, no interponer querrela aunque así se le solicite, sino no mantener la acusación y pedir el sobreseimiento o, incluso, pedir la absolución en el juicio oral”²³³.

El principio de legalidad en su acepción positiva, ha de servir al fin de salvaguardar la imparcialidad fiscal, particularmente, en el ejercicio de las funciones que a continuación se examinan.

2.3.2.1. Respecto de la función del Ministerio Fiscal de velar por la independencia de los Tribunales

Conviene aquí recordar el primer caso documentado de juicio a un miembro del Ejecutivo por injerencia en la Administración de Justicia. Marcus Tullius Cicero, contemporáneo del Cesar, e ilustre jurista y político romano, alcanzó la fama cuando le fue otorgado el consulado de Roma en el año 63 antes de Cristo. Ello no obstante, el nombre de Cicerón ya era afamado desde su primera gran victoria en el Foro de Justicia en el año 70 a. C donde acusó, en nombre del pueblo siciliano, a Gaius Licinius Verres, antiguo gobernador de Sicilia, de graves corrupciones durante su mandato y, con tal autoridad sostuvo la acusación, que el mismo Verres, aconsejado por su abogado el gran Hortensio, decidió tras la primera intervención de Cicerón, exiliarse voluntariamente a Marsella²³⁴. Verres entre otras corrupciones, y a lo que aquí interesa, vulneró el ahora

²³³ MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Derecho procesal...* op. cit., pág. 136.

²³⁴ No existía acusación pública en la época republicana en Roma, ya que existía un sistema acusatorio puro. Por lo demás, es francamente conocido, que iniciado el juicio del tribunal del jurado, —compuesto únicamente por senadores— contra Gaius Licinus Verres, éste se exilio, a fin de evitar males mayores, concluida la primera alegación o intervención inicial de Cicero. Esta forma procesal recuerda sin duda a la recogida en nuestra Ley patria del Tribunal del Jurado (L.O. 5/1995), en cuyo artículo 45 se dispone bajo el subtítulo de “Alegaciones previas de las partes al Jurado” que “el juicio comenzará mediante la lectura por el Secretario de los escritos de calificación. Seguidamente el Magistrado—presidente abrirá un turno de intervención

conocido como principio de independencia judicial, dictando un edicto, dice Cicerón: “por el cual había sometido a su voluntad a todos los juicios: Si alguien hubiese sentenciado injustamente, el pretor conocerá de la causa, y después de conocer, le castigará severamente”. Procediendo así Verres, nadie dudaba que al ver un juez que su sentencia iba a ser juzgada por otro, se creería próximo a un riesgo de una acusación capital y, por tanto, al sentenciar haría la voluntad de aquél que inmediatamente iba a ser el árbitro de su existencia”²³⁵. Sirva este ejemplo para entender la razón por la que las legislaciones modernas, en los países democráticos, buscan medios para asegurar la independencia judicial respecto del poder político, del propio poder judicial y de cualquier tercero.

En el ordenamiento jurídico español, la garantía de la independencia judicial ostenta rango constitucional. A tal fin garantista se encamina la Carta Magna al establecer que la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE). Las reglas básicas de protección de tal independencia, se contienen en la Ley orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, que dispone que “en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial, y que los superiores no podrán “corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren Justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan, ni tampoco podrán los órganos de gobierno de los tribunales o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional” (art. 12 LOPJ).

Por su parte, el artículo 13 del mismo cuerpo legal, extiende a todas las personas la obligación constitucionalmente declarada, de garantizar el principio de la

de las partes para que expongan al Jurado las alegaciones que estimen convenientes a fin de explicar el contenido de sus respectivas calificaciones y la finalidad de la prueba que han propuesto”.

²³⁵ Cfr. CICERO M. T., *El proceso de Verres. De su pretura en Sicilia*, año 70 a. C.

independencia judicial, al declarar que todos están obligados a respetar la independencia de los jueces y magistrados.

Y, el artículo 14, completa la trilogía de preceptos relativos a la independencia judicial contenidos en la precitada Ley orgánica del Poder Judicial, estableciendo la guía de actuación para el juzgador que se sienta amenazado en su independencia: los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al juez o tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la Justicia y restaurar el orden jurídico”. Y, el “Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial”.

La obligación que se impone al Ministerio Fiscal de promover las acciones pertinentes en defensa de tal independencia es una consecuencia necesaria del apartado primero del artículo 124 de la Constitución, que establece que es misión del Ministerio Público velar por la independencia de los tribunales, y ello significa no sólo que el Ministerio Fiscal se encuentra obligado a velar por ataques externos a la independencia sino, también, que debe velar por los ataques que se produzcan desde el propio juzgador a su propia independencia. Esta función constitucional se deslinda, en primer término, en una activa participación en los procesos de abstención y recusación del artículo 219 de la ya repetida Ley orgánica del Poder Judicial y, en segundo término, en el ejercicio de acciones penales en los supuestos de actuaciones de prevaricación, cohecho y otras actuaciones contra la Administración de Justicia de los tipos contenidos los artículos 446 y siguientes del Título XX del Libro segundo del Código Penal.

Ha de prestarse particular atención al aspecto positivo del principio de legalidad en relación con su poder —potencial o real— de garantizar que el MF sea capaz de cumplir con su función constitucional de velar por la independencia judicial, ya que, —obvio es afirmarlo— el modo de designación judicial del FGE (art. 124.4 CE), en conjunción con el principio de dependencia jerárquica de la Institución (art. 124.2 CE) puede crear dudas razonables —por su proximidad al Gobierno— que avalen el

supuesto de que el fiscal no goza de la independencia necesaria para poder actuar como garante de la independencia judicial.

En este sentido, FUENTES destaca que, si bien podría pensarse la función que tiene encomendada al Ministerio Fiscal referida a la obligación de velar por la independencia de juzgados y tribunales no debe concederse a un órgano dependiente del ejecutivo, cabe entender que “la sumisión al principio de legalidad anulará este argumento por cuanto lógicamente legitima al Ministerio Fiscal a desobedecer las órdenes ilegales del Gobierno”²³⁶. La doctrina no es pacífica en este punto, entendiendo la corriente más judicialista que el aspecto positivo del principio de legalidad del Ministerio Fiscal no goza de fuerza suficiente para detener las espurias acometidas gubernamentales a la independencia judicial, con lo que se justifica la petición de una mayor independencia orgánica de éste respecto del Gobierno. Dentro de la corriente judicialista, CONDE–PUMPIDO FERREIRO señala que “si el fiscal dependiera del Ejecutivo no podría cumplir con el imperativo constitucional de velar por la independencia de los tribunales cuando los ataques a esa independencia provinieran del Gobierno, que es, precisamente, por el carácter activo y expansivo, de ese Poder, la hipótesis más previsible”²³⁷.

2.3.2.2. Respetto del ejercicio de la política criminal del Gobierno²³⁸

En adición a lo anterior, el aspecto positivo del principio de legalidad del Ministerio Fiscal es, precisamente, el que permite conjugar la necesaria relación del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público para que éste pueda ejecutar la política criminal diseñada por aquel, filtrándola a través del principio de legalidad y, consecuentemente, vetándola si no se adecúa a la legalidad. En este sentido, FLORES PRADA afirma que “uno de los rasgos que identifican la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal es su condición de filtro de la legalidad de la política criminal”²³⁹. En el mismo sentido, MARTÍN PASTOR señala que “con la investigación fiscal se

²³⁶ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*, Madrid, 2003, pág. 19.

²³⁷ CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...op. cit.*, pág. 54.

²³⁸ La ejecución de la política criminal del Gobierno por el fiscal, es tratada en el Apartado cuarto del presente Capítulo I.

²³⁹ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal... op. cit.*, pág. 531. Id., págs., 317–320.

garantiza que la política criminal se ajuste a la ley, ya que el MF sólo puede actuar respetando la ley”²⁴⁰.

2.3.2.3. Respeto de instrucciones *ad intra* en el Ministerio Fiscal²⁴¹

El principio de legalidad no solo sirve de instrumento al principio de imparcialidad en la relación entre el Ministerio Fiscal y el Gobierno sino, también, en las relaciones intra jerárquicas del individuo fiscal con la jefatura de la Institución.

Conocido es el derecho del Fiscal General del Estado a impartir instrucciones a los miembros del MF, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos y las análogas facultades conferidas a los fiscales superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los fiscales jefes de su ámbito territorial y, a ambos, respecto del resto de representantes del Ministerio Público (art. 25 EOMF).

El fiscal que recibiere una instrucción que considere contraria a las leyes se lo hará saber así, mediante informe razonado, a su fiscal jefe. Y éste, si no considera satisfactorias las razones alegadas, planteará la cuestión a la Junta de Fiscales y, una vez que ésta se manifieste, resolverá definitivamente reconsiderándola o ratificándola. Si la orden fuere dada por el Fiscal General del Estado, éste resolverá oyendo a la Junta de Fiscales de Sala. Si el superior se ratificase en sus instrucciones lo hará por escrito razonado con la expresa relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento o bien encomendará a otro fiscal el despacho del asunto a que se refiera (art. 27 EOMF).

Constituye el principio de legalidad, por tanto, una frontera contra potenciales instrucciones jerárquicas que lesionen el Ordenamiento Jurídico. Es cierto, sin embargo, que la oposición a una instrucción por razón de su ilicitud por el fiscal actuante o, incluso, por la propia Junta de Fiscales, no anula la orden o instrucción; por lo que ha de

²⁴⁰ MARTÍN PASTOR J., “La reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista general de Derecho procesal*, núm. 14, 2001, doc. electro., pág. 30.

²⁴¹ El cumplimiento de las instrucciones en el ámbito del Ministerio Fiscal es tratado en profundidad en el Apartado cuarto del presente Capítulo I.

admitirse que nos hallamos, en estos supuestos, ante una frontera a la parcialidad, fácilmente franqueable por la superioridad jerárquica. El legislador ha querido conferir al principio de dependencia jerárquica una posición privilegiada respecto del principio de legalidad acentuando con ello, la posibilidad de control de la Institución por manos gubernamentales y limitando, consecuentemente, el significado del principio de legalidad del MF como compañero del principio de imparcialidad. Es censurable, en este caso, la avariciosa mente del legislador con la que prima —en abstracto— el control gubernamental de la acusación pública en detrimento de los criterios democráticos y de las garantías de defensa de la legalidad; principalmente en los supuestos —si hubiere alguno— de oposición de la Junta por mayoría absoluta o, de otro modo, cualificada, a la instrucción cuestionada por ilicitud, teniéndose en consideración que cada resolución de la Junta representa la decisión colegiada de todos los fiscales.

Por otro lado, resulta insuficiente la posibilidad —a criterio de la jefatura— de sustitución del fiscal actuante cuando éste considere ilícita la instrucción, o, alternativamente, la continuación por el fiscal impugnante del conocimiento del asunto con la mera relevación de las responsabilidades que pudieran derivarse de su cumplimiento. Resulta más acorde con la sujeción de cada individuo fiscal al principio de legalidad que, cada fiscal, ostentase el derecho a ser sustituido en los supuestos en los que entendiere que la instrucción particular recibida es contraria a la ley que son, precisamente, los términos indicados en la Recomendación del año 2000 del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal, que dispone que “en el caso que una instrucción le parezca ilegal o contraria a su conciencia, un procedimiento interno adecuado deberá permitir su sustitución”²⁴².

2.4. EL FISCAL COMO PROMOTOR DE LA DEFENSA DE LA LEGALIDAD

En adición a las acepciones negativa y positiva del principio de legalidad del Ministerio Fiscal, cabe hacer referencia a una tercera acepción del concepto de legalidad en su vertiente funcional, que pone su acento en la promoción de la defensa o

²⁴² Recomendación 2000 (19) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, Secc. núm. 10.

promoción de la legalidad. En este sentido, en ocasiones, la doctrina ha puesto de manifiesto que el principio de legalidad ha de ser también referido a la misión constitucional del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad.

Parte de la doctrina, sostiene que existe una conexión ente función y principio. Y, en este sentido, CONDE PUMPIDO FERREIRO advierte que “este doble carácter esencial de la legalidad, como principio rector y como finalidad a cumplir, singulariza la posición constitucional del Fiscal, destacándolo de todos los poderes públicos, en cuanto, si bien unos y otros están sometidos al imperio de la ley, el Ministerio Fiscal es el único órgano que aparece construido en la Constitución, para el mantenimiento y defensa de la legalidad, que se constituye en el fundamento de la Justicia, propugnada en el artículo 1.1 como valor superior, junto a la libertad, la igualdad y el pluralismo político”²⁴³.

En análogo sentido, MARCHENA GÓMEZ señala que “la descripción constitucional que del Ministerio Fiscal hace el artículo 124 evidencia un deseo del legislador constituyente orientado hacia la clara determinación de que solo la defensa de la legalidad justifica el fin y proporciona el medio en cualquier actuación del Ministerio Fiscal en el desarrollo de sus cometidos”²⁴⁴.

A pesar de la similitud sintáctica entre el principio de legalidad (en sus acepciones negativa y positiva) y la función de defensa de la legalidad del Ministerio Fiscal y, no obstante la relación percibida entre estos conceptos jurídicos por los meritados autores anteriores, ha de afirmarse que —*stricto sensu*— la acción de promover la Justicia en defensa de la legalidad no se halla configurada por el apartado primero del art. 124 del texto constitucional —reproducido por el del art. 1 de la Ley 50/1981 reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal— como principio rector de la Institución sino que, por el contrario, tal función de defensa de la legalidad no es principio sino, exclusivamente, misión del Ministerio Público español, sin que esa circunstancia —en puridad— guarde, o haya de guardar relación objetiva con el contenido constitucional de sus principios rectores.

²⁴³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 76.

²⁴⁴ MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 124.

La función del Ministerio Fiscal como promotor de la Ley constituye un elemento legitimador del fiscal, que goza de mayor trascendencia cuanto menor sea el grado de dependencia del Ministerio Público del Poder Ejecutivo y, por tanto, menor fuerza posea su fuente de legitimación democrática a través del Gobierno. En este sentido, FUENTES afirma que la estructuración del Ministerio Fiscal como defensor de la Ley parte de la comprensión de que éste se halla “sometido al más estricto principio de legalidad, del que obtiene su legitimación. Su misión es la de velar por el cumplimiento y defensa de la legalidad y, en tal sentido, necesariamente habrá de ser imparcial”²⁴⁵.



²⁴⁵ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...*op. cit., págs. 278–279. Vide, también, DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar...*op. cit., pág. 18.

3. EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

En la historia de la legislación positiva española, la más exacta formulación de la debida imparcialidad del Ministerio Fiscal se halla contenida en el artículo 107 del Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria de 1.835, en el que se dispone:

“Empero todos los fiscales y promotores—fiscales deberán siempre tener muy presente que su ministerio, aunque severo, debe ser tan justo e imparcial como la ley en cuyo nombre le ejercen; y que si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y el castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia; de respetar o procurar que se respeten los legítimos derechos de las personas particulares procesadas, demandadas o de cualquier otro modo interesadas, y de no tratar nunca a éstas sino como sea conforme a la verdad y la Justicia”²⁴⁶.

El Reglamento se imbuye de la imparcialidad que defiende y, en su artículo 78, establece que “los fiscales podrán votar como jueces en los negocios [causas judiciales] en las que no sean parte, cuando para determinarlos no hubiere suficiente número de ministros [magistrados de tribunales colegiados]”.

²⁴⁶ Reglamento Provisional para la administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción ordinaria, aprobado por Real Decreto de 26 de septiembre de 1835. Su artículo 107 se halla contenido dentro del Capítulo IV, intitulado “De los fiscales y de los promotores—fiscales”.

Es preciso destacar, que la declarada imparcialidad se garantiza funcionalmente por el Reglamento, dentro de una estructura orgánica jerárquica tanto *ad intra* cuanto *ad extra*. Así, el promotor fiscal goza de independencia de opinión en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que el fiscal superior pueda —y aún deba— excitar al promotor fiscal al cumplimiento de las mismas. Se regula, por tanto, un Ministerio Fiscal organizado en forma jerárquica en el orden orgánico e independiente —al estar sometido únicamente a las leyes— en el orden funcional.

Esta regulación se concreta en el artículo 105 del Reglamento Provisional, que dispone que los promotores fiscales se hallan bajo “las inmediatas órdenes y dirección de los fiscales de la respectiva Audiencia para todo lo que sea defender la Real jurisdicción ordinaria o promover la persecución y castigo de los delitos públicos y la pronta y cabal administración de Justicia: salva siempre la independencia de opinión que los mencionados promotores, como únicos responsables de sus actos, en las causas que despachen, deben tener respecto a estos para no pedir ni proponer, sino lo que ellos mismos conceptúen arreglado a las leyes”.

Para garantizar la imparcialidad del fiscal —en su vertiente objetiva—, el artículo 101 del Reglamento establece que los fiscales “no se mezclarán en los negocios civiles que solo interesan a personas particulares”²⁴⁷.

Sin embargo, *de facto*, debe ser relativizado el valor real de la declaración de imparcialidad del Reglamento y, desde luego, ha de ser tildada de relevante la circunstancia de que, a pesar del tenor literal de la declaración de imparcialidad en él contenida, —en la práctica— el legislador, con el fin de evitar la dispersión de criterios jurídicos, pronto aprobó el Real Decreto de 26 de abril de 1844 con el objetivo de limitar la imparcialidad funcional del fiscal y de fortalecer los lazos de dependencia jerárquica²⁴⁸. No obstante, por Real Decreto de 16 de marzo de 1886, se sustrajeron al

²⁴⁷ Cfr. BACIGALUPO, E., *El debido proceso*, op.cit. pág. 94. Señala el autor que “en la actualidad, con apoyo de la jurisprudencia del TEDH, se suele distinguir entre imparcialidad objetiva, determinada por la concurrencia de causas de incompatibilidad establecidas por la ley e imparcialidad subjetiva, constituida por sentimientos espacialmente adversos del juez a alguna de las partes”.

²⁴⁸ Cfr. MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...op. cit.*, pág. 124. El autor afirma que “se suele señalar el Reglamento Provisional de 1835 como el cuerpo normativo que instituyó de

Ministerio Fiscal las funciones de defensa de los intereses de la Hacienda del Estado, otorgándose las al nuevo cuerpo de la Abogacía del Estado, que se constituye como una institución absolutamente dependiente; lo que permite, que pueda de nuevo aspirarse a que el Ministerio Público se constituya en un órgano ajeno a intromisiones partidistas.

La imparcialidad del Ministerio Fiscal queda desvanecida por La Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870, que encomienda a los fiscales la función de servir de medio de comunicación entre la Judicatura y el Gobierno. En concreto, a través de su artículo 763, dispone que el Ministerio Fiscal “velará por la observancia de esta ley y de las demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial”. A mayor abundamiento, la Ley provisional de de 15 de septiembre 1870 —que se constituye en un auténtico Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal— dispone en su artículo 820 que el Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de las Audiencias podrán ser separados libremente por el Gobierno, si bien, cuando la separación fuese sin causa fundada en actos u omisiones en el ejercicio de su cargo, serán atendidos para darles colocación en la magistratura. Con acierto, señala CONDE-PUMPIDO FERREIRO que, con esta Ley, el Ministerio Fiscal queda constituido como “una prolongación del Ejecutivo en sede Jurisdiccional, conforme al modelo napoleónico”²⁴⁹.

manera diáfana los principios de legalidad e imparcialidad como filtro de actuación del Ministerio Público (...) sin embargo, se ha puesto de manifiesto como el Reglamento Provisional dista mucho de la consideración del fiscal como un órgano de las características que hoy lo definen”. En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ M., “Ministerio Fiscal”, *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, XVI, Barcelona, 1978, pág. 403. También, GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “El fiscal en los inicios del constitucionalismo español”, *Revista de derecho político*, núm. 83, 2012, págs. 350–351. La autora afirma que el fiscal compatibiliza “las funciones de defensa del patrimonio real y las inherentes a la función de defensa del interés público a través de la persecución de los delitos” y que el “Reglamento de 1835 establece que [los fiscales] serán los “encargados de promover la persecución y castigo de los delitos que perjudican a la sociedad”, y también, que serán «los defensores de la causa pública y de la real jurisdicción ordinaria” (art. 101)”, y por ello, “queda habilitado para “solicitar la retención de las bulas, breves y rescriptos apostólicos atentatorios contra las regalías de S. M.”.

²⁴⁹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 33.

El Estatuto del Ministerio Fiscal promulgado por Real Decreto de 21 de junio de 1926, reproduce literalmente en su artículo primero las funciones del Ministerio Público recogidas en el artículo 763 —antes transcrito— de la Ley de 1870 y, adiciona, que ejercerá su misión “procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden público y la satisfacción de la paz social”. Lo cierto es que la redacción del Estatuto no dejó satisfechos a quienes perseguían el nacimiento de la figura del fiscal imparcial²⁵⁰.

En 1929, ALCALÁ–ZAMORA afirma que el Ministerio Fiscal “queda lejos de estar por completo desligado del Gobierno; continua siendo el medio de comunicación y el agente del Ejecutivo en sus relaciones judiciales”. El autor, al tiempo que critica el Estatuto aprobado, defiende un Ministerio Público cuyas funciones queden limitadas a lo que constituye su esencia, a saber:

“Vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre administración de Justicia, proteger jurídicamente a los indefensos y desvalidos, y ejercitar la acción penal, con todas aquellas atribuciones secundarias que sirvan para el mejor cumplimiento de las primeras. Solo así se conseguirá que la institución sea lo que deber ser: representante del interés social, del Estado si se quiere, pero tomada la palabra en su acepción plena, no como sinónimo de administración y mucho menos de Gobierno”²⁵¹.

Ese camino indicado es el seguido por la Constitución española de 1931. No debe haber duda de que la declaración de la imparcialidad del Ministerio Fiscal contenida en el artículo 104 de la Carta Magna de 1931, constituye un hito histórico en la regulación de la Institución. El precepto, dispone:

²⁵⁰ Reproduzco por su interés el art. 1 del Estatuto promulgado por Real Decreto de 21 de junio de 1926: “el Ministerio Fiscal tiene por misión esencial velar por la observancia de las leyes y demás que se refieran a la organización de los Juzgados y Tribunales; promoverá la acción de la justicia en cuanto concierne al interés público, y tendrá la representación del Gobierno en sus relaciones con el Poder judicial procurando siempre imparcialmente el mantenimiento del orden público y la satisfacción de la paz social.

²⁵¹ ALCALÁ–ZAMORA y TORRES N., “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1929, pág. 519 y ss., citado por FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 197–198.

“El Ministerio Fiscal velará por el exacto cumplimiento de las leyes y por el interés social. Constituirá un solo cuerpo y tendrá las mismas garantías de independencia que la Administración de Justicia”.

Comparto con CONDE-PUMPIDO FERREIRO que los elementos característicos del precepto constitucional se hallan constituidos por el silencio sobre el carácter de órgano de representación del Gobierno, por la atribución de la función al fiscal de velar por la legalidad, y por el tratamiento de sus garantías de independencia en paridad de con las judiciales²⁵².

Como amargamente pone de manifiesto en la Memoria de la FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA de 1932, no resultó posible aplicar el articulado de la Constitución de 1931 a través de las leyes y demás disposiciones normativas heredadas de la Constitución de 1876. La realidad quedó constreñida a que, debido a los acontecimientos históricos del momento, el precepto constitucional estudiado no llegó a tener desarrollo legislativo y, como consecuencia de ello, el Ministerio Público siguió rigiéndose por el Estatuto de 21 de junio de 1926, que había sido dictado durante la dictadura de Primo de Rivera²⁵³.

A pesar de la ausencia de aplicación práctica, FLORES PRADA, con razón, señala que el artículo 104 debe inscribirse dentro de “una radical transformación del Ministerio Fiscal”²⁵⁴. Y, a mayor abundamiento, el autor sostiene que nuestro precepto constitucional pudo, posiblemente, servir de modelo al artículo 107 de la Constitución italiana de 1948.

La Ley orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 supone la consumación de la concepción del Ministerio Fiscal como una mera herramienta del Gobierno en los

²⁵² CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 34.

²⁵³ Cfr. Memoria de FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA G., Madrid, 1932, Apartado I, intitulado “Dificultades”, pág. 9. La Memoria afirma que “lograda la actual estructuración política del país, al ser decretada y sancionada la Constitución de la República española en 9 de diciembre de 1931, era obvio que, para los efectos de la administración de la justicia, había de surgir el complicado problema de dispensarla, hasta que se hiciesen las nuevas, con las leyes orgánicas y complementarias de la Constitución monárquica de 1876 que en modo alguno pueden aplicarse a las normas políticas y sociales estatuidas por la Constitución republicana.”

²⁵⁴ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 196-197.

Tribunales. La Ley omite toda referencia a la imparcialidad del Ministerio Público, y lo vuelve a calificar de “órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia” que ejerce sus funciones “por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica”²⁵⁵. La Ley consagra el retroceso del principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal a una situación anterior a los avances iniciados desde la promulgación del Reglamento Provisional de 1835.

El artículo 35 de la Ley Orgánica del Estado de 1967, encontró su desarrollo legislativo en el Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969 que —como ya se ha tenido la oportunidad de reseñar— todavía conserva su vigencia en tanto su articulado no contradiga al Estatuto de 1981²⁵⁶.

El Estatuto de 1969 no contiene en su articulado la palabra “imparcialidad”. Por lo demás, para advertir la tácita declaración del *principio de parcialidad* con el que el Reglamento desnaturaliza al Ministerio Fiscal, baste recordar su artículo 86.2, que dispone:

“El Ministro de Justicia podrá dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo orden escrita o verbal, en caso de urgencia, respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados en los que, conforme a las funciones que le son propias, deba intervenir el Ministerio Fiscal. El Fiscal del Tribunal Supremo cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes conforme a las Leyes”.

En cuanto a los antecedentes preconstitucionales posteriores, debe prestarse una atención relativa a la Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de la

²⁵⁵ Reproduzco por su interés el art. 35 de Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967: “I. El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, tiene por misión promover la acción de la Justicia en defensa de los intereses públicos tutelados por la ley y procurar ante los Juzgados y Tribunales el mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social. II. Las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal se ejercerán por medio de sus órganos, ordenados conforme a los principios de unidad y dependencia jerárquica.

²⁵⁶ Disposición Final II de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

Justicia²⁵⁷—dictada con el fin de sustituir a la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870—, en la que se dispone, que la actuación del Ministerio Fiscal ha de producirse con imparcialidad²⁵⁸. La Ley provisional confía al Ministerio Fiscal su propio gobierno, que será ejercido por el Fiscal del Reino, el Consejo Fiscal y los Fiscales Territoriales y Provinciales²⁵⁹.

Ha de ser destacada, en primer término, la declaración de la Ley respecto del sometimiento de las funciones fiscales al principio de imparcialidad y, en segundo lugar, la declaración formal de independencia orgánica del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno. Sin embargo, —obvio es anunciarlo— la pretendida independencia orgánica no constituye sino una mera declaración retórica de intenciones, inconsistente con el resto del articulado. En este sentido, resulta sorprendente que la Memoria de la FISCALÍA DEL REINO de 1978 afirme —aparentemente sin ironía— que: “por primera vez aparece en la legislación española que al Ministerio Fiscal se le confíe su propio gobierno; por primera vez desaparece la dependencia orgánica del Ministerio de Justicia”²⁶⁰. Lo cierto es que la Ley de Bases, declara que el Gobierno designará y separará libremente y sin causa al Fiscal del Reino, por lo que resulta ilusoria la pretensión de imparcialidad e independencia con la que se quiso impregnar el articulado de la Ley y, un tanto artificial, la idea de configurar a un Ministerio Fiscal proclamado orgánicamente independiente que ha de ser gobernado por un Fiscal del Reino absolutamente dependiente del Poder Ejecutivo²⁶¹.

²⁵⁷ Fue aprobada como Ley 42 de 28 de noviembre de 1974, de Bases orgánica de la Justicia y, después, derogada en su mayor parte, (Ley de derogación, BOE de 23/02/1978).

²⁵⁸ Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de la Justicia, Base XV: “Del Ministerio Fiscal”, núm. 72.1.: “El Ministerio Fiscal, órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, ejerce sus funciones por medio de órganos propios, ordenados conforme a principios de unidad y dependencia jerárquica y con sujeción a los de legalidad o imparcialidad”.

²⁵⁹ Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de la Justicia, Base XV “del Ministerio Fiscal”, núm. 73.1.: “El gobierno propio del Ministerio Fiscal corresponderá al Fiscal del Reino, al Consejo Fiscal y a los Fiscales de los Tribunales Centrales, Territoriales y Provinciales”.

²⁶⁰ Memoria del FISCALÍA DEL REINO, Madrid, 1978, pág. 23.

²⁶¹ Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de la Justicia, Base XV “del Ministerio Fiscal”, núm. 73.2.: “El Fiscal del Reino será nombrado y separado libremente por el Gobierno, a propuesta del Ministro de Justicia, entre juristas españoles de reconocido prestigio”.

3.1.1. EL LEGISLADOR CONSTITUYENTE Y EL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

Como ya se ha puesto de manifiesto en el Apartado segundo de este Capítulo, el artículo 124.2 de la Constitución de 1978, por el que se proclama la sujeción —en todo caso— del Ministerio Fiscal al principio de imparcialidad, no fue esencialmente modificado durante su tramitación parlamentaria. Sin embargo, sí debe destacarse que el Anteproyecto, en su origen incluía en el apartado segundo del artículo 114 (hoy apartado segundo del artículo 124 de la Constitución), la sempiterna calificación del Ministerio Fiscal como “órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de Justicia”, que fue eliminada en virtud de la Enmienda 695 del grupo Comunista en el Congreso, que es estudiada en el Apartado cuarto del presente Capítulo²⁶².

La declaración constitucional de imparcialidad contenida en el artículo 124.2 de la CE no puede ser calificada de mera expresión retórica; no obstante —en puridad— no cabe negar que la imparcialidad proclamada queda empañada de forma significativa por la regulación del procedimiento de designación de Fiscal General del Estado dispuesto en el artículo 124.4 de la CE, por el que se establece que el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.

Destáquese a favor del Anteproyecto constitucional, que —en su precepto número 114.4— dispuso una fórmula más garantista del principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal, de la que la que finalmente resultó aprobada tras su tramitación parlamentaria. En su origen, el Anteproyecto estipuló que “el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se hará en la forma establecida para el presidente de dicho Tribunal”.

A pesar de que el sistema constitucional de designación del presidente del Tribunal Supremo a través de los vocales del Consejo General del Poder Judicial, no puede ser calificado de imparcial por la ambigüedad del proceso de designación

²⁶² Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, Sesión de 5 de enero de 1978, págs. 669 y ss.

regulado en el artículo 122.3 de la CE respecto de las 12 plazas de vocales reservadas para jueces y magistrados y, por el componente político del que arranca el proceso para la designación de las 8 plazas restantes; no debe haber duda, de que es preferible esta designación semiparlamentaria de los vocales del CGPJ, que la gubernamental pura reservada al Fiscal General del Estado ya que, el primer sistema —regulado en el artículo 122.3 de la CE— permite, ser desarrollado por una normativa con carácter de ley orgánica que garantice la imparcialidad de la designación²⁶³.

Por el contrario, el segundo sistema —regulado en el artículo 124.4 de la CE— ancla de forma absoluta la designación de Fiscal General a la parcialidad gubernamental. El sistema constitucional de designación del Fiscal General permite que el Gobierno desarrolle la política criminal a través de una persona de confianza; pero al mismo tiempo, impide, que pueda confiarse —de forma razonable— en la existencia de un Ministerio Fiscal imparcial.

El grupo Alianza Popular, postuló una Enmienda por la que propuso la supresión íntegra del artículo 114 del Anteproyecto, por entender que la regulación del Ministerio Fiscal no debería contenerse en la Constitución, sino que el cauce idóneo para contener su normativa regulatoria se encuentra en la legislación ordinaria²⁶⁴.

El grupo parlamentario Socialista redactó una Enmienda por la que propuso, respecto del art. 114.2, el mantenimiento del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de la Justicia y, la extensión de sus funciones a las de órgano de relación con las Cortes y, respecto del art. 114.4, no interesó modificación alguna. En parecido sentido, el grupo Socialistes de Catalunya²⁶⁵ propuso el mantenimiento del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y la administración de Justicia y, además, su ampliación a órgano de relación entre las Cortes Generales y la administración de Justicia.

²⁶³ Vide arts. 122 y 123 de la CE.

²⁶⁴ Enmienda núm. 2. Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios...* op. cit., Vol. 1 pág. 127.

²⁶⁵ Enmienda 297. Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios...* op. cit., Vol. 1, pág. 260. Vide la justificación de la enmienda por el diputado MARTIN TOVAL E., Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3123.

El grupo parlamentario Mixto formalizó una Enmienda por la que interesó, respecto del art. 114.4, intercalar la expresión: “se renovará cada 5 años”²⁶⁶.

El grupo Minoría Catalana propuso, como redacción alternativa al art. 114.2, la supresión del inciso primero relativo al establecimiento del Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de Justicia²⁶⁷. En justificación de su Enmienda, el grupo catalán sostuvo que “la teoría y doctrina moderna no conciben al Ministerio Fiscal como un órgano de comunicación”, por lo que entendió necesario enmendar lo que fue expresamente calificado de “despropósito”. En el mismo sentido, se posicionó el grupo Comunista y, en justificación de su Enmienda, afirmó que: “el Ministerio Fiscal debe abandonar toda dependencia gubernamental para que pueda cumplir su auténtica función de vigilancia del interés público”²⁶⁸.

El primer inciso del artículo 114.2 del Anteproyecto (hoy 124.2 de la CE), por el que se dispuso que el Ministerio Fiscal es un órgano de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de Justicia, fue suprimido en su integridad por el Proyecto constitucional al ser aprobada la Enmienda propuesta por el grupo Comunista.

Por lo que respecta a la integral mutación acontecida en el artículo 114.4 (hoy 124.4 de la CE), ésta fue articulada —sin modificación posterior salvo el cambio de denominación de Fiscal del Tribunal Supremo por el de Fiscal General del Estado—, desde el momento en que el Anteproyecto se convirtió en Proyecto, permutando la designación del Fiscal General del Estado con iguales criterios que los previstos para el Presidente del Tribunal Supremo, por la actual fórmula que consiste en designación gubernamental pura, endulzada con una comparecencia de compromiso no vinculante ante el CGPJ²⁶⁹. Esta curiosa fórmula que consiste en buscar la legitimación del Ministerio Público en comparecencias ante órganos no responsables de las acciones

²⁶⁶ Enmienda núm. Vol. 1 592. Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios...* op. cit., Vol. 1 pág. 347.

²⁶⁷ Enmienda núm. 167. Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios...* op. cit., Vol. 1 pág. 216.

²⁶⁸ Enmienda núm. 695 (19). Cfr. SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios...* op. cit., Vol. 1 pág. 422.

²⁶⁹ Vide Boletín Oficial de las Cortes, Sesión de 1 de julio de 1978.

del MF, hoy ha sido ampliada —por medio de la reforma operada en el Estatuto de 1981 por la Ley 24/2007— a una segunda comparecencia de compromiso no vinculante ante la Comisión de Justicia de Consejo de los Diputados (art. 29 EOMF).

La modificación del precepto se inició por una Enmienda *in voice* pronunciada por el grupo Unión de Centro Democrático que postuló la sustitución del texto del apartado 4 del artículo 114 del Anteproyecto, por el texto actual art. 124.2 de la Carta Magna, que dispone que “el Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”²⁷⁰.

La Enmienda fue defendida, en el Congreso, por el diputado CISNEROS LABORDA sobre la base de tres motivos; a saber, en primer lugar, afirmando que si fuera aprobado el texto del Anteproyecto, el Fiscal General del Reino acabaría siendo designado por un órgano —El Consejo General del Poder Judicial— entre cuyos vocales no ha de haber necesariamente fiscales; como segundo argumento, sostuvo que la designación del Fiscal del Reino por el Consejo Judicial impediría que aquél pudiera velar adecuadamente por la independencia de los Tribunales, ya que su comportamiento se hallaría condicionado por la magistratura a la que debe controlar y; en tercer término, sustentó su oposición a la designación a cargo del Poder Judicial del Fiscal General, sobre la comprensión de que el Gobierno no puede ser ajeno a la designación del FGE, “ya que resultaría que el Consejo de Ministros, su Presidente, los Ministros habrían de ir al juzgado más próximo, o al juzgado de guardia en las horas nocturnas para perseguir esa actuación (sic) del interés social”²⁷¹.

La fundamentación del Grupo parlamentario, no puede ocultar que la pretensión seguida con tal acumulación de diversos razonamientos —sin perjuicio de revelar oscuridad conceptual— tuvo como fin principal justificar el deseo del Poder Ejecutivo de controlar a los miembros del Ministerio Fiscal a través de la designación de su jefatura jerárquica. La percepción de la doctrina sobre la mixtura de conceptos argumentales vertida en la comparecencia es, ciertamente negativa. Cabe significar, que

²⁷⁰ Esta enmienda *in voice* sustituye a la enmienda ordinaria núm. 779 por la que se proponía la supresión íntegra del apartado cuarto del art. 114.

²⁷¹ CISNEROS LABORDA G., Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3124.

MARCHENA GÓMEZ, ha afirmado que “las palabras de Cisneros Laborda, portavoz del grupo parlamentario entonces en mayoría, reflejan que la confusión conceptual y la falta de diseño estructural del instituto, habrían de desembocar, necesariamente, en un precepto adjetivable de conglomerado yuxtapuesto de contenidos, en ocasiones, tautológicos”²⁷². Y, en el mismo sentido, FLORES PRADA advierte que “de ahí surge la contradicción entre el apartado segundo y el cuarto” del artículo 124 de la CE²⁷³.

Desde luego, conviene recordar las palabras que, en respuesta a la Enmienda de Cisneros Laborda, que pronunció PECES–BARBA MARTÍNEZ en el Congreso de los Diputados para oponerse a la designación gubernamental: “para nosotros la elección del Fiscal del Tribunal Supremo tenía su sitio a través de una elección por tres quintos del Congreso de los Diputados. Pero una vez que ese tema ha pasado y no ha sido posible, entendemos nosotros, que es mucho más razonable que el nombramiento del Fiscal del Tribunal Supremo se haga de la misma forma que la del Presidente del Tribunal”²⁷⁴.

Es difícil no dejarse seducir por las bienintencionadas palabras de Peces–Barba cuando sostiene que el sistema idóneo de nombramiento de Fiscal General del Estado es el parlamentario y, es cierto, que los diputados constituyentes desperdiciaron por espurios motivos la oportunidad de configurar un Ministerio Fiscal sobre la base del nombramiento parlamentario del Fiscal General del Estado.

Respecto de la tramitación en el Senado, no debe perderse en el olvido la Enmienda anecdótica —por lo improbable de su éxito— al tiempo que congruente con el proclamado principio de imparcialidad, por la que se propuso la ampliación del lacónico texto del artículo 114.3 del Anteproyecto (hoy 124.3 de la CE), con el fin de garantizar constitucionalmente *ex ante*, la protección del fiscal que, —en contra del criterio de la superioridad— ante un uso indebido del principio de dependencia jerárquica, quisiera persistir en el ejercicio imparcial de sus funciones. La postulación de la Enmienda fue llevada a efecto como voto particular por el senador VILLAR ARREGUI del grupo parlamentario Progresistas y Socialistas independientes, y se

²⁷² MARCHENA GÓMEZ M., en *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 106.

²⁷³ FLORES PRADA I., en *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 238.

²⁷⁴ PECES–BARBA MARTÍNEZ G. en representación del grupo Socialista, Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3125.

propuso con el siguiente texto: “la ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal y garantizará a sus funcionarios que no podrán ser separados, suspendidos, trasladados, ni jubilados excepto por las causas y con las garantías que el estatuto establezca”²⁷⁵. Se pretendió, por tanto, articular constitucionalmente una reserva de ley con idéntico fin y contenido que la reserva de ley judicial prevista en el artículo 117.2 del la CE. La Enmienda fue retirada por su proponente, al advertir que ésta no gozaba de apoyo suficiente para su aprobación.

3.2. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD DEL MINISTERIO FISCAL

La tramitación parlamentaria del vigente de la Ley reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 30 de diciembre de 1981, en relación con el principio de imparcialidad, ha de ser calificada de ejemplar. Ello, evidentemente, no se debe a la criticable redacción del artículo 7 de la Ley, que se corresponde en sus líneas esenciales con el artículo 6.1 del Anteproyecto, cuyo estudio es objeto del siguiente apartado, sin perjuicio de que, su contenido —por confuso— resulte ciertamente irrelevante. El acierto de la Ley, desde luego, tampoco trae causa en el sistema regulatorio de las sanciones disciplinarias que por su número y vaguedad tipológica²⁷⁶, permite imaginar que tal sistema disciplinario ha sido creado *ad hoc* para poder someter al fiscal imparcial a un control jerárquico de parcialidad²⁷⁷.

²⁷⁵ Enmienda del grupo parlamentario Progresistas y Socialistas independientes del Senado, núm. 79 (voto particular, núm. 352), Boletín Oficial de las Cortes, núm. 157, Sesión de 6 de octubre de 1978, pág. 3494. La defensa de la enmienda por el senador VILLAR ARREGUI y la oposición a la misma por el senador VALVERDE MAZUELAS del grupo Unión del Centro Democrático se halla recogida en Boletín Oficial de las Cortes, núm. 63, Sesión de 30 de septiembre de 1978, pág. 3170–3172.

²⁷⁶ Vide artículos 46 y 61–70 del Estatuto orgánico de 1981.

²⁷⁷ Vide. AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Contencioso–Administrativo, Sec. III, Sentencia de 1 de octubre de 2013, ponente: MÉNDEZ CANSECO, J. F. La Sentencia declara nula de pleno derecho —por vulneración del principio de legalidad reconocido en el artículo 25 de la Constitución Española—, la resolución del Secretario de Estado de Justicia de 25 de marzo de 2013, dada por delegación del Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, oído el Consejo Fiscal, por la que se impuso la primera sanción —democracia mediante— de separación de servicio a un fiscal de carrera por vulneración del art. 27 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal en relación con la disposición adicional primera de Ley orgánica del Poder Judicial.

El tratamiento legislativo de la imparcialidad por el Estatuto ha sido calificado de ejemplar exclusivamente por razón de la radical transformación que —en trámite parlamentario— sufrió el artículo 6.2 del Anteproyecto, hasta convertirse en el artículo 8 de la Ley. El precitado apartado segundo del Anteproyecto, en su párrafo primero, señalaba originariamente que “el Ministerio Fiscal promoverá ante los tribunales las acciones que el Gobierno interese del Fiscal General del Estado, en atención al interés público” y, en su párrafo segundo, disponía que “cuando aprecie la inviabilidad o ilicitud jurídica de las acciones interesadas por el Gobierno, lo expondrá así a éste en forma razonada y se procederá con arreglo a Derecho”. La formulación de este precepto pre-legislativo delata una concepción parcial e interesada del Ministerio Público, ya que, si el Ministerio Fiscal hubiera sido obligado a ejercitar todas las acciones que le encomendara el Gobierno que es un ente —en esencia— parcial, (sin perjuicio del deber de actuar con objetividad administrativa por mor del artículo 103 de la Constitución), el Ministerio Fiscal se hubiera convertido, irremediabilmente, en un órgano títere del Gobierno, y absolutamente parcial, a semejanza de la Abogacía del Estado.

De la vigorosa oposición efectuada en el Congreso de las Diputados a la redacción original del artículo 6.2 del Anteproyecto, cabe destacar la Enmienda del grupo Coalición Democrática, proponiendo la sustitución de la expresión: “con arreglo a Derecho” por la expresión: “se abstendrá en todo caso”, con objeto de primar la legalidad y la imparcialidad sobre la mera dependencia gubernamental²⁷⁸. En el mismo sentido, también debe destacarse, la motivación de la Enmienda a la totalidad del Anteproyecto, suscrita por el grupo Comunista, que —haciéndose eco de la exótica afirmación de Cisneros Laborda en sede constituyente—, afirma: “desprovisto [el Gobierno] del Ministerio Fiscal, no es necesario, como se ha dicho, que el Gobierno o los Ministros se trasladen al juzgado de guardia, para realizar sus intereses en la política social o legislativa [ya que] para ello, disponen del cuerpo de Abogados de Estado que, motivados por los criterios de oportunidad política que inspiren al Gobierno, pueden actuar pronta y eficazmente, por razón de su inmediata relación funcional con las dependencias ministeriales”²⁷⁹.

²⁷⁸ Enmienda núm. 4. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 46.

²⁷⁹ Enmienda núm. 21, Cfr. *Ibidem*, pág. 51. En el mismo sentido, Vide enmienda del grupo Comunista núm. 33 (12), Cfr. *Ibidem* pág. 57. Esta enmienda propone añadir un nuevo artículo 8 bis con el siguiente texto: “cuando el Gobierno de Estado o los órganos de gobierno

Finalizado el trámite parlamentario, la redacción del art. 8 del Estatuto orgánico declara al Gobierno facultado —sin poder coercitivo— a interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los tribunales actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público y, éste, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, se sólo se encuentra obligado a resolver sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y a exponer su resolución al Gobierno de forma razonada. La transformación del precepto desde el Anteproyecto hasta la aprobación de la Ley, —en este concreto aspecto— fue radical, impidiéndose así la pervivencia de la inicial configuración servilista del Ministerio Fiscal, que ahogaba el principio de imparcialidad inundándolo con una regulación manifiestamente parcial, que hubiera abocado a la Institución a constituirse en la voz del Gobierno en los tribunales de Justicia.

3.3. EXIGENCIAS PARA UN FISCAL IMPARCIAL SEGÚN LA ACTUAL LEGISLACIÓN

El artículo 7 del Estatuto orgánico de 1981 estatuye, que “por el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados”. El legislador integra en el mismo artículo tres conceptos —imparcialidad, objetividad e independencia— que no son sinónimos ni identificables, por lo que arroja sombras en vez de claridad y no cumple su cometido de desarrollar legislativamente el principio constitucional de imparcialidad.

Se configura, por tanto, como un precepto carente de utilidad que solo aporta confusión al desarrollo del principio constitucional de imparcialidad. En primer lugar, el precepto yerra al tildar de independiente la actuación Ministerio Fiscal; ya que tal afirmación resulta difícilmente conciliable con el artículo 124.2 de la Constitución, que proclama que el Ministerio Fiscal es jerárquicamente dependiente. En segundo término, el artículo declara que la actuación Ministerio Fiscal será plenamente objetiva. La objetividad constituye una parte de la imparcialidad, pero no el todo. No son conceptos

de las Comunidades Autónomas, soliciten la actuación del Ministerio Fiscal en defensa del interés público, lo harán al Fiscal general del Estado, quien dará cuenta al Consejo Fiscal, que resolverá lo procedente, ajustándose en todo caso al principio de legalidad. Cualquiera que sea el acuerdo adoptado, se dará cuenta del mismo a quien haya formulado la solicitud”. En similar sentido, Vide enmienda núm. 97 del Grupo Andalucista, Cfr. *Ibíd.*, pág. 76. También, Vide enmienda núm. 163 y 164 del Grupo Socialista, Cfr. *Ibíd.*, pág. 98–99.

identificables o sustituibles, debido a que toda imparcialidad exige objetividad, pero no toda objetividad es imparcial.

Para apreciar la diferencia entre la objetividad administrativa y la imparcialidad del fiscal, se hace preciso comparar la declaración que la Carta Magna efectúa en su artículo 103.1, en la que proclama que “la administración sirve con objetividad los intereses generales y la actuación ordinaria de los servicios jurídicos de las administraciones”, con la actuación —*de facto*— de los servicios jurídicos adscritos estatutariamente a las diversas administraciones. En este sentido y, a pesar de la declaración de objetividad administrativa, no cabe imaginar que un abogado del Estado o un letrado de una Comunidad Autónoma o de un Ayuntamiento, o un letrado del Instituto general de la Seguridad Social, pueda modificar sustancialmente, en atención a las pruebas practicadas en juicio, sus peticiones o conclusiones iniciales favorables a su representado o defendido o pedir que se condene —en beneficio de la parte adversa—, al Estado, o a la Comunidad Autónoma, o al Ayuntamiento o al Instituto general de la Seguridad Social a la que representa; de hecho, sostener postulados imparciales que sean contrarios al interés de parte manifestado por la institución pública representada o defendida, constituye una conducta que, en puridad, ha de ser calificada de defensa desleal, por lo que de tal conducta pudiera derivarse en la incoación de un expediente para la exacción de responsabilidad del funcionario que pretendió ser imparcial.

En el extremo contrario, la figura del fiscal no representa ni defiende a los interesados, imputados, víctimas o litigantes en los expedientes o procesos judiciales en los que interviene. Lo connatural al fiscal es perseguir, en el ejercicio de sus funciones, —sin distinción de procesos o jurisdicciones— la realización de la Justicia mediante una actuación imparcial que no solo permite, sino que exige, que el fiscal decida, dictamine e informe, sin atender a los diversos intereses de los intervinientes o partes. En definitiva, no cabe sino afirmar que constituye un error identificar objetividad administrativa con imparcialidad del fiscal²⁸⁰.

²⁸⁰ No obstante los argumentos expuestos, es cierto que algún autor ha llegado a equiparar objetividad o neutralidad administrativa con el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal. En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ A.M., en *Ministerio Fiscal: principios...* op. cit., pág. 131, señala que “hubiese sido mucho más apropiado reservar la imparcialidad para el Poder Judicial, y utilizar otros conceptos más apropiados para los funcionarios públicos, como el de objetividad

Resultando cierto que —Administración pública y fiscal— comparten la necesidad de ser objetivos en el ejercicio de sus funciones públicas, éste, a diferencia de las diversas representaciones y defensas vinculadas estatutariamente a las instituciones públicas es, además, esencialmente imparcial. Puede decirse, que la objetividad actúa como un límite negativo infranqueable en la actuación de cualquier fiscal en cualquier Estado de Derecho y, por ello, la Guía sobre la función de los fiscales elaborada bajo los auspicios de NACIONES UNIDAS declara que éstos, en el ejercicio de sus funciones, “deberán proteger el interés público, actuar con objetividad, tener en cuenta la posición del sospechoso y de la víctima, y prestar atención a todas las circunstancias relevantes, con independencia de que resulten favorables o desfavorables al sospecho”²⁸¹. Sin embargo, el principio de imparcialidad con el que la Constitución ha cualificado la actuación del fiscal, supera al concepto de objetividad, constituyéndose en una auténtica exigencia de actuación cuasijudicial, que solamente puede garantizarse otorgando al acusador público un Estatuto que satisfaga su necesidad de ser excluido y protegido frente a toda pretensión de agresión a su imparcialidad, acorde con los parámetros que han de ser exigidos en los sistemas criminales más avanzados en el respeto del derecho de los ciudadanos al debido proceso.

En este sentido, con razón, LÓPEZ AGUILAR sostiene que el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal se descompone, por un lado, en objetividad o promoción objetiva de la legalidad ante los tribunales, que se configura como la acción de atender o primar *ex officio* el interés general defendido por la ley y, por otro, en imparcialidad, que califica la cualidad *metapartes* del fiscal que le sitúa ajeno, tanto a las posiciones sostenidas por las partes, como al propio órgano encargado de instruir o de juzgar²⁸².

o neutralidad, que hubieran servido para los mismos fines que el de imparcialidad sin ninguno de sus inconvenientes”.

²⁸¹ Guidelines on the Role of Prosecutors, CONGRESS ON THE PREVENTION OF CRIME AND THE TREATMENT OF OFFENDERS, ONU, La Habana, 1990, artículo 13.b, (traducción del autor). Texto original: “in the performance of their duties, prosecutors shall protect the public interest, act with objectivity, take proper account of the position of the suspect and the victim, and pay attention to all relevant circumstances, irrespective of whether they are to the advantage or disadvantage of the suspect”.

²⁸² Cfr. LÓPEZ AGUILAR J. F., *La justicia...* op.cit., págs. 180–181. La cualidad *metapartes* del fiscal —advierte el autor— no puede ser identificada con la cualidad *suprapartes* del juez.

Del devenir de los postulados formulados hace que se desprenda la necesidad de determinar la extensión y los límites del contenido del principio de imparcialidad del fiscal y, para ello, un punto de partida idóneo lo constituye el estudio de la naturaleza de la imparcialidad judicial. El TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, a través de una copiosa jurisprudencia expresada —entre otras— en las sentencias: *Piersack* de 1 de octubre de 1982, *De Cubber* de 26 de octubre de 1984, *Ben Yaacotib* de 7 de mayo de 1985, *Hauschildt* de 24 de mayo de 1989, *Langborger* de 22 de julio de 1989, *Kristinsson* de 1 de marzo de 1990, *Oberschlick* de 23 de mayo de 1991, *Borgers* de 30 de octubre de 1991 y *Pfeifer* de 25 de febrero de 1992, ha ido configurando los aspectos objetivos y subjetivos de la imparcialidad judicial. Sobre el desarrollo de esta doctrina, BACIGALUPO afirma, que en la actualidad, suele distinguirse entre imparcialidad objetiva, determinada por la concurrencia de causas de incompatibilidad establecidas en la ley e imparcialidad subjetiva, constituida por sentimientos internos especialmente adversos del juez. El autor clasifica las causas objetivas en los siguientes grupos: a) relaciones familiares con la víctima, b) las relaciones familiares con el acusado, c) la participación en la causa en fases anteriores al juicio en las que el juez ya se formó preconcepto de la culpabilidad y, d) circunstancias que demuestren objetivamente una pérdida de imparcialidad tales como enemistad o interés del juez en el resultado de la causa²⁸³.

En este mismo sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL declaró en 1999 que, conforme a la jurisprudencia del TEDH, el concepto de imparcialidad “se caracteriza por distinguir dos perspectivas —subjetiva y objetiva—, desde las que valorar si el juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial [Sentencias del TEDH dictadas en los casos *Piersack* y *De Cubber* (...)] La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al

²⁸³ Cfr. BACIGALUPO E., *El debido proceso...op.cit.*, págs. 93–95.

respecto (caso Hauschildt) (...) por lo que se refiere a la actividad procesal, y más concretamente, a la desarrollada en el proceso penal, este Tribunal ha establecido ya como reglas constitucionalmente exigidas las que afirman la incompatibilidad entre las funciones de fallo y las de previa acusación o de auxilio a la acusación”²⁸⁴.

En el derecho español vigente, las causas legales que obligan a abstenerse de un asunto judicial son básicamente las mismas para jueces y fiscales. El art. 217 de la Ley orgánica del Poder Judicial establece que el juez o magistrado en quien concurra alguna de los motivos establecidos legalmente, se abstendrá del conocimiento del asunto sin esperar a que se le recuse; y el art. 96 de la LECrim, dispone que los fiscales se abstendrán de intervenir en los actos judiciales cuando concurra en ellos alguna de las causas señaladas legalmente. Los motivos de abstención —aplicables a jueces y fiscales— se hallan enumerados en el art. 219 de la Ley orgánica del Poder Judicial. Cuando a pesar de concurrir alguno de esos motivos, el juez no se abstenga, podrá ser recusado con arreglo al procedimiento previsto. A pesar de que no se prevé que pueda ser recusado el fiscal que no se abstenga, el art. 99 de la LECrim establece que, cuando no se excusare a pesar de comprenderle alguna de las causas de abstención, podrán los que se consideren agraviados acudir en queja al superior inmediato. Éste oirá al

²⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 162/1999, de 27 de septiembre de 1999, FD 5°. Ponente: VIVES ANTÓN, T. Vide respecto de la imparcialidad judicial: TC, Pleno, Sentencia núm. 145/1988, de 12 de julio, ponente: LATORRE SEGURA A., TC Sentencia núm. 11/1989, de 24 de enero, ponente: VEGA BENAYAS C., TC Sentencia núm. 151/1991, de 8 de julio, Ponente: TOMÁS Y VALIENTE, F. Respecto de la separación de acusación y decisión: TC, Sentencia núm. 54/1985, de 18 de abril, ponente: ESCUDERO DEL CORRAL, A., TC, Pleno, Sentencia núm. 56/1994, de 24 de febrero, ponente: GABALDÓN LÓPEZ, J., TC, Sentencia núm. 225/1988, de 22 de diciembre, ponente: TRUYOL SERRA, A. Respecto de las facultades de instrucción y las de enjuiciamiento: TC Sentencia núm. 164/1988, de 26 de septiembre, ponente: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., TC Sentencia núm. 132/1997, de 15 de julio, ponente: GIMENO SENDRA, V. Respecto de la imparcialidad del tribunal cuando, en un pleito anterior, se ha pronunciado sobre los hechos debatidos: TC Sentencia núm. 206/94, de 11 de julio, ponente: DE LA VEGA BENAYAS C. También, TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, caso Delcourt contra Bélgica, Sentencia de 17 de enero de 1970, recurso: núm. 2689/1965, TEDH caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, recurso: núm. 8692/1979, TEDH caso De Cubber contra Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984, recurso: núm. 9186/1980, TEDH caso Ferrantelli y Santagelo contra Italia, Sentencia de 7 de julio de 1996, recurso: núm. 19874/1992, TEDH caso Worm contra Austria, Sentencia de 29 de agosto de 1997, recurso: núm. 22714/1993, TEDH caso Castillo Algar contra España, Sentencia de 28 de octubre de 1998, recurso: núm. 28194/1995.

subordinado que hubiese sido objeto de la queja y, encontrándola fundada, decidirá su sustitución. Si no la encontrare fundada, podrá acordar que intervenga en el proceso, sin que contra esta determinación quepa recurso alguno. A mayor abundamiento, el art. 62.8 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal define como falta grave la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas, sancionable de conformidad con el art. 66.2, con la suspensión, traslado forzoso o separación del fiscal.

Debe destacarse, que el régimen de prohibiciones e incompatibilidades de los miembros del Ministerio Fiscal se halla regulado, tanto en el art. 127 de la CE, que dispone que los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos; cuanto en los arts. 389 a 395 de la Ley orgánica del Poder Judicial y en los arts. 55 a 59 de la Ley reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Público, donde se diseña un amplio catálogo de prohibiciones e incompatibilidades que ha sido regulado para procurar —con reglas igualitarias para las dos Carreras— la imparcialidad objetiva de jueces y fiscales, por lo que puede afirmarse, que la imparcialidad de los representantes del Ministerio Fiscal español —en lo referente a prohibiciones e incompatibilidades— se encuentra garantizada en igualdad de términos a la judicial.

A mayor abundamiento, y a fin de garantizar la exclusión de ataques por las Autoridades administrativas a la imparcialidad fiscal, el art. 55 del Estatuto —a semejanza de lo establecido por el art. 399 de la Ley orgánica del Poder Judicial respecto de los jueces— dispone que ningún miembro del Ministerio Fiscal podrá ser obligado a comparecer personalmente, por razón de su cargo o función, ante las Autoridades administrativas, sin perjuicio de los deberes de auxilio o asistencia entre autoridades y que tampoco podrá recibir ningún fiscal órdenes o indicaciones relativas al modo de cumplir sus funciones más que de sus superiores jerárquicos.

En adición a ello, para impedir intromisiones externas, el art. 56 otorga a los fiscales inmunidad contra las detenciones —en parecidos términos a la inmunidad judicial regulada en el art. 398 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, al disponer que los miembros de la Carrera fiscal en activo no podrán ser detenidos sin autorización del superior jerárquico de quien dependan, excepto por orden de la autoridad judicial

competente o en caso de flagrante delito, en cuyo caso, se pondrá inmediatamente el detenido a disposición de la autoridad judicial más próxima, dándose cuenta en el acto a su superior jerárquico.

La Justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico y, la dignidad humana, como derecho inviolable de la persona —también del acusado— impiden que pueda ser compartida la idea de un fiscal ausente de neutralidad (art. 1.1 y 10.1 CE). La garantía de imparcialidad objetiva —prohibiciones e incompatibilidades— ha de concurrir siempre en el fiscal; no puede obviarse ni olvidarse, que la imagen de un fiscal parcial que persigue la condena por encima de la equidad, repugna a la Sociedad democrática y a la idea de Justicia y, a mayor abundamiento, constituye la llave idónea para obtener el dictado de condenas erróneas²⁸⁵. El fiscal —igual que el juez— ha de ser escrupulosamente imparcial, tanto subjetiva como objetivamente, si bien el requisito de imparcialidad subjetiva goza de un carácter menos intenso en el acusador público que en el decisor, lo que permite que pueda participar en la instrucción y en la acusación, si bien, no resulta, ciertamente, recomendable. En definitiva, ha de afirmarse que el fiscal nunca debe perseguir la condena sino la verdad. Por ello, la Recomendación 2000 (19) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal, dispone que “el fiscal deberá actuar equitativa, imparcial y objetivamente”²⁸⁶.

La distinción entre elemento subjetivo y objetivo de la imparcialidad, trae causa en la tradicional concepción del proceso civil como disputa entre partes adversas²⁸⁷, que impide encajar con naturalidad que los Estados democráticos en el siglo XXI no alberguen interés en el resultado del proceso penal distinto a la realización de la Justicia, sin perjuicio, de que ello conduzca a la condena o a la absolución del acusado²⁸⁸.

²⁸⁵ En cuanto a la imparcialidad del fiscal, Vide ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., pág. 53. Sobre los perniciosos e indeseables efectos asociados a la ausencia de imparcialidad subjetiva en el fiscal, Vide MACFARLANE B., “Convicting the Innocent: a triple failure of the justice system”, *Manitoba law journal*, Vol. 31, pág. 439.

²⁸⁶ Recomendación 2000 (19) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, Secc. 24–a.

²⁸⁷ La mimetización del proceso penal respecto del civil, es tratada en profundidad, en el Capítulo II del presente trabajo.

²⁸⁸ Vide Capítulo III.

En segundo término, no auxilia a la realización conceptual de un fiscal neutral, la equívoca terminología seguida en la elaboración del art. 124 de la Constitución española, que simultáneamente somete al Ministerio Fiscal, en su apartado segundo, al principio de imparcialidad a pesar de declarar la ligazón gubernamental de su vértice y el establecimiento del principio de dependencia jerárquica de la Pública Institución (124.2 y .4 CE).

Por otra parte, ciertamente, resulta criticable que el art. 124 haga sólo referencia al Ministerio Público y guarde silencio sobre los miembros de la misma, que son, precisamente, los que deben ser siempre, esencialmente imparciales. La distinción entre imparcialidad objetiva y subjetiva de la imparcialidad fiscal ha de hacerse desligando Institución e individuo fiscal.

A pesar de que la legislación positiva otorga, en términos generales, iguales garantías de imparcialidad a fiscales y jueces, parte de la doctrina niega —en abstracto— que el fiscal pueda ser imparcial por razón de su condición de parte formal en el proceso. En este sentido, MONTERO AROCA, sin distinguir entre imparcialidad institucional e individual, señala que “a la hora de determinar el interés general en el caso concreto, el Ministerio Fiscal es parcial, en el sentido de que no actúa en una relación jurídica ajena, sino en relación propia, lo mismo que hace el poder ejecutivo”. El autor sostiene que “el Ministerio Fiscal es parte en los procesos en que actúa, y no puede tener la condición de tercero imparcial, que es privativa de jueces y magistrados”²⁸⁹. Frente a esta posición doctrinal, en mi opinión no cabe igualar las posiciones procesales de parte formal (la terminología de parte aquí encuentra su fundamento —formal— al mero efecto de propiciar la dialéctica del proceso) y material (la terminología de parte encuentra aquí su fundamento —material— en el interés dirigido al fin de obtener una resolución determinada conforme a la pretensión procesal que le favorece).

²⁸⁹ MONTERO AROCA J., *Derecho Jurisdiccional I*, (con GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO A. y BARONA VILAR S.), Valencia, 2013, pág. 206. En el mismo sentido LÓPEZ LÓPEZ A.M., en *Ministerio Fiscal: principios...* op. cit., pág. 131, señala que “el legislador constituyente ha empleado el término imparcialidad de forma muy poco afortunada, en especial, si tenemos en cuenta que lo hace junto a principios esencialmente incompatibles con él, como son los de unidad de actuación e independencia jerárquica”.

La posición del fiscal como parte formal en el procedimiento penal, no guarda —ni puede guardar— relación con la posición del Abogado del Estado o con la del letrado del Instituto general de la Seguridad Social, que actúan en el procedimiento penal como partes materiales en representación y por cuenta del Estado, puesto que el principio de imparcialidad del art. 124.2 de la CE, y el régimen de prohibiciones e incompatibilidades judiciales del art. 127 de la CE, solamente protegen la imparcialidad del fiscal.

Cabe advertir, que la concepción del fiscal como defensor de la legalidad, acentúa la conceptualización del éste como parte formal, en lo que han venido a denominarse *tesis judicialistas*. En este sentido, con razón, FUENTES explica que la comprensión del fiscal como defensor de la Ley, implica admitir que si bien, el fiscal, “dado que entre otras funciones tendrá la de ejercitar la acción penal”, procesalmente “habrá de ser parte”, sin embargo, no le serán aplicables todos los “calificativos que tradicionalmente se les viene atribuyendo a las partes pues, además de ser imparcial”, ostentará “en el proceso un cierto status *supra partes* que, en ocasiones, más parece recordar a la figura del juez que al resto de las partes procesales”²⁹⁰.

En lo que se refiere al Ministerio Público, si bien es un órgano con relativa autonomía funcional, no resulta posible —ni deseable— desligarlo totalmente del Poder Ejecutivo, pues éste ha de servirse de aquel para el cumplimiento de la función recogida en el art. 97 de la Constitución de dirección de la política interior que, desde luego, incluye la articulación de la política criminal del Estado; sin embargo, ello no impide que cada fiscal deba actuar en el ejercicio de sus funciones de forma absolutamente neutral. Precisamente, con el fin de garantizar el elemento objetivo de la imparcialidad del fiscal, se recoge en la legislación positiva española un haz integral de motivos de abstención, de prohibiciones y de incompatibilidades, absolutamente idéntico para jueces y fiscales.

La ausencia de contaminación subjetiva exige la interdicción del ejercicio simultáneo o sucesivo de funciones investigadoras y decisorias y, en general, la proscripción al órgano judicial que haya intervenido en una fase anterior de un

²⁹⁰ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 279.

procedimiento, de volver a actuar en una fase ulterior y decisoria del mismo, con lo que se pretende evitar una resolución o fallo injusto nacido de la contaminación subjetiva en la imparcialidad del juez o jurado originada, precisamente, por las convicciones adquiridas en su intervención anterior. El elemento subjetivo de la imparcialidad fiscal no puede ser fácilmente garantizado *a priori*. Por esta razón, GÓMEZ COLOMER niega en abstracto la neutralidad objetiva del fiscal como Institución, afirmando que “pocos se han fijado hasta ahora en la gran contradicción que existe en defender que instruya el fiscal porque así se logra una investigación no contaminada, ya que el fiscal es parte acusadora y, consecuentemente, no puede ser neutral, por lo que difícilmente podrá realizar una investigación imparcial”²⁹¹. Es razonable, que —a pesar de no ostentar potestad decisoria— si el fiscal asumiera la investigación del delito, se procurara que no concurriera en la misma persona la función de fiscal investigador con la de acusador público actuante en ulteriores fases procedimentales, particularmente en el juicio oral.

Descendiendo de lo ideal, a la realidad actual en el proceso criminal, ha de seguir afirmándose que el fiscal español es un fiscal formalmente imparcial y, no obstante, no es menos cierto, que se encuentra en permanente peligro de parcialidad material por mor de la dependencia jerárquica. La idea de construir legislativamente la figura de un fiscal simultáneamente imparcial y —funcional y orgánicamente— dependiente, supone edificar un castillo de naipes capaz de derrumbarse a la menor presión. El sistema de designación del Fiscal General del Estado y el modelo jerárquico con que la Constitución y el Estatuto han diseñado la estructura orgánica del Ministerio Fiscal no permite asegurar la impermeabilidad de la superioridad jerárquica en relación con los asuntos gubernativos. Ello es consecuencia, tanto de la interconexión del Fiscal General con el Gobierno (art. 124.4 de la CE) nacida de la designación de aquél, cuanto del sistema discrecional de designación de las jefaturas del Ministerio Fiscal²⁹².

²⁹¹ GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, *Revista Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pág. 211.

²⁹² LANZAROTE expresa de esta forma su punto de vista interno, sobre la metodología seguida en las designaciones para las jefaturas en el seno del MF español: “desde siempre no ha dejado de pesar en el ánimo de muchos, que en la mayoría de los nombramientos son criterios distintos a los de mérito y capacidad los que se tienen en cuenta a la hora de decidir por uno u otro candidato y que en aquéllos han primado más otras consideraciones de signo ideológico, partidista o de simple pertenencia a una u otra asociación profesional. Ello no supone en modo

Por ello, no cabe sino afirmar, que la plena realización del principio del fiscal imparcial exige otorgar a éste garantías de independencia frente a las jefaturas jerárquicas de las que el fiscal carece. Garantías de proscripción de las instrucciones particulares de no actuación, de la institución de la designación de fiscal determinado para causa concreta y de la avocación de las actuaciones sobre la base de la mera fuerza jerárquica.

Exige una proclamación legal que estatuya el respeto a la necesaria interconexión entre el reparto de asuntos y el concepto abstracto de fiscal predeterminado por la ley y, precisa también, que la exacción de responsabilidad disciplinaria del fiscal se lleve a efecto de forma más objetiva. En tanto que éstas —y otras garantías adicionales que más adelante se referirán— no sean acogidas por la ley, la palabra “imparcialidad” contenida en el art. 124.2 de la CE y en el artículo 7 del Estatuto, constituye —en relación a los ataques que provengan de la Superioridad jerárquica, influidos por recomendaciones políticas o por propio interés— una mera declaración retórica de intenciones²⁹³.

alguno dudar en la capacidad e idoneidad de los finalmente designados, pero no elimina la convicción de que también eran igualmente idóneos los que asimismo optaron a esos destinos y que las razones que movieron a postergarlos poco tenían que ver con el mérito, la capacidad o la idoneidad. No en vano ha sido utilizado en este terreno la expresión del reequilibrio ideológico como criterio de selección o el de la confianza personal o de su falta para justificar un nombramiento o explicar un cese profesional. E incluso no es difícil encontrar, en otros ámbitos, referencias de algunos responsables políticos a la primacía de estos criterios en el nombramiento de los cargos discrecionales del MF”, Vide LANZAROTE MARTÍNEZ P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto orgánico*, Madrid, 2008, pág. 431.

²⁹³ Vide el Apartado cuarto del presente Capítulo.

4. PRINCIPIOS ORGNICOS DEL MINISTERIO FISCAL: UNIDAD DE ACTUACIÓN Y DEPENDENCIA JERÁRQUICA

4.1. SOBRE EL TRATAMIENTO CONJUNTO DE LOS PRINCIPIOS ORGÁNICOS DEL MINISTERIO FISCAL

Es cierto, que el estudio doctrinal común de los principios de dependencia jerárquica y de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, exige su tratamiento de forma individualizada, con adecuación a la singularidad recogida en la Constitución de 1978²⁹⁴.

La disfunción sistemática que supone incurrir en el tratamiento conjunto de ambos principios orgánicos, es tributaria de mi firme convicción de que el principio de dependencia jerárquica goza de rango de principio constitucional de forma inmerecida, ya que su reconocimiento sólo se justifica en cuanto pueda servir de instrumento al servicio del principio de unidad de actuación. Este convencimiento, me obliga a apartarme de la recta sistemática que exige el tratamiento diferenciado de ambos principios orgánicos.

Es mi juicio que la dependencia jerarúca —como tal— nunca debió constitucionalizarse, ni como principio director ni, tampoco, como informador del Ministerio Fiscal. La dependencia —en sí misma— no puede ser poseedora de un significado autónomo que la individualice como principio rector. En todo caso, ha de

²⁹⁴ Vide ASECIO MELLADO J.M. *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 142–143. CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., particularmente págs. 132–136. FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 688–710.

ser advertido, que esta comprensión del significado de dependencia no me pertenece de forma original.

En 1978, durante el debate constituyente en el Congreso, el grupo parlamentario Socialista, con acierto, ya propuso la eliminación del principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal del art. 114 del Anteproyecto constitucional, justificando como motivación a su Enmienda, que “debe suprimirse la referencia a la dependencia jerárquica porque lo que se pretende con ella está comprendido en la unidad de actuación”²⁹⁵. Por su parte, el grupo parlamentario Socialistes de Catalunya, propuso una Enmienda con idéntico texto y motivación²⁹⁶.

La correcta caracterización de la de la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal es la de herramienta o instrumento que sólo se adecúa a su propia naturaleza en cuanto sirve al fin que le dota de sentido. Y su fin exclusivo, no es otro que el de coadyuvar a posibilitar la unidad de actuación fiscal, de tal forma que, en cuanto la dependencia no coopere a fomentar la unidad, carecerá de fundamento su reconocimiento y existencia. En esta hipótesis, empeño el tratamiento conjunto de ambos principios orgánicos.

A pesar de ser una afirmación nunca demostrada, no cesa de reproducirse la conducta recurrente del Poder Legislativo y del Ejecutivo de expresar —como si fuera una conclusión pacífica— la necesidad objetiva de que cada fiscal sea dependiente jerárquicamente de su superior, asumiendo que la dependencia constituye el sustento esencial y necesario del principio de unidad; de forma —se argumenta— que sin sujeción al principio de dependencia jerárquica, el Ministerio Fiscal no podría cumplir sus funciones bajo el criterio de unidad de actuación.

²⁹⁵ Enmienda núm. 442, propuesta por el grupo Socialista en el Congreso. Cfr. *Ibídem*, pág. 309. Es este sentido, FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 285, afirma que en el debate constituyente “UCD y AP sostenían una postura clásica, de inspiración francesa, en el que el Ministerio Fiscal había de ser puente de relación entre el Gobierno y los órganos de la administración de justicia”. Por el contrario, “PSOE, PCE y nacionalistas catalanes, sostenían la absoluta desvinculación del Ministerio Fiscal con el poder político”.

²⁹⁶ Enmienda núm. 297, propuesta por del grupo Socialistes de Catalunya. Cfr. *Ibídem*, pág. 260.

Ha de tenerse presente, que parte de la doctrina tradicional ha venido sosteniendo que el establecimiento del principio de dependencia jerárquica constituye un requisito necesario para hacer posible la unidad de actuación del Ministerio Fiscal sin entender preciso diferenciar entre las instrucciones generales y las particulares, ni cuestionar la utilidad de la institución de la designación y de la avocación. Dentro de esta corriente, MARCHENA GÓMEZ defiende que existe “una íntima conexión entre el principio de unidad y el de dependencia jerárquica en la medida en que este último es el instrumento indispensable para que la actuación unitaria pueda hacerse realidad”²⁹⁷. Esta estructura conceptual puede ser observada, también, en CONDE–PUMPIDO FERREIRO quien afirma que existe un “impedimento” a la independencia del fiscal que es “consecuencia de la naturaleza de las cosas” y, respecto de la unidad de actuación, —señala— que “por necesidades pragmáticas, más que jurídicas, no puede ser fragmentada abandonándola al talante de los singulares fiscales del órgano, lo que en las Fiscalías numerosas crearía una variabilidad incompatible con la más elemental eficiencia, buen sentido y, sobre todo, con la seguridad jurídica” y, a continuación, el autor asume —otorgando aparente certeza a lo que sólo es hipótesis—, que la unidad sólo puede sustentarse mediante la jerarquía, llegando a afirmar que “el jefe no puede tener una responsabilidad en orden a su eficaz labor de dirección sin un adecuado poder para la organización interna de la Fiscalía, el control de la actuación y la exigencia de la unidad de criterio de los fiscales que la integran”²⁹⁸.

El esquema argumental descrito, no distingue, por tanto, entre las instrucciones generales y las particulares. El artículo 25 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal acoge esta perspectiva conceptual, al consagrar la mixtura de generalidad e individualidad en el haz de facultades jerárquicas, permitiendo que, no sólo desde la cúpula, sino también, desde cada una de las jefaturas intermedias de la Institución, se pueda guiar la actuación del resto de fiscales mediante instrucciones sobre asuntos particulares sin otro límite que el marcado por el principio de legalidad y, aquél previsto en el precitado artículo 25 *in fine* del Estatuto de 1981, por el que se dispone que “recibida por el fiscal una orden o instrucción concerniente al servicio y al ejercicio de sus funciones, referida a asuntos específicos, deberá atenerse a las mismas en sus dictámenes”, si bien, simultáneamente, el precepto estudiado autoriza al fiscal a

²⁹⁷ MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal: su presente...* op. cit., pág. 163.

²⁹⁸ CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 81.

“desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la Justicia”²⁹⁹.

La doctrina científica más moderna, no obstante seguir postulando que es necesario que el Ministerio Público se estructure a través del principio de dependencia, admite, también, que el grado de dependencia pueda ser acotado con el fin de garantizar un mayor margen de autonomía a los fiscales. Esta comprensión, no difiere en sus fundamentos de la sostenida por FUENTES quien, si bien afirma que la existencia y reconocimiento de una estructura jerarquizada resulta “necesaria si se pretende conseguir una actuación mínimamente unitaria”, igualmente admite que, ello no obsta, “para adoptar determinadas medidas que garanticen cierto margen de autonomía funcional a cada uno de los fiscales que integran la institución”³⁰⁰. La cuestión a determinar, por tanto, queda reducida al trazado de los contornos fronterizos que permitan conjugar la independencia fiscal su unidad de actuación.

El Ministerio Fiscal, a medio camino entre la indefinición y la incomprensión, necesita una innovación conceptual valiente y congruente, que concrete el significado de los principios de unidad y de dependencia, distinguiendo a la Institución de sus fiscales y a las instrucciones generales de las particulares; con el objetivo de impedir que las funciones teóricamente imparciales de sus representantes deriven hacia actuaciones sospechosas de parcialidad *de facto*, propias del sistema adversarial.

4.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS ORGÁNICOS DEL MINISTERIO FISCAL

Los principios de dependencia jerárquica y de unidad de actuación constituyen elementos esenciales de la identidad histórica del Ministerio Fiscal. El Real Decreto de 26 de abril de 1844 se postula como la norma que, con mayor intensidad, expresa el arraigo histórico del principio de jerarquía de la Institución. En particular, destaca su

²⁹⁹ El contenido del precepto es idéntico —en esencia— al inciso segundo del artículo 33 del *Code de procédure pénale* francés que dispone que el fiscal “expondrá libremente de forma oral las observaciones que crea convenientes por el bien de la Justicia” y, ambos preceptos, en definitiva, responden al conocido adagio francés que establece que la pluma del fiscal es esclava, al tiempo que su palabra es libre.

³⁰⁰ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 288.

artículo 9, al disponer que: “en los pleitos sobre señoríos, mostrencos y cualesquiera otros en que se interese el Estado o el Real Patrimonio, los promotores fiscales y fiscales de Hacienda en su caso, no podrán proponer demanda ni contestarla sin consultar primero el dictamen de mi fiscal en la Audiencia respectiva, arreglándose puntualmente a mis instrucciones. Si no se conformasen con ellas, le dirigirán las observaciones que estimaren conducentes; y en el caso de insistir, le obedecerán cumplidamente, y salvarán su responsabilidad dando cuenta a mi Gobierno por conducto del Ministro de Gracia y Justicia, y previniéndoselo con la anticipación debida a mi fiscal”³⁰¹. Respecto del Real Decreto, MARCHENA GÓMEZ ha afirmado que, precisamente, fue la urgente necesidad de dar unidad y vigor al Ministerio Fiscal el hecho que constituye el origen del Real Decreto, que “entroniza de manera definitiva los principios de unidad y dependencia”³⁰².

Es necesario tener en consideración, que la dependencia declarada en el Real Decreto de 1844, ha de entenderse no meramente con efectos *ad intra respecto* del Ministerio Fiscal sino, también, *ad extra* respecto del Poder Ejecutivo, de forma que el Ministerio Público se estructura como una cadena que une jerárquicamente al Gobierno con cada uno de los fiscales y, a éstos, con sus auxiliares.

En este mismo sentido, la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de diciembre de 1846 dispuso que: “debe haber entre los fiscales y el Gobierno igual subordinación que la que existe entre los promotores y los fiscales a virtud de lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto de 26 de abril de 1844”.

Los principios orgánicos de dependencia y unidad se afianzan con el Real Decreto de 9 de noviembre de 1860, intitulado: “de la organización y atribuciones del Ministerio Fiscal” cuyo articulado goza de un marcado carácter jerárquico. Ello no obstante, a juicio de la FISCALÍA GENERAL DEL REINO de 1978, debe destacarse que “frente a la elusión de conceptos y al pragmatismo descriptivo y la parquedad definitoria de otras disposiciones, el Real Decreto de 1860 se anticipa en más de medio

³⁰¹ Ha de destacarse, que hasta el R.D. de 16 de marzo de 1886, las funciones de defensa de los intereses de la Hacienda del Estado, no fueron otorgadas al nuevo cuerpo de la Abogacía del Estado, nacido por escisión del Ministerio Público por Real Decreto de 10 de marzo de 1881

³⁰² Cfr. MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 37.

siglo al Estatuto de 1926”³⁰³. En su preámbulo, se ensalza el principio de dependencia jerárquica y de unidad de actuación, al disponer: “llamado el Ministerio Fiscal a defender en los tribunales el interés colectivo y social, representante de la Ley, por cuyo exacto cumplimiento ha de velar en beneficio de la Administración de Justicia, agente inmediato del Poder Supremo, a quien está confiada la tutela de los sagrados derechos, debe formar un cuerpo que, inspirándose en una sola idea y obedeciendo a un único pensamiento, transmita rápidamente su impulso desde el primer eslabón de la cadena, que arranca del Ministerio de Gracia y Justicia, hasta los agentes subalternos en toda la extensión de su escala jerárquica”.

Por su parte, La Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870, en su artículo 841, confirma la preeminencia del principio de jerarquía al establecer que el Fiscal del Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia y, a su vez, los fiscales de las Audiencias lo serán en sus respectivos distritos y los fiscales de tribunales de partido lo serán de los que ejerzan el Ministerio Fiscal en los Juzgados municipales; y en el mismo sentido, el art. 842.2º dispone que cada fiscal se arreglará a las instrucciones que sus superiores jerárquicos le comuniquen, en lo que se refiera al ejercicio del Ministerio Fiscal, si bien, —añade el apartado 4º— el fiscal podrá hacer respetuosamente a su superior jerárquico observaciones relativas a las órdenes e instrucciones que considere contrarias a las leyes o que por cualquier otro motivo sean improcedentes, pero sin que pueda separarse de ellas hasta que —en su caso— así lo ordene su superior, sin perjuicio de la facultad de éste de avocar la causa para sí o de designar otro fiscal para que sustituya al anterior en el despacho de la causa.

La férrea dependencia jerárquica que establece la Ley Provisional de 1870, se asegura materialmente con la imposición de un sistema sancionatorio por el que se faculta al Fiscal del Tribunal Supremo a corregir disciplinariamente —en los casos en que con arreglo al art. 734 ha lugar a corregir disciplinariamente a los jueces y

³⁰³ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL REINO de España, Madrid, 1978, Introducción, pág. 22.

magistrados— a todos funcionarios del Ministerio Fiscal, por resolución que, será revisable, a instancia del fiscal sancionado ante el Ministro de Gracia y Justicia³⁰⁴.

El Estatuto de 1926 confirma el principio de jerarquía del Ministerio Fiscal, limitándose a reproducir —en su artículo 42— el inciso primero del número 841 de la Ley Provisional de 1870, que dispone que “el Fiscal del Tribunal Supremo será el jefe del Ministerio Fiscal de toda la Monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia” y, en el mismo sentido, su artículo 1, que establece que el Ministerio Fiscal será el “órgano de representación del Gobierno ante el Poder Judicial”³⁰⁵.

Por su parte, el Reglamento orgánico de 28 de febrero de 1927, de desarrollo del Estatuto de 1926, incide en el carácter jerárquico de la Institución, al establecer en su artículo 74, que el Ministro de Gracia y Justicia podrá dirigirse —respecto de los asuntos genéricos y de los especialmente determinados— por Real Orden o, verbalmente, en caso de urgencia, al Fiscal del Tribunal Supremo y éste cumplirá las órdenes recibidas ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes³⁰⁶. En este

³⁰⁴ Reproduzco, por su interés, los arts. 852 a 854 de la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870.

Art. 852. “Podrán imponer correcciones disciplinarias, después de oír inestructivamente á los interesados: el Fiscal del Tribunal Supremo á todos los funcionarios del Ministerio Fiscal. Los fiscales de las Audiencias á los funcionarios del Ministerio Fiscal que sirvan á sus inmediatas órdenes, á los fiscales de Tribunales de partido y á los de Juzgados municipales”.

Art. 853. “Contra las correcciones disciplinarias impuestas por los fiscales de las Audiencias podrá recurrirse al fiscal del Tribunal Supremo.

Contra las correcciones impuestas por el fiscal del Tribunal Supremo, ya sea directamente, ya confirmando, modificando ó renovando las impuestas por los fiscales de la Audiencia, sólo se podrá recurrir al Ministerio de Gracia y Justicia”.

Art. 854. “Contra las resoluciones del Ministerio de Gracia y Justicia no habrá ulterior recurso”.

³⁰⁵ Gráficamente, MARCHENA señala que con el Estatuto de 1926 “permanece incólume la vocación del MF” como representante del Gobierno ante el Poder Judicial, Vide MARCHENA GÓMEZ M., en *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 77,

³⁰⁶ Reglamento orgánico de 28 de febrero de 1927, art. 74. “El Ministro de Gracia y Justicia podrá, respecto de asuntos genéricamente o especialmente determinados, en los que conforme a las funciones que le son propias deba intervenir el MF, excitar el celo de éste para que ejercite las acciones y cumpla los deberes que le correspondan. Al efecto, el Ministro se dirigirá de Real Orden o verbalmente en caso de urgencia, al Fiscal del Tribunal Supremo. Éste cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes con arreglo a las leyes. El Fiscal del Tribunal Supremo deberá dar al Ministro de Gracia y Justicia los informes que éste le pida respecto al

sentido, afirma MARCHENA GÓMEZ, que con el Reglamento de 1927, “la decisión acerca de la procedencia o improcedencia de entablar determinadas acciones ya viene de antemano establecida por el ente gubernamental que se vale así de una institución próxima al ámbito de los Tribunales de Justicia para extender la órbita de su influencia”³⁰⁷.

El Reglamento orgánico de 21 de febrero de 1958, reproduce —en esencia— en su artículo 86, el texto del número 74 del Reglamento de 1927, eliminando la necesidad de Real Orden para expresar la instrucción del Ministro de Gracia y Justicia.

De lo anteriormente expuesto, se desprende que el extraordinario e interesado inmovilismo legislativo en materia de dependencia jerárquica del fiscal al Gobierno perdura, sin discrepancia, desde el Real Decreto de 26 de abril de 1844 hasta el Reglamento orgánico de 21 de febrero de 1958, con la única excepción marcada por la Constitución de 1931, cuyo artículo 104 proclama la atribución a los miembros del Ministerio Fiscal de las mismas garantías de independencia que a la Administración de Justicia; si bien, al haber carecido tal precepto constitucional de desarrollo legislativo y, debido a los acontecimientos históricos del momento, tal declaración de garantías de independencia, no tuvo tiempo de gozar de aplicación práctica en la organización orgánica de la Institución.

Tampoco auxilió a la independencia del fiscal, el Decreto de 10 de marzo de 1881 por el que se escinde el Ministerio Fiscal mediante la creación de la Abogacía del Estado. Con acierto, afirma FLORES PRADA, que el Decreto “responde más a las necesidades del servicio que a una meditada reubicación y replanteamiento de la posición institucional del Ministerio Fiscal” y, si bien, constituye un síntoma que anuncia la redefinición de la Institución tanto en el plano político como en el funcional, no puede considerarse como un hito que marque el inicio en España de la crisis del fiscal napoleónico³⁰⁸.

modo de funcionar los Tribunales, ya en general, ya en asuntos determinados en que el MF intervenga”.

³⁰⁷ MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 81.

³⁰⁸ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 192. En igual sentido, el autor cita a PRIETO-CASTRO FERRÁNDIZ L., *Constitución dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1953, págs. 16–17. El

Un punto de inflexión en la inquebrantable regulación de la dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal cabe encontrarlo en el Reglamento de 27 de febrero de 1969, en el que ya no se configura al Ministerio Fiscal como órgano de representación del Gobierno ante el Poder Judicial, sino como órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia. No obstante, no debe olvidarse, que el Reglamento orgánico de 1969 se dictó en desarrollo del Estatuto de 1926, por lo que entre las diferentes concepciones legislativas del Ministerio Fiscal como órgano de representación o de comunicación —técnicamente— ha de preferirse la primera, por pertenecer a la norma que se pretende desarrollar. También, se observa en el Reglamento de 1969 una innovación en la referencia contenida en el artículo 86 relativa a que las funciones de la Institución se “ejercerán por medio de sus órganos”. La Memoria de la FISCALÍA DEL REINO de 1978 sostuvo que, con el precepto estudiado, se acentúa el carácter propio de los órganos del Ministerio Fiscal, constituyéndose en un “indudable valor de futuro”³⁰⁹.

La Ley de Bases orgánica de la Justicia de 1974, en su base XV, número 72.1, configura al Ministerio Fiscal como un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de Justicia, que ejerce sus funciones por medio de órganos propios, ordenados conforme a principios de unidad y dependencia jerárquica. Del contenido del precepto, se desprenden dos conclusiones; en primer lugar, confirma la línea iniciada por el Reglamento de 1969 al considerar al Ministerio Público como un órgano de comunicación superando así —ya definitivamente— el término “representación” y, en segundo término, cabe observar que la norma pretende avanzar tímidamente en el incremento de la autonomía del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo, al establecer que, a la Pública Institución se le confía su propio gobierno, desvinculándola —por primera vez— de la tradicional dependencia orgánica del Ministerio de Justicia; sin perjuicio de que, *de facto*, incluso a día de hoy, el Ministerio Fiscal continúe siendo

autor, pone de manifiesto la falta de interés del legislador en fomentar la independencia del Ministerio Fiscal, al afirmar que “para la defensa de los derechos subjetivos civiles del Estado y para los actos de su soberanía administrativa se instauró la Abogacía del Estado, que procede, tanto en un caso como en otro, aunque en el segundo lleve el nombre de Ministerio Fiscal, no con el propósito de una defensa de la legalidad objetiva, sino según los criterios de parte, ya que es portadora de un interés concreto semejante al que mueve a los particulares”.

³⁰⁹ Memoria del FISCALÍA DEL REINO, Madrid, 1978, pág. 23.

ampliamente dependiente, al menos, en el ámbito presupuestario³¹⁰. A mayor abundamiento, debe afirmarse que el término “comunicación” no significa reciprocidad, sino dependencia. En este sentido, acertadamente señala FLORES PRADA que, al margen de la inutilidad de establecer un órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales, “la función de comunicación no erige a la Institución en entidad con personalidad propia dentro de la Administración, por lo que la relación con el Gobierno, quiérase o no, seguirá siendo de dependencia”³¹¹.

El siguiente paso histórico en la configuración legal del binomio dependencia jerárquica y unidad de actuación del Ministerio Fiscal español, se halla constituido por la Constitución de 1978, en cuyo seno, se eliminará toda referencia al Ministerio Fiscal como órgano de comunicación o relación con el Gobierno.

Ha de destacarse, particularmente, la existencia de una constante histórica que se caracteriza por la permanente ausencia de deseo en el legislador de suavizar la estructura de dependencia jerárquica establecida, que bien pudiera ser causal de la inconfesable intención —disimulada bajo la premisa de la defensa de la unidad de actuación— de poder hacer uso del Ministerio Fiscal como cauce para extender el poder del Gobierno al ámbito judicial y, en definitiva, para lograr una vil influencia en la Administración de Justicia. Este fin de control del fiscal, se manifiesta especialmente en la potestad concedida al gubernamentalmente designado FGE, y a las jefaturas discrecionalmente elegidas por él, dentro de sus ámbitos de competencia, de dirigir la acción del fiscal a través de las instrucciones particulares, la designación de fiscal determinado para asunto determinado y de la institución de la avocación de causas. Estas facultades, pueden ser ejercitadas sin necesidad de justificar la medida en que coadyuvan a mejorar la implementación del principio de unidad de actuación la articulación o la dirección gubernamental sobre la política criminal.

³¹⁰ Vide Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA para la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en 62ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 2013, particularmente el fundamento 131 y la conclusión IX. También, Libro Blanco del Ministerio Fiscal, CONSEJO FISCAL, Madrid, 2013, págs. 57–59.

³¹¹ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 204.

4.2.1 EL LEGISLADOR CONSTITUYENTE Y LOS PRINCIPIOS ORGÁNICOS DEL MINISTERIO FISCAL

Es siempre necesario distinguir entre la dependencia jerárquica *ad extra* del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno y *ad intra* del fiscal respecto de su superior jerárquico. Ambas acepciones se desenvuelven entremezcladas —sin rigor técnico aparente— en el art. 114 del Anteproyecto constitucional, en dos apartados diferentes, el segundo y el cuarto³¹².

Ha sido ya objeto de estudio del presente trabajo, la tramitación parlamentaria por la que se operó una transformación integral del art. 114.4 del Anteproyecto al actual art. 124.4 de la Constitución, que supuso una expresa consagración de la dependencia jerárquica *ad extra* del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, al permitir que éste designe a la cabeza orgánica de la pirámide jerárquica.

En cuanto a la dependencia jerárquica *ad intra*, el inciso primero del art. 114.2 del Anteproyecto proclamaba —conforme a la tradición legal anterior—³¹³, que el Ministerio Fiscal es un órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de Justicia. El inciso fue eliminado en su tramitación parlamentaria al admitirse la Enmienda número 695 del Congreso, postulada por SOLÉ BARBERÁ en representación del grupo Comunista, por la que se pretendió —y se consiguió— la eliminación del referido inciso primero.

Merece recordar, sin embargo, la contradicción en la que incurre el grupo Comunista al defender el mantenimiento del principio dependencia jerárquica contenido en el inciso segundo del art. 114.2 del Anteproyecto, no obstante su rechazo a la concepción del Ministerio Fiscal como un órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de Justicia contemplado en el primer inciso del mismo precepto y, en consecuencia, reclamar una Institución más independiente”³¹⁴. El Grupo defiende, por

³¹² Cfr. Boletín Oficial de las Cortes núm. 44, Sesión de 5 de enero de 1978, págs. 668.

³¹³ El Anteproyecto constitucional se limitó a sustituir la expresión “comunicación” contenida en el Reglamento de 1969 y en la Ley de Bases Orgánica de la Justicia de 1974, por la expresión “relación”.

³¹⁴ Enmienda núm. 695 (19) propuesta por el grupo Comunista en el Congreso. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 418. El grupo Comunista sostuvo en sede

tanto, un Ministerio Fiscal independiente del Gobierno y, a la vez, un fiscal dependiente de la jerarquía de la Pública Institución. Ha de ser criticada tal posición contradictoria ya que —no debe caber duda— resulta irreconciliable la ausencia de congruencia inherente a la pretensión de compatibilizar la figura de un fiscal imparcial al que se obliga —simultáneamente—, a ser dependiente de la potencial parcialidad de su Fiscal General, en cada una de sus causas judiciales.

En este sentido, ha de destacarse la apasionada oposición a la Enmienda comunista núm. 695 en el Congreso, postulada por FRAGA IRIBARNE, en representación del grupo Alianza Popular, quien sostuvo que en el supuesto de que se eliminara la referencia al Ministerio Fiscal como órgano de relación entre el Gobierno y la Administración de Justicia, “no habría más remedio que convertir al Ministerio Fiscal en una parte del Poder Judicial, y crear entonces un órgano a través del cual, el Gobierno ejerciera sus acciones, lo cual sería barroco, contraproducente e incluso peligroso”³¹⁵.

Fácilmente se observa que el parlamentario —en línea con la legislación pre constitucional—, no halla preciso efectuar otra distinción, que no sea de reparto funcional del servicio público, entre la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal, al tiempo que sustenta la confusión de funciones entre las de éste y las del Gobierno, proponiendo una concepción de la Institución parcial y dependiente del Gobierno, cuyo evidente exponente lo constituye la Enmienda número 2 del grupo Alianza Popular a la totalidad del artículo 114 del Anteproyecto, por razón de “ser materia típica de la Ley orgánica del Poder Judicial”³¹⁶. Ciertamente, de haberse atendido tal Enmienda por la mayoría constituyente, su aprobación hubiera permitido hacer del Ministerio Fiscal una herramienta al servicio del Poder Ejecutivo con la que extender el poder del Gobierno al corazón de la Administración de Justicia.

constituyente que si bien “el elogio del Ministerio Fiscal no debemos hacerlo aquí, pero si queremos decir en este momento que este reconocimiento nos impulsa a reiterar nuestra idea de que debemos preservar al Ministerio Fiscal de toda idea que coarte, que condicione, que coaccione su plena independencia, este es el sentido de nuestra enmienda”.

³¹⁵ FRAGA IRIBARNE M., Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, págs. 3122–3123.

³¹⁶ Enmienda núm. 2, propuesta por el grupo Alianza Popular en el Congreso. Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 127.

En definitiva, la tramitación parlamentaria del inciso segundo del art. 114.2 del Anteproyecto no impidió que el principio de jerarquía se mantuviera incólume en la redacción definitiva del art. 124.2 la Carta Magna. No obstante, como se ha puesto de manifiesto, ello no fue fruto de la unidad de voluntades sino, principalmente, del juego de las mayorías parlamentarias.

Como ya se ha adelantado, el grupo parlamentario Socialista y el grupo parlamentario Socialistes de Catalunya propusieron la eliminación del principio de dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal sobre la base de que “debe suprimirse la referencia a la dependencia jerárquica porque lo que se pretende con ella está comprendido en la unidad de actuación”³¹⁷. Las propuestas fueron rechazadas por la Ponencia constitucional³¹⁸. Después del correspondiente debate parlamentario, la Enmienda del grupo parlamentario Socialistes de Catalunya no llegó a ser votada al ser retirada por su proponente como consecuencia de la aprobación de la Enmienda comunista por la que, si bien se negaba la concepción del Ministerio como un órgano de relación, se aceptaba que su actuación fuera llevada a efecto con arreglo al principio de dependencia jerárquica³¹⁹.

En puridad, la Enmienda socialista, si ha de ser juzgada por el contenido de su justificación, presenta un sentido más sistémico o de forma —en cuanto a la eliminación de repeticiones— que propiamente material como defensa de un fiscal independiente. A mayor abundamiento, —como se ha visto— tampoco el grupo Comunista llegó a proponer la eliminación de la referencia al principio de dependencia jerárquica de la Institución, mostrando preocupación por la exclusión de la dependencia *ad extra* al tiempo que indiferencia o aceptación por la dependencia *ad intra*, sin que fuera objeto de debate constitucional, tan aparente contradicción.

Es cierto, que ni en la elaboración de las Enmiendas, ni en los posteriores debates constituyentes referidos al Ministerio Público, se consiguió alcanzar la altura doctrinal que era requerida para poder regular una Institución que, como pocas, se

³¹⁷ Enmienda núm. 442, propuesta por el grupo Socialista en el Congreso. Cfr. *Ibíd.*, pág. 309 y Enmienda núm. 297, propuesta por del grupo Socialistes de Catalunya. Cfr. *Ibíd.*, pág. 260.

³¹⁸ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes núm. 82, Sesión de 17 de abril de 1978, pág. 1588.

³¹⁹ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3126.

hallaba necesitada de una extraordinaria precisión técnica para su adecuada integración constitucional; un *savoir faire* que solo la doctrina científica hubiera sido capaz de aportar, por lo que —en rigor— no cabe compartir las palabras del diputado CISNEROS LABORDA, en representación del grupo Unión de Centro Democrático en el Congreso, cuando afirma, que “como muchas veces hemos sostenido, no es la Constitución el lugar más adecuado para las definiciones doctrinales”³²⁰.

De la subsiguiente tramitación ante la Cámara del Senado del artículo 114.2 del Anteproyecto, sólo merece ser destacada la Enmienda del grupo Mixto en el Senado, que propuso este sincrético y extraordinario texto: “el Fiscal General ejerce sus funciones según los principios de legalidad e imparcialidad”, si bien, —justo es reseñarlo— no aportó motivación alguna en defensa de su singular proposición³²¹.

4.3. EL DESARROLLO LEGISLATIVO DE LOS PRINCIPIOS ORGÁNICOS DEL MINISTERIO FISCAL

La consagración constitucional del principio de dependencia jerárquica, legó un papel esencial al futuro desarrollo estatutario, por cuanto de ello habría de depender si la dependencia jerárquica iba a anular, o no, al principio de imparcialidad. El resultado final fue ciertamente decepcionante ya que, si bien el Estatuto de 1981 respeta formalmente la figura del fiscal imparcial respecto de ataques externos provenientes del Gobierno; permite, bajo ineficaces cautelas, que el hipotético superior —subjetivamente parcial— domine al inferior, pudiendo hacer de éste un fiscal parcial por el poder que ostenta sobre el futuro de su carrera. A más abundancia, y habida cuenta de la ligazón constitucional entre el Gobierno y el Fiscal General, la regulación estatutaria puede permitir, a través de la cadena jerárquica, una moderada transmisión de la parcialidad gubernamental, a cada uno de los fiscales de la Institución.

³²⁰ CISNEROS LABORDA G., Boletín Oficial de las Cortes núm. 84, Sesión de 8 de junio de 1978, pág. 3124.

³²¹ Enmienda del grupo Mixto del Senado núm. 539 (93). Cfr. LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico...* op. cit., pág. 2889.

La combinación de la potestad discrecional del Fiscal General y, por delegación, de los fiscales superiores de las Comunidades Autónomas y de los distintos fiscales jefes —cada uno en su ámbito territorial—, para poder dictar instrucciones sobre asuntos particulares (art. 25); en adición, a la facultad de los mismos sujetos de avocación y libre designación del fiscal encargado de cada asunto (art. 26); unido, al extraordinario número, vaguedad tipológica y gravedad de las sanciones disciplinarias previstas (arts. 46 y 61 a 70); e incluso, a la torticera regulación de la inmunidad del fiscal que, a diferencia de la judicial, permite la detención de aquél con la previa autorización de su superior jerárquico (art. 56); conducen a afirmar que, con el desarrollo del principio de dependencia jerárquica en el Estatuto de 1981, se pretendió conservar la tradicional instrumentalización gubernativa del Ministerio Fiscal.

Este innecesario diseño del principio de la dependencia jerárquica, que permite el control del funcionario fiscal a través de las instrucciones particulares, del poder de designación y de avocación y del establecimiento de un excesivo poder de corrección disciplinaria —que en nada puede favorecer el principio de unidad de actuación que ha de ser siempre guiado por instrucciones generales e iguales—; se constituye en responsable —señala FERNÁNDEZ APARICIO— de “excesos de los superiores” e, incluso, de “auténticas arbitrariedades que no sólo perjudican al fiscal, sino lo que es más grave, vulneran la legalidad y la eficacia del servicio público”³²².

La errónea configuración legal del principio de jerarquía ha propiciado que una parte de la doctrina, sobre la base de argumentos no exentos de razón, haya criticado vivamente el funcionamiento orgánico post-constitucional del Ministerio Fiscal. En este sentido, cabe destacar a autores como MONTERO AROCA, quien ha llegado a afirmar que “en los últimos tiempos estamos viendo cómo el Ministerio Fiscal adopta actitudes de sumisión al Gobierno y toma decisiones, bien de no acusar o de pedir absoluciones, bien de insistir en la persecución de determinadas personas, que llegan a causar primero perplejidad y luego rubor a quienes habíamos creído de buena fe que la misión del fiscal

³²² FERNÁNDEZ APARICIO J. M., “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 24, 2004, pág. 122.

era la que dispone la Constitución”³²³. En igual sentido, DE LA OLIVA SANTOS afirma, que “una serie de Fiscales Generales del Estado han generado, con su misma personalidad o con su actuación, una imagen y una realidad de afinidad y domesticidad del Ministerio Fiscal al Gobierno”³²⁴.

No obstante las anteriores críticas doctrinales, ha de convenirse que la naturaleza constitucional del Ministerio Fiscal no es, en absoluto, igual a la preconstitucional, ya que el MF actual no puede ser ya considerado como un mero órgano del Poder Ejecutivo. No obstante, tampoco la Carta Magna diseñó, ni el EOMF quiso estatuir un fiscal independiente —ni tampoco un Ministerio Fiscal orgánicamente autónomo— sino que, por descuido o convicción, el legislador mantuvo la tradicional férrea estructura jerárquica adornada con concesiones democráticas, particularmente, la proscripción de instrucciones directas del Gobierno, la inamovilidad de los miembros de la carrera fiscal y la necesidad de someter a la consideración —no vinculante— de la Junta de Fiscales o del Consejo Fiscal determinadas decisiones de las jefaturas³²⁵. En este sentido, no cabe sino coincidir con GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ cuando, después analizar *en negativo* la naturaleza del Ministerio Fiscal post constitucional, concluyen que éste “es un órgano del Estado, de naturaleza administrativa y no judicial, que se encuentra, sin embargo, fuera de la organización administrativa establecida para el ejercicio de las funciones del Gobierno”, ya que la Institución “tampoco depende del Gobierno, sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo”³²⁶.

³²³ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal ¿jueces o fiscales?, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011, pág. 32.

³²⁴ DE LA OLIVA SANTOS A., “El futuro del proceso penal y del Ministerio Fiscal”, *Tribunales de Justicia*, n° 1, enero de 1997, págs. 9–18. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., “El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal” *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México D.F. 2008, vol. XII, págs. 105–112. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores...* op. cit., págs. 80 y ss.

³²⁵ El ánimo del legislador de limitar el grado de autonomía del MF puede advertirse, además, en la intención de evitar la integración de la Institución en el Poder Judicial que hubiera supuesto el nacimiento de un tercer poder incontrolable cuya legitimación democrática hubiera sido, cuando menos, difícilmente justificable.

³²⁶ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., págs. 164–165. Los autores afirman que “como resultado del análisis en negativo acerca de la naturaleza del MF, resta sólo considerar si este órgano del Estado se podrá inscribir en el entorno del Poder Ejecutivo. Ante todo no puede perderse de

Ahora bien, esta autonomía funcional proclamada ha de ser ponderada con las consecuencias que pueden derivarse del nombramiento gubernamental de la figura del Fiscal General del Estado. No le falta razón a la Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de 1983, al afirmar que “la concentración en el ejercicio de facultades autónomas en el Fiscal General, puesta en relación con el modo de nombramiento y cese del mismo a iniciativa del Gobierno, puede poner en entredicho la consistencia de esa autonomía funcional”. Sin que, sin embargo, pueda ser compartido con la Memoria que “la conciencia del deber y el carácter de quienes ocupen el puesto de Fiscal General, operarán como dique ante cualquier invasión del campo de actuación autónomo del Ministerio Fiscal”³²⁷. Ha de tenerse en consideración que, —hipotéticamente— no puede negarse *ex ante* la posibilidad de que la cúpula jerárquica de la Pública Institución pueda —en un futuro indeterminado— hallarse ocupada por manos dóciles, que podrían servir como cauce idóneo para lograr una influencia gubernamental en la Administración de Justicia.

4.4. INSTRUMENTALIDAD DE LA DEPENDENCIA JERÁRQUICA RESPECTO DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE ACTUACIÓN

El principio de unidad de actuación ha sido normalmente identificado con el adagio francés: *le Ministère public est un et indivisible*. Encuentra su expresión en el art. 22 del EOMF que dispone que “el Ministerio Fiscal es único para todo el Estado” y, de tal principio, se deriva la fungibilidad de los individuos fiscales que se desprende de la mera lectura del art. 23 del Estatuto de 1981 que establece que “los miembros del Ministerio Fiscal son autoridad a todos los efectos y actuarán siempre en representación de la Institución”. El resto de la regulación atribuida al principio de unidad de actuación,

vista a este respecto que, por imperativo constitucional, el MF tiene órganos propios, a través de los cuales actúa; de aquí que, en todo caso, resulte obligado entender que el MF, siendo un órgano del Estado que no pertenece ni al Poder Legislativo ni al Poder judicial, se encuentra fuera también de la estructura orgánica de la administración del Estado. Esta característica, que sin duda singulariza al MF, no permite sostener, sin embargo, que también se halle absolutamente fuera del Poder Ejecutivo; que no exista ningún género de vinculación o dependencia respecto del Gobierno. En efecto, la previsión constitucional sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado, la cúspide de la organización del MF, que se rige por el principio de dependencia jerárquica, debe ser determinante”.

³²⁷ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 1983, Madrid, Introducción, pág. 20. Ha de ser tenido en consideración que la facultad de cese sin causa del FGE ha sido suprimida por la Ley 24/2007 de reforma del EOMF

—con excepción del diseño de las circulares, instrucciones y consultas— *de facto*, soporta el riesgo de acrecentar la posibilidad de control por el Gobierno de cada fiscal a través de la jerarquía de la Institución.

El juego de los artículos 6, 25, 27 y 56 del Estatuto, dan como resultado un todo poderoso Fiscal General, investido de atribuciones innecesarias para el buen funcionamiento del principio de unidad de actuación. De estos preceptos, se muestra particularmente agresivo con el principio de unidad, el primer inciso del artículo 25, al disponer que el Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos. No puede dudarse de que es objetivamente necesario que el Fiscal General del Estado pueda impartir instrucciones de carácter general sometidas al principio de igualdad; si bien, desde luego, tampoco debe ser albergada duda alguna de que las órdenes referidas a los asuntos específicos o particulares no solo carecen de utilidad en términos de unidad de actuación, sino que — en hipótesis— pueden llegar a ser arbitrarias y perjudiciales para la Justicia y, por extensión, dañinas para el Estado, para la víctima y para el Justiciable.

El principio constitucional de unidad de actuación del Ministerio Fiscal viene a ser una consecuencia del principio de seguridad jurídica instaurado por el artículo 9.3 de la Norma Fundamental y, en menor medida, del principio de igualdad ante la ley del art. 14 del mismo texto legal. La unidad de actuación del MF se configura, y encuentra su verdadera naturaleza, cuando se constituye en eficaz contrapeso a la variabilidad de pronunciamientos judiciales fruto de la libertad judicial en la aplicación de la ley o, si se prefiere, del principio de libre valoración de la prueba recogido en el art. 741 de la LECrim. Es cierto, que ni el principio de sujeción a la ley del juez ni, tampoco, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a una segunda instancia penal (derecho a recurrir el fallo y la pena plasmado en el art 14.5 en relación con el art. 2.3.a del Pacto de derechos políticos y civiles de Nueva York, a resolver en el sistema criminal español por los órganos encargados de conocer de los recursos ordinarios de apelación y queja, no siéndolo los recursos extraordinarios de casación ante la Sala II del TS, ni las demandas de amparo presentadas ante el TC), son elementos suficientes para lograr impedir que el principio de seguridad jurídica y el de igualdad ante la ley, puedan ser despreciados por mor de las excentricidades del magistrado de turno ya sea,

por carecer éste del necesario equilibrio mental, ya sea por constituirse en portador de un defectuoso entendimiento de los valores democráticos, que le perturbe o impida actuar con la sana comprensión, de que todas las resoluciones del juez han de ser tributarias de la voluntad del pueblo soberano, expresada por medio de las Cortes³²⁸.

Con acierto, afirma QUINTERO OLIVARES que “las leyes han de ser interpretadas por los jueces pero la falta de criterios interpretativos puede conducir en la práctica a relajar la idea de que los jueces están sometidos a la ley y que ésta sólo puede emanar del Parlamento, que goza del monopolio de la legislación” y que, “el sometimiento a la ley, no basta, como principio, para cerrar el paso a toda tentación de actuación justiciera que rebase las fronteras de una interpretación razonable del derecho positivo”. El autor, sostiene que el “acto de aplicación/interpretación puede ser de tal variedad de conclusiones que realmente se erige en acto de creación de derecho, con el problema añadido de que mientras el monopolio jurisdiccional puede en alguna medida llegar a torcer la voluntad del legislativo, éste no dispone de medio alguno para limitar la variable capacidad de la jurisdicción, a no ser, y con muchas reservas, la intervención del Ministerio Público en algunos procesos”³²⁹.

El verdadero significado y sentido del principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal consiste, precisamente, en servir de garante a la seguridad jurídica, a la igualdad en la aplicación de la ley y al principio de independencia judicial. Es un

³²⁸ Respecto del derecho a la segunda instancia penal, Vide ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...op. cit.*, pág. 307. También, BACIGALUPO, E., *El debido proceso...op. cit.*, págs.131–153. Vide CALDERÓN CUADRADO M.P., “El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada”, *Sobre la reforma de la justicia penal, Revista jurídica de Castilla y León*, núm.14, 2008.

³²⁹ QUINTERO OLIVARES G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *Revista Poder judicial*, núm. Espacial XVII, 1999, pág. 347. En el mismo sentido, Vide JIMÉNEZ VILLAREJO C., “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal”, Libro Blanco del Ministerio Fiscal, 1995, pág. 5, citado por FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal... op. cit.*, págs. 696–697. El autor señala que: “la unidad del Ministerio Fiscal es consecuencia de su función constitucional de promoción de la justicia y de defensa de la legalidad, que exige un cuerpo de funcionarios que, más allá de su criterio personal, actúen de forma colegiada y con arreglo a criterios fijados institucionalmente. Es la garantía ante los ciudadanos, de que frente a la diversidad de criterios interpretativos que es connatural a la independencia judicial, va a hallarse ante una institución que ofrece unidad de criterios y seguridad jurídica”.

principio, por tanto, que ha de calificarse de esencial para la aplicación del derecho en un sistema criminal propio de un Estado democrático de Derecho.

El principio de unidad de actuación, se sustenta a través de directrices generales de obligado cumplimiento y, nunca, por instrucciones particulares que ninguna relación guardan con la construcción de la unidad sino que, por el contrario, pueden mostrarse claramente compatibles con el fomento de la desigualdad en la aplicación de la ley. En este sentido, LÓPEZ LÓPEZ señala que “por un inconsciente seguidismo histórico o por ausencia de una definición estatutaria que lo clarifique, lo que ha de entenderse por principio de unidad del Ministerio Fiscal, entre nosotros, se ha vinculado de tal modo la unidad de actuación con la dependencia jerárquica que hemos terminado por identificarla *de facto* con la unidad de mando, tan del gusto de la organización militar”. Afirma el autor que la unidad de actuación no es igual a la unidad de mando ya que; mientras que la primera se refiere a lo impersonal y su satisfacción se alcanza a través de circulares o instrucciones que marcan las pautas generales de actuación jurídica; la segunda se refiere a lo individual, agotándose en la resolución de supuestos de hecho concretos³³⁰.

Ha de destacarse que, junto al concepto de unidad de actuación jurídica, con el que se persigue que las actuaciones fiscales —y judiciales— sean iguales ante supuestos iguales en cualquier orden jurisdiccional y lugar geográfico, para cuya consecución, como se ha insistido, únicamente son necesarias directrices generales, se ha creado artíficamente un segundo concepto de unidad de actuación como principio organizativo ajeno al ejercicio de las funciones fiscales, que sirve para defender un aumento de poder de decisión de la jerarquía del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno, que se concreta en propuestas de autonomía presupuestaria y formativa que, si bien, pueden constituir medidas necesarias o convenientes, no forman parte ni afectan al principio de unidad de actuación sino al de imparcialidad, puesto que con ellas se pretenden impedir espurias injerencias gubernamentales a través del estrangulamiento económico o de convocatoria de procesos selectivos.

³³⁰ LÓPEZ LÓPEZ A.M., en *Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 236.

En este sentido, es criticable el Libro blanco del MF en cuanto relaciona superior autonomía de la cúpula jerárquica fiscal con garantía del principio de unidad de actuación, al proponer que se fortalezca “la Fiscalía General como órgano directivo del Ministerio Fiscal dotando a sus tres unidades (Secretaría Técnica, Inspección Fiscal y Unidad de Apoyo) de mayores niveles de autonomía en la gestión, como única forma de administrar la complejidad derivada del modelo 12+1 y garantizar el principio de unidad de actuación”³³¹.

No comparto la idea de identificar unidad de actuación con coordinación informática o asimilar autonomía presupuestaria con un mayor poder de dirección para la Jefatura del Ministerio Público. Estas cuestiones encuentran su cauce adecuado, tanto en la defensa del principio de imparcialidad del MF (art. 124.2 CE), cuanto en el principio de coordinación entre administraciones que consagra el art. 102 de la CE, que dispone que la administración pública actúa de acuerdo con el principio de coordinación (art. 102.1), y que los órganos de la administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley (art. 102.2).

Unidad de actuación significa unidad de actuación jurídica y, por tanto, unidad de criterios jurídicos que permitan una aplicación igual del Derecho y, para ello, sólo resulta necesaria una implementación relativa de la dependencia jerárquica y de la autonomía funcional de la Institución respecto del Ejecutivo en cuanto que la unidad de actuación, precisamente, necesita de la nota de generalidad que es opuesta a la particularidad.

La generalidad se expresa en la proscripción de toda instrucción particular, y en la interdicción del poder de las jefaturas del poder de designación y de avocación de asuntos específicos que en nada favorece a una actuación conjunta e igual y, por el contrario, puede llegar a ser el cauce involuntario para que un comando vil, gubernamental o jerárquico, se transmita por la estructura jerárquica hasta alcanzar un asunto determinado. Lo que no es posible aceptar científicamente, es la existencia de una relación causa–efecto entre el principio de unidad de actuación y el poder de controlar los asuntos particulares otorgado al FGE. Ha de afirmarse, que no puede

³³¹ Libro blanco del Ministerio Fiscal, CONSEJO FISCAL, Madrid, 2013, pág. 59.

fácilmente encontrarse una razón que permita justificar la existencia de una relación instrumental que enlace el principio de unidad de actuación con la potestad del Fiscal General del Estado y de las jefaturas designadas por éste, de nombrar a un fiscal determinado para un asunto concreto, o de avocar una causa o de constreñir la decisión de un fiscal en un asunto particular³³².

Estos omnímodos poderes particulares, a mayor abundamiento, pueden ejercitarse aún con la oposición de la Junta de Fiscales o de la de Fiscales de Sala (art. 27 EOMF). Ciertamente, en el ámbito teórico, resulta difícilmente compatible este ilimitado sistema de control jerárquico de las funciones fiscales con la expresión de un interés en preservar los valores superiores del Ordenamiento jurídico de Justicia e igualdad (art. 1.1 CE), con el principio de unidad de actuación y de imparcialidad del MF (124.2 CE) y con la defensa activa de la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)³³³.

Nunca podrá saberse si el diseño estatutario se corresponde a un sorprendente, aunque sincero, sentimiento de la mayoría de los representantes políticos sobre la necesidad del establecimiento de un sistema de Justicia postulante jerarquizada o, a la indecorosa búsqueda del mantenimiento del control sobre la administración de Justicia.

³³² Corresponde al Fiscal General del Estado, la función de proponer al Gobierno los ascensos y nombramientos para distintos cargos entre los que cabe citar a los fiscales de la Inspección Fiscal, de la Secretaría Técnica, de la Unidad de Apoyo, a los fiscales del Tribunal Supremo, a los fiscales de Sala, a los fiscales Superiores y a los fiscales Jefe, a los tenientes fiscales de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y, en general, a los fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría primera, previo informe del Consejo Fiscal, oído el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se trate de cargos en las Fiscalías de su ámbito territorial (Vide arts. 13 y 36 EOMF).

³³³ Distinta cuestión a las instrucciones particulares lo constituyen las Juntas celebradas “para mantener la unidad de criterios, estudiar los asuntos de especial trascendencia o complejidad o fijar posiciones respecto a temas relativos a su función”. Los acuerdos por mayoría de estas juntas que cada Fiscalía celebra periódicamente con todos sus componentes tienen carácter de informe. Si la opinión de la mayoría es contraria a la del fiscal jefe, deberá someter ambas a su superior jerárquico (art. 24 EOMF). Adviértase que, en muchos supuestos, el fiscal medio tenderá naturalmente a no enfrentarse a su fiscal jefe del que puede depender un futuro ascenso o el reparto de la carga de trabajo y, aun existiendo oposición, la decisión final lejos de descansar en criterios generales, se vierte sobre la cúpula de la jerarquía que es la parte del MF más sensible a criterios políticos.

No obstante, lo que si puede ser afirmado es que en la tramitación parlamentaria algunos grupos minoritarios, en especial el grupo Comunista, a pesar de no oponerse a la dependencia jerárquica *ad intra*, pretendieron dotar al Ministerio Público de una dirección colegiada compuesta de miembros elegidos democráticamente a semejanza del actual funcionamiento del Consejo Fiscal en sustitución del FGE como fórmula para amortiguar el efecto pernicioso que pudiera derivarse del establecimiento de una estructura de jerarquía directa en el ámbito jurídico de la Institución. En este sentido, merece recordar la meritoria defensa de la unidad de actuación y de la proscripción de la arbitrariedad del Ministerio Fiscal sostenida por el diputado del grupo Comunista en el Congreso SOLÉ TURA.

“Nosotros entendemos que, efectivamente, la dependencia jerárquica se debe respetar, pero solo con un criterio; que sea el cauce para llevar y hacer cumplir, en las distintas circunscripciones territoriales en las que se actúe, la unidad de criterio establecida democráticamente. Nosotros no entendemos que en un sistema democrático se pueda sostener la potencia o la prepotencia, si se quiere, autocrática (...) de una persona, de un Fiscal General, para que este Fiscal General no se nos convierta (...) en General Fiscal”³³⁴.

Lo cierto, es que ningún argumento del resto de los grupos en la tramitación parlamentaria del Estatuto de 1981 puso su acento en la necesidad de dependencia por razón del principio de actuación sino, simplemente, en el mantenimiento de la caracterización jerárquica del Ministerio Fiscal, como si la dependencia jerárquica fuera un fin en sí misma³³⁵. En este sentido, resulta especialmente ilustrativa la expresión de ajeneidad al carácter instrumental del principio de jerarquía como coadyuvante del principio de unidad de actuación del MF que transmiten las palabras pronunciadas por MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ, fiscal de Carrera que ocupó el cargo de Fiscal General del Estado entre 1986 y 1990, en su intervención ante el Congreso en calidad de diputado del Grupo parlamentario centrista contestando al diputado Solé Tura.

³³⁴ SOLÉ TURA J., en representación del grupo Comunista en el Congreso. Boletín oficial de las Cortes, núm. 183, de 22 de septiembre de 1981, pág. 10969.

³³⁵ Cfr. Boletín oficial de las Cortes, núm. 183, de 22 de septiembre de 1981.

“Cuando se habla de Ministerio Fiscal se está hablando de jerarquía. Lo traduciré para que todavía sea más claro: se está hablando de jefes, de superiores, se está hablando de quien da las órdenes (...) esta carrera jerarquizada, esta dependencia jerárquica, que es un principio constitucional, nos obligan a que esas órdenes se emitan exclusivamente por el Fiscal General del Estado y que, por tanto, se acaten las órdenes del Fiscal General del Estado”³³⁶.

Esta última posición política, olvida la función del principio de dependencia jerárquica como coadyuvador de la unidad de actuación y, tristemente, olvida también, el perjuicio que puede ocasionar a la Justicia la regulación de un principio instrumental como principal. Estas posiciones produjeron la aprobación de un Estatuto absolutamente insatisfactorio en términos de imparcialidad del fiscal que ha deslegitimado la función de la Institución como defensora de la legalidad. No ha de extrañar, por tanto, que ANDRÉS IBÁÑEZ haya llegado a sostener, que “si la dicción del art. 124 de la Constitución pudo sugerir a algún autor un cierto cambio del viejo paradigma organizativo, la publicación del Estatuto tendría que haber disipado todas las dudas”³³⁷.

4.5. SER INDEPENDIENTE PARA PODER SER IMPARCIAL

Si fueran ciertas las palabras de CARNELUTTI cuando afirma que “el Ministerio Público, si se hace juez, en vez de parte, traiciona su oficio”, ninguna necesidad existiría de que el fiscal fuera imparcial. Y, si no resultara preciso que el fiscal fuera neutral, tampoco surgiría la necesidad de que fuese independiente. Porque ese es, precisamente, —con exclusión de otros motivos— el único sentido de la independencia fiscal: hacer posible su imparcialidad. Es posible que las palabras del maestro no fueran ciertas o, cuando menos, que él dudara de su absoluta veracidad si se tiene en cuenta que, a renglón seguido de pronunciarlas, afirma: “pero para hacer de parte, [el MF] debe ser exonerado de la responsabilidad de la conclusión”³³⁸.

³³⁶ MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ J., en representación del grupo parlamentario Centrista en el Congreso. Boletín oficial de las Cortes, núm. 183, de 22 de septiembre de 1981, págs. 10970–10971.

³³⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ P., (con MOVILLA ÁLVAREZ C.), *El Poder Judicial*, Madrid, 1986, pág. 388. En el mismo sentido, Vide también, ANDRÉS IBÁÑEZ P., “El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, *Revista Teoría y Derecho*, enero, 2007, pág. 12.

³³⁸ CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público...”...op. cit., pág. 217.

Y es que, aún para quien pueda creer, —como creía el autor y es sostenido, todavía, por parte de la fragmentada doctrina adversalista anglo norteamericana—³³⁹, que a través del debate entre acusación y defensa, la verdad se transfigura de la oscuridad a la luz para acabar posándose sobre los ojos del juzgador, ha de resultar difícilmente justificable o, si se quiere, moralmente indefendible, pretender que el fiscal sostenga posiciones parciales.

Ello se debe a dos motivos; el primero, de orden moral general y ética individual, no permite interesar del fiscal la persecución de la condena del acusado a través de argumentos parciales y cerrando los ojos —a pesar de las dudas— a las razones que indiquen indicios de inocencia con conocimiento de que, con probabilidad, su acción conducirá al acusado a prisión o, en otros sistemas criminales, —como es conocido— incluso a la muerte; la segunda razón, de derecho público, impide al Estado, o mejor, a la Sociedad que es la dueña de aquél, cargar con el peso de pretender que uno de sus agentes públicos —el fiscal— procure la condena de un hombre, sin atender a razones de inculpabilidad. La Sociedad, en efecto, no puede soportar el peso de la condena de inocentes.

Por ello, a CARNELUTTI no le encaja la idea con la conclusión. El autor italiano sostiene: “el esquema ideal de la discusión es este: el Ministerio Público expone las razones de la acusación y el defensor las de la defensa sin preocuparse ni uno ni otro de contrapesarlas, el resultado debe ser la duda; nada más que eso. Haciéndolo así se asemejan al campesino que ara el campo, lo siembra, lo allana y lo abona. Sólo cultivando la duda resulta posible que germine el juicio”³⁴⁰. Sin embargo, si fuera cierto lo anterior, no resulta comprensible que el autor también afirme que, si el fiscal actúa como parte “debe ser exonerado de la responsabilidad de la conclusión”. Con ello se hace referencia, claro está, al viejo adagio francés que estatuye que la palabra es libre y que la pluma es esclava que hoy se recoge en el art. 33 del *Code de Procédure Pénale* y en el art. 25 *in fine* del EOMF.

³³⁹ Cfr. UNILLEVER R., “The neutral prosecutor: the obligation of dispassion in a passionate pursuit”, *Fordham Law Review*, 2000, págs. 1695–1703. También, Cfr. FISHER S. Z., “In search of the virtuous prosecutor: a conceptual framework”, *Criminal Law*, 1988, pág. 197, citado por GERSHMAN B. L., “The prosecutor's duty to truth”, *George Town University Journal of legal ethics*, 2001, pág. 310.

³⁴⁰ CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público...”...op. cit., pág. 218.

De las palabras del autor se desprende, por tanto, que el fiscal —con idéntica preparación jurídica e igual régimen de prohibiciones que el juez— debe poder salvar su conciencia en el informe final pero ha de actuar contra ella, si se diere el caso, en el resto de sus actuaciones. Si queremos avanzar hacia una sociedad justa, el sentido de la excepción ha de buscarse fuera de los cultismos y próximo a la realidad incorpórea que forma la dignidad humana. Si el fiscal actúa como parte, convierte a la sociedad en inmoral con cada una de las condenas erróneas que consigue. En este sentido, hago mío el deseo expresado en las palabras de RITTER cuando sostiene que el Ministerio Público alemán debe poder ser definido como la institución pública más objetiva del mundo —*objektivste behörde der welt*—³⁴¹. Y, también, el de ROXIN al afirmar que “el Ministerio Fiscal alemán no es parte”³⁴². No obstante, debe significarse que el concepto de imparcialidad no siempre es compatible con la dependencia y el Ministerio Público alemán se halla estructurado jerárquicamente (§§ 144 y 145 de Ley de la Judicatura alemana *Gerichtsverfassungsgesetz* G.V.G.).

El Ordenamiento jurídico italiano, a través de los artículos 107³⁴³ y 108³⁴⁴ de la

³⁴¹ Vide RITTER A., “El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado...”, op. cit., pág. 33. El autor, afirma que “el sistema procesal alemán no se basa en el concepto de diferentes partes, es decir, aquí la acusación, ahí la defensa, sino en el concepto de que los intervinientes de oficio, es decir juzgado, fiscal e incluso, de haberlo, abogado defensor, son todos órganos de la administración de justicia, de forma que la protección de los derechos del acusado, que no quiere tomar un abogado, estaría suficientemente garantizada”.

³⁴² ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., pág. 53.

³⁴³ Reproduzco, por su especial interés, el art. 107 de la Costituzione della Repubblica italiana: “I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso. Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare. I magistrati si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni. Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario”.

Los magistrados serán inamovibles. No podrán ser destituidos ni suspendidos de servicio ni destinados a otras residencias o funciones si no en virtud de resolución del Consejo Superior de la Magistratura, adoptada o por los motivos y con las garantías de defensa establecidas por el ordenamiento de la judicatura o con el consentimiento de los propios interesados. El Ministro de Justicia tendrá la facultad de promover expedientes disciplinarios. Los magistrados se distinguirán entre sí únicamente por la diversidad de funciones. El Ministerio Fiscal gozará de las garantías establecidas para él por los preceptos orgánicos de la judicatura. La traducción es del Tribunal Constitucional italiano.

Constitución italiana de 21 de diciembre de 1947, garantiza al fiscal —que se halla integrado junto al juez en el cuerpo único de la Magistratura—, la misma independencia que a éste. En este sentido, el art. 107 in fine de la Carta Magna italiana dispone que “los magistrados se distinguirán entre sí únicamente por la diversidad de funciones. El Ministerio Fiscal gozará de las garantías establecidas para él por los preceptos orgánicos de la judicatura”. En el mismo sentido, el art. 108, establece que la ley garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales y “del Ministerio Fiscal destinado ante ellas. El término “magistrado” se entiende dirigido tanto a jueces como fiscales y, precisamente, esta es la denominación que, con carácter general, se utiliza en el Título IV de su Parte II intitulado “de la Magistratura” y el art. 112 de la Constitución italiana que declara que la función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial.

Esta proclamación constitucional de independencia del magistrado y, por tanto, del fiscal, ha de ser entendida desde una triple garantía; independencia colectiva externa de la Magistratura respecto del Ejecutivo que se plasma en la autonomía del *Consiglio Superiore della Magistratura*; independencia individual externa de cada magistrado respecto del Ejecutivo, e independencia interna o intra—orgánica de cada magistrado respecto de los órganos superiores y de gobierno del Ministerio Público y del *Consiglio Superiore della Magistratura*.

El fiscal ha de ser activo y el juez ha de ser pasivo. La función activa e investigadora del fiscal es contraria a la del juez (o jurado) en cuanto a que éste se halla obligado, para defender su imparcialidad subjetiva decisoria, a sostener siempre —en fase instructora y de juicio— una actitud estrictamente pasiva. Me refiero aquí, a la actitud pasiva exigida por el respeto al debido proceso, sin perjuicio de que, una vez

³⁴⁴ Reproduzco, por su especial interés, el art. 108 de la Costituzione della Repubblica italiana: “le norme sull'ordinamento giudiziario e su ogni magistratura sono stabilite con legge. La legge assicura l'indipendenza dei giudici delle giurisdizioni speciali, del pubblico ministero presso di esse, e degli estranei che partecipano all'amministrazione della giustizia”.

Se establecerán mediante ley las normas orgánicas de la judicatura y de cualquier tipo de magistratura. La ley garantizará la independencia de los jueces de las jurisdicciones especiales, del Ministerio Fiscal destinado ante ellas y de los terceros que participen en la administración de la justicia. La traducción es del Tribunal Constitucional italiano.

más, los preceptos inquisitorios que todavía anidan en la legislación procesal criminal española permitan, a través del centenario art. 729.2 de la LECrim, que el tribunal sentenciador se convierta en activo para acordar diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes de considerarlas necesarias para comprobar el relato fáctico contenido en los escritos de calificación. En este sentido, GOLDSCHMIDT —adelantado a su tiempo— rechazó la literalidad del precepto por ser contrario al principio acusatorio y, en concreto, opuesto a la necesaria pasividad procesal del juzgador de quien afirma que, con respecto a la prueba, sólo ha de tener una función receptiva y, en este sentido, el autor sostiene que la “diligencia cuya disposición se deja por el art. 729.2, a la decisión discrecional del tribunal, se supone como determinada a la comprobación de un hecho afirmado en los escritos de calificación; sin embargo, no se puede admitir que una diligencia judicial tenga otro fin que el de adquirir el convencimiento de la verdad”³⁴⁵.

Son, por tanto, —pública acusación y pública decisión— dos caras de la misma moneda: la actitud activa pretendiendo una decisión de la actitud pasiva y la decisión pasiva esperando a la pretensión activa a la que ha de acceder o rechazar. Funciones procesales aparte, no ha de olvidarse que el juez y el fiscal son parte de la construcción constitucional del propio Estado al que juntos representan y, en consecuencia, ambos encarnan al interés desinteresado de la sociedad para el cumplimiento de las leyes previamente aprobadas por ella: normas de los hombres que castigan acciones y protegen derechos. La sociedad avanzada y democrática sólo puede ser satisfecha a través de la radical imparcialidad de sus representantes en el sueño de la Justicia. En este aspecto, el fiscal y el juez constituyen dos caras de la misma moneda imparcial y, por ello, la Constitución les impone a ambos por igual —con rigor excepcional— idénticas prohibiciones e incompatibilidades para asegurar la custodia de su imparcialidad³⁴⁶.

³⁴⁵ GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...” op. cit., § 29. En el mismo sentido, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 188/2000, de 10 de julio. Ponente: VIVER PI-SUNYER, C.

³⁴⁶ Vide art. 127 de la CE.

4.6. EL MINISTERIO FISCAL FRENTE AL BINOMIO DEPENDENCIA/INDEPENDENCIA

Las posturas doctrinales frente al binomio dependencia/independencia del Ministerio Fiscal no son pacíficas. Siguiendo la clasificación de FUENTES, puede estimarse que existen tres grandes posiciones doctrinales que, a su vez, presentan subdivisiones entre sí; a saber, las que se postulan a favor de un fiscal absolutamente dependiente, las que abogan por una vinculación intermedia y, finalmente, las que defienden un fiscal absolutamente independiente³⁴⁷. A continuación, son analizadas las corrientes doctrinales principales.

4.6.1. EL FISCAL ABSOLUTAMENTE DEPENDIENTE

Puede afirmarse, que es coincidente la doctrina que concibe la existencia de un Ministerio Fiscal dependiente, con la doctrina que sostiene que es adecuado el mantenimiento del actual sistema criminal acusatorio mixto o formal de raíz napoleónica, caracterizado por la existencia de un juez instructor (investigador y decisor de medidas limitativas de derechos), y de un juez sentenciador, diferente del anterior, con facultades para condenar —en el marco del proceso penal— a una pena de mayor duración o cuantía que la interesada por la acusación, con potestad *ex officio* de práctica prueba durante la fase de juicio oral e, incluso, con facultad para dictar una sentencia condenatoria, sin perjuicio de que haya sido retirada la acusación³⁴⁸.

³⁴⁷ Cfr. FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs. 14 y ss. También, Cfr. FUENTES SORIANO O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado...* op. cit., págs. 286 y ss.

³⁴⁸ Cfr. MONTERO AROCA J., “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal...”, op. cit., págs. 375–412. En el mismo sentido, MONTERO AROCA J., “La investigación penal ¿jueces o fiscales...”, op. cit., págs 28–32. MONTERO AROCA J., (con GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO A. y BARONA VILAR S.), *Derecho Jurisdiccional...* op. cit., Vol. III, págs. 32 y ss. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores...* op. cit., particularmente 80–96. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., “El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal...”, op. cit., págs. 105–112. DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho procesal penal*, (con AA.VV.), Madrid, 2007, págs. 65 y ss. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., “El futuro del proceso penal y del Ministerio...” op. cit., págs. 9–18. Cfr. DE URBANO CASTRILLO E. “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42, 2002, págs. 12–79. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ P., “El fiscal en la actual regresión inquisitiva...”, op. cit., págs. 10–27. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ

La doctrina defensora de un fiscal dependiente, sostiene una concepción del proceso como disputa entre partes iguales, e interesadas en obtener un resultado favorable a sus propias pretensiones desplegadas en un proceso —identificable a los cánones que rigen el proceso civil— que aproxima el concepto de acusador público al de parte procesal material, e incide en los aspectos que vinculan al fiscal al Poder Ejecutivo acentuando su dependencia, que se constituye —a juicio de sus defensores— en la razón fundamental que justifica el mantenimiento del juez instructor.

En este sentido, MONTERO AROCA afirma que “es inútil querer convencernos —tenemos experiencia judicial sobrada en sentido contrario— de que el fiscal, órgano dependiente del Poder ejecutivo y en los asuntos que interesan a éste, va a tirar piedras contra su propio tejado realizando motu proprio los actos de investigación que sean contrarios a los intereses que defiende”³⁴⁹.

Con idéntico argumento, ANDRÉS IBÁÑEZ sostiene que el fiscal “suele representar, dependiendo de las peculiaridades del marco, un modelo de presencia gubernamental más o menos explícita en la administración de Justicia o, incluso, un cauce de inserción formal, o informal, a veces, de la política *tout court* en ese contexto” y, respecto del MF, señala que “se trata de una institución del *ancien regime* rescatada por el Estado liberal, con ruptura de la lógica teórico-política de la separación de poderes; también rota, en el modelo de Justicia continental del Estado liberal de derecho, con la integración de la magistratura en el ámbito del Ejecutivo”³⁵⁰.

P., (con MOVILLA ÁLVAREZ C.), *El Poder Judicial...* op. cit., págs. 385 y ss. También, Cfr. MARTÍN PALLÍN J.A., “¿Tiene futuro el juez de instrucción?”, MARTÍN PALLÍN J.A., “¿Tiene futuro el juez de instrucción?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 5, 2001, págs. 149–161. También, Cfr. BANACLOCHE PALAO J. (con ZARZALEJOS NIETO J.), *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, Madrid, 2010, ed. electro., págs 22 y ss. En el mismo sentido, Cfr. MORALES PRATS F., *La investigación penal ¿jueces o fiscales?*, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011, págs 40–43. También, GARBERÍ LLOBREGAT J., “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pág. 180. Este último autor, defiende el desdoblamiento de las funciones actuales del juez instructor en funciones investigadoras y decisorias, y la asignación a un juez de instrucción distinto cada una de las funciones.

³⁴⁹ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal ¿jueces o fiscales...” op. cit., pág. 32.

³⁵⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ P., “El fiscal en la actual regresión...” pág 12.

A pesar de poner el acento en la dependencia del fiscal, la doctrina defensora del juez instructor insiste que no ha de ser otorgada al Ministerio Fiscal, ni a sus representantes, una mayor cuota de independencia. En este sentido, DE LA OLIVA SANTOS no considera oportuno, “aunque fuese constitucionalmente posible, introducir, en el procedimiento para la designación del Fiscal General del Estado, ni en su singular estatuto, ninguna innovación” e, igualmente, se opone a “una intervención del Congreso de los Diputados o del Senado” en el proceso de nombramiento del FGE, ya que ello “alentaría la errónea idea de que todos los altos cargos del Estado han de franquear una suerte de aduana parlamentaria para empaparse de soberanía popular y adquirir así legitimidad”³⁵¹.

Los motivos para defender el estatus de dependencia gubernamental del fiscal son variados; el principal, radica en el rechazo de la posibilidad de que el Gobierno pueda quedar excluido de responsabilidad política por la actuación de los miembros del Ministerio Público. En este sentido, el autor manifiesta estar sustancialmente satisfecho de la posición institucional del Ministerio Público y “firmemente convencido de que no debe atribuirse al Ministerio Fiscal una independencia como la judicial que comporta exclusividad de la responsabilidad jurídica y ausencia de la responsabilidad política” y, consecuentemente, sostiene que la responsabilidad del fiscal debe seguir siendo exigible al Gobierno por el Parlamento. El segundo motivo para sustentar su oposición a que el acusador público sea más independiente encuentra su fundamento en procurar evitar cualquier cambio en la Constitución o, incluso, en el EOMF de 1981, a fin de no despilfarrar el gran consenso obtenido entre los grupos políticos en la aprobación de las dos normas.

³⁵¹ DE LA OLIVA SANTOS A, “El futuro del proceso penal y del Ministerio...”, op. cit., págs. 9–18. También, en relación a la comparecencia parlamentaria operada por la Ley 24/2007 de reforma de la EOMF (art. 29), Vide DEL MORAL GARCÍA, “Consejo Fiscal y nombramientos”, *Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2005, pág. 6, citado por LANZAROTE MARTÍNEZ P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma...*, op. cit., pág. 357. El autor señala que la “comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior previa al nombramiento del candidato a Fiscal General del Estado que para mí tiene mucho de símbolo lo que no significa minusvalorar los símbolos que son importantes en estos temas y poco de efectividad en la profundización de la imparcialidad del Fiscal General del Estado o la implicación real del Parlamento en su nombramiento. Los precedentes sobre ese tipo de comparecencias no son muy prometedores, pero no por ello creo que deba rechazarse esa innovación, aunque sin poner en ella más esperanzas de las debidas: de ese trámite cabe esperar lo que cabe esperar y nada más”.

El meritado autor, propone un cambio legislativo que —en puridad— no afecta al Ministerio Público como institución, sino a sus representantes individualmente considerados, que exige “determinar supuestos específicos de responsabilidad penal para los miembros del Ministerio Fiscal en el ejercicio de su función”³⁵².

Ha de afirmarse que, *de facto*, el mero endurecimiento o ampliación de los tipos penales, no ha de ser suficiente para domeñar la parcialidad innata a cualquier ministerio público que sea diseñado con marcadas pautas de dependencia. En este sentido, comparto con DEL MORAL GARCÍA que, en la práctica, “la existencia de un fiscal vinculado al Poder Ejecutivo haría imposible la investigación y persecución penal de supuestos delitos cuyo esclarecimiento y represión no interese al Gobierno” y que “la imparcialidad del fiscal quedaría malparada” ya que “no sólo la ley, sino también la oportunidad política del Gobierno de turno, se convertirían en las pautas de actuación del Ministerio Fiscal”³⁵³.

En adición a esta corriente doctrinal, que se opone a la tesis judicialista que concibe al Ministerio Fiscal, principalmente, desde su función de promotor de la Ley en una posición *supra partes* similar a la del juez, existe una tercera postura ecléctica, que afirma que la decisión de otorgar mayores poderes en la instrucción al fiscal debería ir necesariamente acompañada de garantías de imparcialidad adicionales. En concreto, ORTELLS RAMOS sostiene que no es deseable que el fiscal asuma la investigación hasta que no se deroguen los preceptos del Estatuto orgánico del MF que hacen al fiscal jerárquicamente dependiente³⁵⁴.

³⁵² DE LA OLIVA SANTOS A., “El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal...”, op. cit., págs. 106–107.

³⁵³ DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico”, *Nuevos retos de la justicia penal*, (dir. ASENIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008, pág. 220.

³⁵⁴ ORTELLS tampoco estima conveniente otorgar la investigación del delito al fiscal “mientras el Ministerio Fiscal tenga como principal función en el proceso penal la de acusar y, por tanto, no sea imparcial en sentido técnico”. Igualmente no considera conveniente que investigue el fiscal “mientras la garantía de los derechos fundamentales y procesales penales ordinarios de los ciudadanos esté residenciada en manos de los jueces, porque con su independencia e imparcialidad, esenciales a su función, realizan una tutela más efectiva, que en absoluto garantizan mejor hoy los fiscales y en definitiva mientras el fiscal no deje de ser claramente un órgano administrativo y se adscriba de alguna manera, sin serlo, al Poder Judicial”, Vide ORTELLS RAMOS, M., “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites

4.6.2. EL FISCAL RELATIVAMENTE DEPENDIENTE

La corriente doctrinal que concibe adecuado que el fiscal se sitúe en un estado intermedio en el binomio de dependencia e independencia fiscal, afirma su posición desde postulados diferentes, como son la legitimidad democrática del fiscal, la transmisión —de conformidad con el art. 97 de la CE— de la política criminal gubernamental, la autonomía presupuestaria o la independencia funcional respecto de las instrucciones particulares.

a) Legitimidad democrática del fiscal

Parte de la corriente doctrinal que considera conveniente que el fiscal asuma la investigación del delito, estima, también, oportuno —o, al menos— no lesivo, ahondar en el estatus de autonomía fiscal. La posición doctrinal más relevante sostiene que el infranqueable límite de la autonomía de la Institución se halla constituido por el mantenimiento del vínculo de legitimidad que proviene de la dependencia gubernamental. En este sentido, FUENTES explica que esta posición doctrinal entiende que la “legitimidad de un órgano que adopta decisiones y que no es nombrado de forma directa por elección popular tendrá que venirle dada por el hecho de ser nombrado, aunque sea de forma indirecta, por un órgano que sí haya sido elegido o designado por elección popular (el Gobierno) y del cual pase a depender”³⁵⁵. En igual sentido, GARCÍA MORILLO sostiene que “la legitimación democrática al Ministerio Fiscal le viene dada por el nombramiento del FGE por parte del Gobierno, por un lado, y por el principio de jerarquía como correa de transmisión de dicha legitimación a cada uno de sus miembros, por otro”³⁵⁶.

constitucionales y valoración político–jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990, págs. 223–260.

³⁵⁵ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs 13–14. Vide, también, FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la justicia penal*, (dir. ASENCIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008, pág. 187.

³⁵⁶ GARCÍA MORILLO J., “La legitimación democrática del Ministerio fiscal”, *Claves de razón práctica*, núm. 86, 1998, pág. 19, citado por FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.188.

El argumento, en esencia, es el siguiente: el pueblo español, que es el titular de la soberanía nacional (art. 1.2 de la CE), elige democráticamente a los miembros de las Cortes por sufragio universal, adquiriendo éstos la representación de aquél por un sistema de elección que les confiere a los miembros de ambas Cámaras, su propia legitimidad democrática (art. 66.1 CE). La elección del presidente del Gobierno por sufragio entre los miembros del Congreso de los Diputados, legitima democráticamente al Presidente y al Gobierno que éste elige (art. 99 de la CE). La proposición de nombramiento o, más correctamente, la material designación gubernamental del FGE, legitima democráticamente a éste y, también, a través del principio de dependencia jerárquica que actúa como correa o mecanismo de transmisión, legitima democráticamente a cada uno de los miembros del Ministerio Fiscal (arts. 124.4 y .2 de la CE).

En contra, ARMENTA DEU señala que "la legitimación democrática, entendida como representatividad, no es un fundamento legitimador "en el caso del Ministerio Fiscal, ni tan siquiera del Gobierno, del que procederían las instrucciones para su actuación", y que "la legalidad a la que, en todo caso, debe someterse el fiscal (art. 124 CE) está presidida por la Constitución y las leyes que emanen de las Cortes como expresión de la voluntad popular, sin que pueda en modo alguno hablarse de una doble fuente de legitimación de normas con efectos externos —que serían sin duda alguna las instrucciones— al estilo del constitucionalismo de principios del siglo XIX, como resultado de la reacción monárquica"³⁵⁷.

b) El fiscal y la política criminal

Como es conocido, el artículo 97 de la CE encomienda al Gobierno la dirección de la política interna y, es pacíficamente admitido, que dentro de la política interna se halla inserta la política criminal. Con razón, afirma FUENTES que "es al Poder Ejecutivo al que compete el establecimiento y diseño de una política criminal concreta; política criminal que no podrá llevarse a cabo si no es con el apoyo y colaboración de

³⁵⁷ ARMENTA DEU T., "La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...", págs. 294–295.

quien ejercita la acción penal —el Ministerio Fiscal—³⁵⁸. En este mismo sentido, LÓPEZ AGUILAR señala que “todo sistema penal democrático debe aspirar a tener un determinado cauce institucional de diseño y ejecución de una cierta política criminal, en el que esa promoción de la acción pública penal sea razonablemente un instrumento capital. El MF es, pues, una pieza clave en una ejecución de la política criminal determinada por quien, constitucionalmente tiene facultada para ello”³⁵⁹. MARTÍN PASTOR sostiene que el Ministerio Fiscal investigador contribuiría al desarrollo y a la aplicación de la política criminal del Ejecutivo superando los inconvenientes de la instrucción judicial, como consecuencia de que en ésta, el juez “ejerce la función investigadora de modo autónomo”, lo que impide que la “política criminal del Gobierno sea unitaria y homogénea”³⁶⁰. FLORES PRADA, acentúa la importancia del papel del Ministerio Público como “filtro de la legalidad” de la política criminal del Gobierno considerando que es uno de los rasgos que caracterizan la identidad de la Institución³⁶¹. MORENO CATENA sostiene que “la Constitución atribuye al Gobierno la responsabilidad de la política interior” y que “dentro de ella se comprende sin lugar a dudas la política criminal” por lo que “la acción política del Gobierno en este punto no puede quedar reducida a la actuación de la policía de seguridad ni a la iniciativa legislativa; ninguna de estas actuaciones es propiamente política criminal”³⁶². En igual sentido, GUZMÁN FLUJA señala “que se debe asumir con naturalidad que el Gobierno tiene derecho a establecer y desarrollar la política criminal y que uno de los instrumentos para hacerlo es el Ministerio Fiscal”³⁶³. Por su parte, GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ, en idénticos términos, afirman que “si se sostuviera la independencia del MF, y dada la función de defensa de los intereses públicos y la satisfacción del interés social que el MF tiene encomendada, ciertamente quedarían en manos de unos funcionarios de carrera, autónomos y exentos de toda

³⁵⁸ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., págs.186–187.

³⁵⁹ LÓPEZ AGUILAR J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución...* op. cit., pág. 200.

³⁶⁰ MARTÍN PASTOR J., “La reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más...”, op. cit., págs. 29–30. Cfr. MARTÍN PASTOR J., *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005, pags. 26 y ss.

³⁶¹ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 531.

³⁶² MORENO CATENA V., “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Sistemas penales europeos*, núm. 4, 2002, pág. 34.

³⁶³ GUZMÁN FLUJA, V., “La investigación penal ¿jueces o fiscales?”, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011, pág. 46.

responsabilidad política, la labor de definir caso a caso el contenido de conceptos (como el de intereses públicos o interés social) cuya integración es evidentemente de contenido y de decisión política”³⁶⁴.

El incuestionable principio —o precepto— constitucional que establece el derecho y la obligación gubernamental de implementar y desarrollar la política criminal, no excluye que pueda percibirse cierta preocupación en una parte de parte la doctrina —y también en muchos fiscales— sobre la regulación constitucional y legal en materia de dependencia *ad extra* o gubernamental que ha sumido al MF en un estado que impide —o puede impedir— el ejercicio imparcial de las funciones constitucionales fiscales.

En este sentido, DEL MORAL GARCÍA afirma que “no pocas veces la dirección de la Política Criminal ha sido la coartada esgrimida para afirmar la dependencia del Fiscal frente al Poder ejecutivo, aunque de hecho el Gobierno cuando ha utilizado al MF no ha sido precisamente por cuestiones de Política Criminal, sino más bien por cuestiones de política, sin mayúsculas, y posiblemente con el adjetivo criminal pero utilizado en un sentido más vulgar: la experiencia de muchos años muestra que en sus relaciones con el MF el ejecutivo suele estar mucho más preocupado por los posibles crímenes de los políticos que por la Política Criminal”³⁶⁵.

Constituyen, a mi juicio, características propias e inseparables de un sistema criminal acusatorio formal avanzado, tanto el derecho que el Gobierno ostenta de dirigir la política criminal representando el interés de los ciudadanos, cuanto el principio —fundado en la dignidad del reo, de la víctima y de la sociedad—, que exige que fiscal

³⁶⁴ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho...* op. cit., págs. 165–166. En el mismo sentido, Vide LANZAROTE MARTÍNEZ P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma...*, op. cit., pág. 380. El autor, señala que las “necesidades de la puesta en práctica de una concreta política criminal dirigida a la prevención, persecución y castigo de la criminalidad y la consiguiente responsabilidad política que ello provoca, justificaría la vinculación entre el Gobierno y el MF. El fracaso de una política criminal genera una responsabilidad política a la que está sujeto el Gobierno (art. 108 Constitución) y no los jueces. Al Gobierno no le puede ser indiferente el modo en que son aplicadas las Leyes penales aprobadas por el órgano legislativo y es indiscutible que en éste ámbito el papel del MF, en cuanto órgano promotor de la jurisdicción y titular de la acción penal pública, resulta esencial”.

³⁶⁵ DEL MORAL GARCÍA, “Consejo Fiscal y nombramientos...”, op. cit., pág. 5.

debe poder actuar de *facto* con imparcialidad. En este sentido, conviene al argumento analizar el sistema de dependencia *ad extra* del MF. A este fin, es preciso distinguir entre dependencia *ad extra* funcional y orgánica.

c) Independencia *ad extra* funcional del Ministerio Fiscal

La doctrina es crítica con el modelo de designación gubernamental del Ministerio Fiscal y con el diseño jerárquico de la Institución, que la hace fácilmente permeable a los deseos —espurios o no— del Gobierno de turno. En este sentido, MARCHENA GÓMEZ señala que “los debates constituyentes que precedieron a la redacción definitiva del texto de 1978, reflejan una oportunidad histórica perdida a la hora de diseñar un MF que abandonara la tensión estructural que padece con origen en la exigencia de una promoción imparcial de la acción de la Justicia y la resonancia gubernamental aún mantenida en el sistema de elección de la cúspide jerárquica del instituto” y que el EOMF de 1981, “lejos de profundizar en la descripción constitucional del MF, se vio afectado por la rutina histórica en la reglamentación de sus funciones, tratando de compensar su definitiva influencia gubernamental con una ficticia integración, con autonomía funcional, en el Poder Judicial”³⁶⁶. ANDRÉS IBÁÑEZ, ha puesto de relieve la “contradicción entre los fines constitucionalmente atribuidos al fiscal y el diseño orgánico y, como consecuencia, las conocidas dificultades de caracterización del instituto”³⁶⁷. LANZAROTE MARTÍNEZ, señala que “el avance que en su día supuso la Constitución de 1978 y el EOMF de 1981 sólo lo fue, se quiera o no, en unos términos de mero enmascaramiento de una realidad precedente caracterizada por la sumisión gubernamental y una férrea jerarquía interna” y que “se quiso alejar a la Institución de nuestra tradición histórica pero, en el fondo, con el sistema de designación y cese de su cúpula jerárquica se mantuvo al MF demasiado cerca de un Poder Ejecutivo siempre dispuesto a extender sus tentáculos sobre la Institución para ponerla, más o menos disimuladamente, al servicio de sus intereses, cerrándose la regulación con el establecimiento de un principio de jerarquía concebido en unos términos innecesariamente rígidos para justificar su vigencia en aras a la consecución de la siempre necesaria unidad de actuación del MF”. En el mismo sentido, COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA señala que “no es extraño que

³⁶⁶ MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 194.

³⁶⁷ ANDRÉS IBÁÑEZ P., “El fiscal en la actual regresión...”, op. cit., pág. 12.

aparezca cierta desconfianza hacia el fiscal cuando se trata de poner en sus manos la responsabilidad de la fase inicial del proceso penal, pues cabe la posibilidad de dar ocasión a esferas de relativa impunidad en las zonas de intereses del Gobierno”³⁶⁸.

Hoy, el Ministerio Fiscal como institución, se halla libre de obediencia funcional directa al Ejecutivo. Es posible realizar tal afirmación como consecuencia de la vigente redacción del artículo 8 del Estatuto orgánico del MF de 1981, que declara que “el Gobierno podrá interesar del Fiscal General del Estado que promueva ante los tribunales las actuaciones pertinentes en orden a la defensa del interés público”. En este sentido, ASECIO ha destacado que el Gobierno “se ha de limitar a interesar no a ordenar, por lo que el grado de vinculación es algo más relativo”³⁶⁹. Por su parte, MORENO CATENA ha afirmado, “que la situación del Ministerio Fiscal en la órbita del Poder Ejecutivo no implica sumisión a órdenes del Gobierno, que sólo podrá, de acuerdo con el Estatuto, interesar su actuación”³⁷⁰.

La esencia del nuevo precepto es el verbo *interesar* que sustituye al verbo *ordenar* del anterior Estatuto de 25 de marzo de 1969 que, en su artículo 86.2, establecía que “el Ministro de Justicia podrá dirigir al Fiscal del Tribunal Supremo orden escrita o verbal, en caso de urgencia, respecto de asuntos genéricos o especialmente determinados en los que, conforme a las funciones que le son propias, deba intervenir el Ministerio Fiscal” y que “el Fiscal del Tribunal Supremo cumplirá dichas órdenes, ejercitando las acciones procedentes conforme a las leyes”.

En el vigente Estatuto de 1981, el Gobierno sólo puede *interesar* que es, en realidad, una forma elevada del verbo *solicitar* y, en consecuencia, no puede ordenar. Por este motivo el artículo 86.3 dispone que “el Fiscal General del Estado, oída la Junta

³⁶⁸ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA M., “Investigación e instrucción en el proceso penal”, *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 58, 2004, pág. 104. El autor, afirma que “la percepción pública se ha orientado a entender que algún Gobierno ha podido utilizar al Fiscal General para su conveniencia, y no me refiero al desarrollo de una política criminal de carácter general, también, en ese mismo sentido se ha entendido que la oposición lo ha utilizado para desgastar al Gobierno, trasladando a la opinión pública la impresión de una indebida y excesiva vinculación del fiscal con el Ejecutivo”.

³⁶⁹ ASECIO MELLADO J.M. *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 141.

³⁷⁰ MORENO CATENA V., “El proceso penal español. Algunas alternativas...”, op. cit., pág. 34.

de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada”. Si la autoridad gubernamental no puede ordenar, su influencia es solo política por lo que, solamente podrá asegurarse del cumplimiento de lo que haya interesado si confía en la lealtad política de quien ocupe en cada momento histórico el cargo de Fiscal General del Estado. Es evidente, que en el caso español, toda solicitud con fuerza política que sea favorablemente acogida por el Fiscal General del Estado, se convierte en orden de cumplimiento para todos los fiscales por mor de la estructura piramidal del MF donde su vértice o Fiscal General, ostenta —en materia de instrucciones particulares— un poder absoluto sobre los fiscales.

Y, en consecuencia, puede afirmarse que si se destruyera la dependencia jerárquica *ad intra* respecto de la potestad de dictar instrucciones particulares, la circunstancia de que la cabeza —o representante— de la Institución fuera designada políticamente, constituiría un mero elemento legitimador del Ministerio Fiscal, sin capacidad para afectar funcionalmente a la independencia ni a la imparcialidad de los fiscales³⁷¹.

Si se me permite un breve ejemplo, a fin de delimitar el concepto de política criminal que, generalmente, acostumbra a anidar en el etéreo ámbito de lo abstracto; supóngase, que ante una ola de accidentes viales con víctimas mortales provocados por conductores ebrios reincidentes, se produce un estado de alarma social en la población

³⁷¹ Los aspectos más relevantes tenidos en cuenta por la doctrina sobre la figura del Fiscal General de Estado son el modo de designación y la duración del ejercicio del cargo, a fin de evitar que coincida con el mandato del Ejecutivo y, de ese modo, desvincularlo de éste, barajándose la posibilidad de aumentar en tiempo de duración del cargo a 5 años, si bien ha de advertirse que con ello se reduciría la legitimidad democrática del mismo. Sobre la materia, Vide FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs. 17 y ss. En el mismo sentido, FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 301 y ss. También, GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF en la investigación penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006, págs. 89 y ss. LÓPEZ AGUILAR., *La justicia y sus problemas en la Constitución...* op. cit., págs 194 y ss. DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico...” op. cit., págs. 224 y ss. Este último autor, apunta que el plazo de 5 años es el que constaba en las enmiendas de muchos grupos parlamentarios durante el debate de la reforma del Estatuto orgánico de 2003. Grupos: Socialista, Nacionalista Vasco, Coalición Canaria, Izquierda Unida, Bloque Nacionalista Gallego y Catalana de Progrés.

y, el Poder Ejecutivo, sensible a la demanda popular, decide solicitar al FGE que dicte una Circular de carácter general para articular criterios de política criminal. Aceptada la solicitud por la Fiscalía General, en esta hipotética Circular, de cumplimiento obligatorio para todos los fiscales, se instruye a los miembros de la Pública Institución a fin de que no acepten propuestas de conformidades en caso de imputados reincidentes por la comisión de un delito del art. 379.2 del Código Penal, salvo que la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor, reducida conforme al art 801 LECrim, supere los 2 años de duración a fin de que, resulte aplicable el art. 47 *in fine* del CP de forma que, el permiso de conducir del conductor condenado pierda su vigencia. Este pequeño ejemplo, por sencillo que pueda ser, permite observar que, a los fines de la dirección de la política criminal, lo único necesario son las instrucciones generales, escritas, públicas; que es, precisamente, lo contrario de las instrucciones funcionales particulares o individuales sobre las que no cabe apreciar utilidad aparente salvo la histórica e impúdica pretensión —antaño regia costumbre— de ejercitar un control gubernamental sobre la Justicia particular. De nuevo, si un fiscal dolosamente no cumpliere la ley o las circulares generales, bien podrá aplicarse contra él el régimen disciplinario o la legalidad penal, de la misma forma que podrá aplicarse contra el juez que voluntariamente incumpla la ley o la doctrina consolidada del TC o del TS.

Cuestión radicalmente distinta, es la dirección orgánica del Ministerio Público, para el que es necesario establecer criterios reales de autonomía orgánica y presupuestaria y desligar su dirección —de forma absoluta— del Ejecutivo— si se quiere garantizar la imparcialidad del fiscal, en los términos que a continuación se analizan.

d) Independencia *ad extra* orgánica del Ministerio Fiscal

GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA definen al MF como “un órgano público instituido por el Estado en función de la Justicia y no del mero interés gubernativo o de la razón de Estado, pero independiente del órgano jurisdiccional, con quien coopera”³⁷².

³⁷² GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...op. cit.*, pág. 70.

Con dependencia e independencia orgánica *ad extra*, se hace referencia al grado de vinculación entre el Gobierno y el Ministerio Público, en términos organizativos, de jerarquía administrativa, de presupuesto, de medios materiales, de personal funcional y laboral o de contratos con terceros. Y, también, en términos de potestad y responsabilidad disciplinaria.

—Independencia presupuestaria y organizativa

Si bien es cierto, que el artículo 2 del EOMF estatuye que el Ministerio Fiscal se halla “integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial”, la generalidad de la doctrina entiende que, en la práctica, no existe la integración proclamada. En este sentido, MORENO CATENA afirma que “la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno es relativa”, ya que “el Ministerio Fiscal no pertenece desde luego al Poder Judicial por mucho que en el Estatuto de 1981 se dijera que está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, ya que ni juzga ni hace ejecutar lo juzgado; pero tampoco el Ministerio Fiscal en España pertenece al Ejecutivo, como una suerte de apéndice del Ministerio de Justicia”³⁷³. En el mismo sentido, GIMENO, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ señalan que “no puede concebirse en modo alguno al MF como un órgano independiente y ajeno a los distintos poderes del Estado, que represente por sí mismo un Poder, una especie de cuarto poder desvinculado de los demás” y que “el MF es un órgano del Estado, de naturaleza administrativa y no judicial” y que “tampoco depende del Gobierno, sino que opera con autonomía funcional respecto del mismo”³⁷⁴.

ASENCIO concluye, que el Ministerio Fiscal únicamente puede ser definido “como órgano del Estado o bien como órgano colaborador de la Jurisdicción, eso es,

³⁷³ MORENO CATENA V., “El proceso penal español. Algunas alternativas...op. cit., págs 33–34.

³⁷⁴ GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho*...op. cit., págs. 164–165. En contra, CONDE–PUMPIDO sostiene que “pese a la unívoca voluntad legislativa que representa la literalidad del precepto [art. 2 del EOMF], es cuestionado por la doctrina, pensamos que más por inercia de los prejuicios que por el recto resultado del análisis de las normas”, Vide CONDE–PUMPIDO FERREIRO, *El Ministerio Fiscal*...op. cit., pág. 50.

como un órgano propio de la organización estatal que desarrolla sus funciones al margen o con autonomía del resto de poderes del Estado y sometido únicamente al principio de legalidad”³⁷⁵. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, apunta que “no exististe acuerdo acerca de si el MF ha de ser caracterizado como un mero instrumento al servicio del Gobierno o, por el contrario, como una genuina autoridad administrativa independiente en el mismo sentido que incuestionablemente lo es, por ejemplo el Banco de España” y, con ironía, señala que “no está de más subrayar que los principales partidos políticos han ido intercambiándose los papeles según se hallaran en la mayoría o en la oposición: ha sido indefectiblemente esta última la que sostiene con vehemencia que el Ministerio Fiscal debe estar desvinculado del Gobierno”³⁷⁶.

Respecto del modelo conceptual del Ministerio Público como agencia independiente, FUENTES afirma que este concepto “mantendría un notable grado de independencia para el Ministerio Fiscal y que consistiría en trasladar a dicha institución el sistema de funcionamiento de los Bancos Centrales o, más concretamente, las Agencias independientes”. En este sentido, explica la autora que “tras el Tratado de Maastricht, los Bancos Centrales mantienen una cierta relación con el Gobierno centrada, fundamentalmente, en que éste mantiene la facultad de nombramiento de los miembros de la agencia independiente; pero el Gobierno no puede dirigir órdenes ni instrucciones a las agencias independientes del mismo modo que no puede revisar sus decisiones, ni tiene, en modo alguno, capacidad de cese”. Aceptar la tesis del Ministerio Fiscal como agencia autónoma —afirma la autora— “al margen de su inicial inconstitucionalidad” y de la consecuente necesidad de reforma de la Constitución española para su aprobación, implica admitir que “nadie sería políticamente responsable ante el Congreso de los Diputados de la política criminal del Estado”, a menos que se acepte, que el Fiscal General del Estado “respondiese ante las Cortes Generales”³⁷⁷.

Es cierto, que cualquiera que haya de ser naturaleza del Ministerio Fiscal en abstracto y, consecuentemente, cualquiera que deba ser el grado de autonomía organizativa que ha de ser conferido a la Institución; si lo se pretende conseguir es una

³⁷⁵ ASENCIO MELLADO J.M. *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 140.

³⁷⁶ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar...* op. cit., págs. 162-163.

³⁷⁷ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...*, pág. 17. También, FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 301 y ss.

imparcialidad *de facto* del individuo fiscal, ha de concluirse que deviene irrenunciable dotar al Ministerio Fiscal de un nivel elevado de independencia orgánica. Si al Ministerio Fiscal no se le garantiza su independencia presupuestaria y organizativa, el Gobierno de la nación podrá siempre utilizar el estrangulamiento de medios económicos y personales para intentar domeñarlo. En este sentido, el LIBRO BLANCO del Ministerio Fiscal insiste en lograr la independencia presupuestaria como cauce —sostiene— para garantizar la imparcialidad y, en este sentido, afirma que: “aún teniendo el Ministerio Fiscal autonomía funcional, tiene, sin embargo, limitada en gran medida su autonomía de gestión y presupuestaria. Esta limitación, contribuye a la configuración de una imagen pública de dependencia del Ejecutivo, y puede comprometer además la autonomía funcional, puesto que, si no se dispone de medios de gestión ni de presupuesto propios, la funcionalidad autónoma puede quedar vacía de contenido y, poner en entredicho, en última instancia, la imparcialidad que trata de garantizar”³⁷⁸.

En este sentido, el Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA, respalda las aspiraciones de la Fiscalía General del Estado y se pronuncia en el sentido de estimar, que las “disposiciones presupuestarias existentes para la Fiscalía no son plenamente satisfactorias” y recomendar el establecimiento de un presupuesto independiente para el Ministerio Fiscal o, bien, una partida presupuestaria separada, si la dotación económica de la Pública Institución, siguiera siendo parte del presupuesto del Ministerio de Justicia³⁷⁹.

También, ha de recordarse la Opinión 7 (2012), del CONSEJO CONSULTIVO DE FISCALES EUROPEOS del CONSEJO DE EUROPA en la que se declara que la

³⁷⁸ LIBRO BLANCO del Ministerio Fiscal, Consejo Fiscal, Madrid, 2013, pág. 55.

³⁷⁹ Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA para la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en 62ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 2013, apartado 130. El Informe declara que: “en lo que se refiere a la autonomía económica, el presupuesto del MF es parte del presupuesto del Ministerio de Justicia (y parte del presupuesto de los de las Comunidades Autónomas a las que se han transferido competencias de la administración judicial). El tema de la autonomía económica del Ministerio Fiscal es claramente un tema candente. A juicio del EEG, las disposiciones presupuestarias existentes para la Fiscalía no son plenamente satisfactorias. Debería haber bien un presupuesto aparte para la Fiscalía o bien debería estar cubierto por una partida separada si siguiera siendo parte del presupuesto del Ministerio de Justicia”.

independencia económica de los ministerios públicos tiene como fin garantizar la imparcialidad en el ejercicio de la acusación pública³⁸⁰. Y, a mayor abundamiento, no cabe olvidar que el Estatuto de 1981 dispone que Estado y CC.AA. deberán prever y singularizar las partidas presupuestarias dedicadas al MF (art. 72.3 EOMF).

—Independencia disciplinaria

Resulta obvio afirmar, que cualquiera que abogue en favor de un fiscal que —en el ejercicio de sus funciones constitucionales— goce de garantías materiales de imparcialidad frente al Ejecutivo, ha de rechazar el vigente sistema sancionatorio interno en el que, la potestad disciplinaria —que alcanza la separación definitiva de la Carrera fiscal— es ejercitada, —en última instancia— por el Ministro de Justicia.

Es evidente, que la disposición contenida en el artículo 67 del Estatuto relativa a la competencia del Ministro de Justicia para conocer del recurso en alzada contra las decisiones del Fiscal General en materia sancionatoria y para resolver sobre la propuesta de FGE de sanción de separación de la Carrera Fiscal, constituye un importante elemento de dependencia *ad extra* pernicioso para la imparcialidad del fiscal e inútil, por motivos obvios, para cualquier otra finalidad. Frente a las resoluciones del Consejo Fiscal en materia disciplinaria, no resulta comprensible ni justificable, la existencia de cualquier otro órgano distinto al judicial, para conocer de los recursos que, en su caso, hayan de formularse.

4.6.3. EL FISCAL ABSOLUTAMENTE INDEPENDIENTE

Las conocidas como “tesis judicialistas” abogan por la conveniencia de diseñar un Ministerio Fiscal, en cuyo seno, sus miembros, gocen de un estatus judicial independiente a imitación del otorgado por el derecho italiano a la magistratura postulante. Afirma FUENTES que “las posiciones que preconizan la absoluta

³⁸⁰ Opinión 7 (2012), del CONSEJO CONSULTIVO DE FISCALES EUROPEOS del CONSEJO DE EUROPA, apartado 26. Texto original: “financial independence of prosecution services is aimed at guaranteeing fairness of criminal prosecution, effective protection of human rights and fundamental freedoms in criminal proceedings in general and, finally, a proper administration of criminal justice”.

independencia del Ministerio Fiscal parten de una supervaloración del principio de legalidad como fuente de legitimación de la institución”³⁸¹. Las tesis judicialistas, argumentan, que para cumplir la misión constitucional del MF de velar a por la independencia de los tribunales (art. 124.1 de la CE), se hace preciso que la Institución no dependa del Gobierno, ya que éste es, precisamente, el mayor enemigo potencial de la independencia judicial. En este sentido, CONDE PUMPIDO–FERREIRO señala que “el Ministerio Fiscal es un *custos legis*, si bien reducido al ámbito del Poder Judicial o de los tribunales”³⁸². En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA afirma que la necesidad de que el MF sea independiente como institución, es una exigencia que resulta del “examen de la Constitución y de las leyes”, si no se quiere vaciar de contenido el principio de independencia del Poder Judicial y que, “sin un Ministerio Fiscal independiente, los principios de independencia del Poder Judicial y de posibilidad de control de la actuación del Ejecutivo a través de los jueces y tribunales se convertirían en una quimera”³⁸³.

Sin querer restar importancia y solidez al argumento, ha de afirmarse que con la aplicación del principio de legalidad, la interdicción de las instrucciones particulares *ad extra* y *ad intra*, la prohibición de la designación y avocación de asuntos concretos, la transformación integral del sistema disciplinario y, la no menos radical, modificación del sistema de designación de cargos discrecionales para las jefaturas; puede garantizarse un adecuado control de la independencia judicial por el Ministerio Fiscal, sin necesidad de adoptar los postulados de las tesis judicialistas.

Por otro lado, cabe destacar que parte la doctrina defensora de la absoluta independencia del MF como elemento autónomo integrante del Poder Judicial, sólo postula la independencia *ad extra* frente al Ejecutivo mientras que, al mismo tiempo, se muestra absolutamente sumisa frente a la figura del FGE como vértice jerárquico y frente a la dependencia *ad intra* del individuo fiscal frente a la jerarquía. Este diseño del

³⁸¹ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág 18.

³⁸² CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 54.

³⁸³ DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico...” op. cit., pág. 220. En contra, FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág 19. La autora afirma que “el principio de legalidad anulará este argumento por cuanto lógicamente legitima al Ministerio Fiscal a desobedecer las órdenes ilegales del Gobierno”.

no MF es elogiable ya que ni legitima democráticamente a la Institución, ni permite que sea ejercitada la política criminal por el Gobierno, ni tampoco garantiza la efectiva independencia —en asuntos particulares— del MF frente al Ejecutivo, ya que no puede asegurarse que las instrucciones particulares, dado el sistema de designación del FGE, no puedan partir de éste y recorrer todo el entramado jerárquico de la Institución.

En adición a los anteriores razonamientos, la doctrina ha formulado otros dos argumentos contrarios a la independencia del Ministerio Fiscal. El primero, en cuanto a la Institución, se fundamenta sobre la base de que el Ministerio Fiscal no es Poder Judicial. En este sentido, la doctrina, —a salvo excepciones— se muestra generalmente pacífica al considerar que el MF, a pesar de la dicción literal del art. 2.1 del EOMF, no se halla integrado en el Poder Judicial.

En este sentido, ASECIO afirma que “el MF no forma parte del Poder judicial”³⁸⁴ y, en idénticos términos, LÓPEZ AGUILAR, sostiene que conviene transcurrir sobre la directriz de la “desactivación de las lecturas más claramente sesgadas, perjudiciales o corporativas del Estatuto Fiscal, comenzando, desde luego, por la de su más deshinibidamente pretendida equiparación *toto coelo* con el Poder Judicial”³⁸⁵. En contra, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, señala que la “integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial se produce con carácter autónomo, autonomía que proviene de su doble condición de órgano del Estado y no de uno de sus Poderes, y de defensor de la legalidad, lo que obliga a una actuación independiente, sin subordinación a ningún otro órgano o poder” resultando “obvio que no cabe una dependencia de otros órganos o poderes, susceptible de imponerles intereses espurios, parciales o distintos a los consustanciales con esa legalidad”³⁸⁶.

³⁸⁴ ASECIO MELLADO J.M. *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 140. También, Cfr. GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 164. Los autores afirman que “el MF no es Poder Judicial” y que “por más que el Estatuto Orgánico del MF (EOMF), aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, proclame que el MF está integrado con autonomía funcional en el Poder judicial (art. 2), lo cierto es que realmente el MF no es parte del Poder Judicial, ni cabe una tal integración si se quiere que la expresión legal sea algo más que una declaración retórica”.

³⁸⁵ LÓPEZ AGUILAR J. F., *La justicia y sus problemas en la Constitución...* op. cit., pág. 183

³⁸⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO C., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 54.

El segundo argumento, relativo al individuo fiscal, es sostenido por GIMENO en defensa de la consolidación del proceso acusatorio, afirmando, con razón, que sin perjuicio de la conveniencia de que se alcancen mayores cuotas de autonomía, una absoluta independencia del MF podría llegar a significar una lesión al proceso principio acusatorio ya que nada obstaría a que el fiscal con estatus judicial independiente pudiera producir actos de prueba sumarial anticipada³⁸⁷.

4.7. PROPUESTAS PARA UNA MAYOR AUTONOMÍA FUNCIONAL DEL MINISTERIO FISCAL

Es mi juicio, que la clave de la independencia fiscal exige distinguir y separar las instrucciones particulares de las instrucciones generales de acuerdo con el siguiente esquema: ningún fiscal debe de poder recibir una instrucción particular ni *ad extra* ni *ad intra* y, por el contrario, todos los fiscales deben de estar obligados por ley y, con sometimiento a responsabilidad disciplinaria, a dar cumplimiento de las instrucciones de carácter exclusivamente general que sean formuladas por la Fiscalía General del Estado —idealmente sin intermediarios— por escrito y con publicidad, salvo que sean contrarias a la ley.

En este sentido, FLORES PRADA afirma que “roto el principio de dependencia [funcional] externa, es necesario buscar una solución imaginativa que encuadre al Ministerio Fiscal en el marco del juego de poderes, evitando que dicha ruptura desemboque en una independencia institucional externa difícilmente imaginable en un Estado de Derecho”. El autor sostiene, que de conformidad con la teoría de la autonomía funcional, construida sobre el principio de competencia, “es posible concebir a un Ministerio Fiscal vinculado con el Ejecutivo a través de las instrucciones generales

³⁸⁷ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...”, op. cit., págs. 89–90. El autor afirma que “no parece aconsejable potenciar la independencia absoluta del MF frente al poder Ejecutivo. Si el MF español (y en la línea sustentada, por ejemplo, por el CPP italiano) ostentara las mismas garantías de la independencia judicial, abstracción hecha de que esta supuesta reforma podría ser inconstitucional (...) se prestaría un flaco favor a la reforma, pues, ningún obstáculo existiría en que el MF pudiera generar actos instructorios de prueba, en cuyo caso un celo excesivo por su parte le podría llevar a ser exhaustivo en la instrucción a fin de llegar al juicio oral con la totalidad de la prueba de cargo ya realizada”. También, Vide ASENCIO MELLADO J.M., *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005, pág. 107.

y positivas pero no a través de la dependencia que implicaría también las instrucciones particulares y negativas”³⁸⁸. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ considera que “la única dependencia que cabe reclamar para el Ministerio Fiscal es independencia en sentido débil”. El autor afirma que la solución más equilibrada que permite cohonstar las exigencias de legalidad y de política criminal una suerte de vinculación equilibrada o “autonomía operativa” que consiste en que “el Gobierno debe ser responsable de los criterios generales de actuación del MF pero debe abstenerse de interferir sus decisiones en casos concretos”³⁸⁹.

Con precisión, FUENTES estima adecuado, como medida a considerar en defensa de la autonomía funcional del fiscal en los delitos de criminalidad o corrupción gubernamental, la proscripción de las instrucciones de no actuación a los fiscales por parte del FGE³⁹⁰. La posición de la autora, coincide parcialmente con la sostenida por la Recomendación 2000 (19) del CONSEJO DE EUROPA, que declara que “las instrucciones individuales de no continuar estarán en principio prohibidas y, de no ser así, tales instrucciones, por supuesto excepcionales” deberán dictarse por escrito, ser impugnables ante la jurisdicción y “se someterán a un control específico para garantizar su transparencia”³⁹¹.

No obstante la recomendación europea, la dependencia jerárquica *ad intra* de cada fiscal es un elemento o principio contenido de forma mayoritaria en la regulación de los ministerios públicos en el Derecho comparado y constituye —siempre— un peligro para la imparcialidad del fiscal³⁹². El modelo actual de cohesión jerárquica del

³⁸⁸ FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., págs. 704.

³⁸⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., págs. 176. También, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005, pág. 117.

³⁹⁰ FUENTES SORIANO O., *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005, pág. 118. Respecto de las principales manifestaciones del concepto doctrinal de vinculación indirecta del fiscal, Vide FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...*, op. cit., págs. 14–18.

³⁹¹ Recomendación 2000 (19) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, apartado, 13–f.

³⁹² Entre otros, respecto del sistema jerárquico del MF alemán, Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 50 y ss. Sobre el sistema jerárquico del Ministerio Público francés, Cfr. LACOSTE G., “Sistema procesal francés...”, op. cit., págs. 166 y ss. Respecto del

MF ha sido establecido por el artículo 124.2 de la CE y desarrollado por el vigente Estatuto orgánico de 1981. Se trata de un diseño de dependencia no solo orgánico sino, también, funcional. Su implementación y su extensión ha sido protegido por el EOMF a través del diseño de un conjunto de potestades de control jerárquico que pueden amenazar y atenuar la neutralidad del fiscal, que se concretan en la potestad del FGE o del fiscal superior o del fiscal jefe de designar el conocimiento de un asunto determinado a un fiscal determinado, del poder —inverso— de avocación de asuntos concretos, de la potestad de designación de cargos discrecionales por el FGE —sin perjuicio de que hayan de ser oídos otros órganos— y del establecimiento de un sistema interno, de responsabilidad disciplinaria, particularmente apto para sancionar el incumplimiento de instrucciones particulares.

La jerarquía interna es una cuestión, que los órganos del Ministerio Fiscal no han puesto —al menos, oficialmente— en relación con la imparcialidad del fiscal. En este sentido, el LIBRO BLANCO del Ministerio Fiscal, dedica el segundo de sus dos capítulos a “la autonomía como garantía de la imparcialidad”, en el que se sostiene —con mucha razón— que “ante los cambios que se atisban y la posibilidad de que se atribuya la investigación al Ministerio Fiscal” han de establecerse mecanismos que refuercen la autonomía funcional, organizativa, de gestión y presupuestaria del Ministerio Público. Se concluye con la formulación de 3 propuestas, del siguiente tenor:

—Incremento de los niveles de autonomía organizativa, presupuestaria y de gestión del Ministerio Fiscal.

—Fortalecimiento de la Fiscalía General como órgano directivo del Ministerio Fiscal, dotando a sus tres unidades (Secretaría Técnica, Inspección Fiscal y Unidad de Apoyo) de mayores niveles de autonomía en la gestión.

sistema jerárquico anglosajón, Cfr. ALED W., “Aproximación al sistema de justicia criminal en Inglaterra y Gales”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. VI, Madrid, 2001, págs. 121 y ss.

—Individualización presupuestaria de las partidas destinadas a financiar las necesidades del Ministerio Fiscal y al establecimiento de mecanismos de control de la ejecución³⁹³.

Si bien inicialmente, desde luego, puede sorprender que ninguna de las propuestas y, por lo demás, que en ningún otro lugar del libro, se preste atención —ni mención— al potencial peligro a la imparcialidad del fiscal que nazca o provenga del principio de dependencia jerárquica ad intra del MF; lo cierto es que ha de significarse que al ser la dependencia jerárquica un principio constitucionalmente declarado —con rigor— el debate debe sostenerse en el campo doctrinal antes que en el parlamentario y, sólo después, si a ello ha lugar, en campo el institucional.

La relación entre jerarquía interna e imparcialidad ha sido puesta de manifiesto por la asociación “Unión Progresista de Fiscales”, al sostener, que “no cabe plantearse seriamente la asunción de la investigación penal por el fiscal sin que paralelamente se plantee la reforma de nuestro Estatuto Orgánico para introducir mecanismos eficaces de garantía de nuestra autonomía, tanto hacia fuera —respecto del Ejecutivo, lo que enlaza con la posible revisión del sistema de nombramiento del Fiscal General del Estado— como en el ámbito interno de la propia institución —modulaciones del principio de dependencia jerárquica para reconducirlo a una función meramente instrumental del principio de unidad de actuación, ello en orden a preservar la autonomía del fiscal del caso—”³⁹⁴.

La estructura jerárquica del Ministerio Público sirve como efectivo cauce de transmisión de las instrucciones sobre asuntos particulares así como, para la implementación de la institución de la designación de fiscal concreto para asunto determinado y la de la avocación de causas. El diseño estructural de la correa jerárquica funciona en conjunción con la facultad discrecional del FGE para la designación y propuesta de renovación de jefaturas y de otros puestos de relevancia en el ámbito nacional e internacional entre los miembros de Carrera Fiscal. La transmisión de las instrucciones se garantiza con establecimiento por el EOMF de un sistema de responsabilidad disciplinaria que potencia el principio de dependencia jerárquica.

³⁹³ Libro Blanco del Ministerio Fiscal, CONSEJO FISCAL, Madrid, 2013, pág. 53 y ss.

³⁹⁴ XXVIII Congreso de la Unión Progresista de Fiscales celebrado en San Sebastián 24 y 25 de mayo de 2013, conclusión IX.

4.7.1. LAS INSTRUCCIONES PARTICULARES

El artículo 25 del EOMF consagra la potestad libre e ilimitada del FGE de impartir a todos los miembros de la Carrera fiscal órdenes e instrucciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos, estableciéndose análogas facultades de los fiscales superiores de las Comunidades Autónomas respecto a los fiscales jefes de su ámbito territorial, y, de ambos, respecto de los representantes del MF que les estén subordinados.

Frente a este poder sólo se articulan dos límites, a saber, el primero no salva la independencia pero si el honor y consiste en la aplicabilidad del viejo adagio francés conocido como: la pluma es esclava pero la palabra es libre, contenido hoy en el artículo 33 del *Code de Procédure Pénale* francés que dispone que el fiscal “expondrá libremente de forma oral las observaciones que crea convenientes por el bien de la Justicia” y en el artículo 25 *in fine* del Estatuto orgánico español que declara que el fiscal “podrá desenvolver libremente sus intervenciones orales en lo que crea conveniente al bien de la Justicia”³⁹⁵. El segundo —de extraordinaria importancia publicitaria y nula consecuencia decisoria— permite al fiscal, que considere que una orden o instrucción recibida es contraria a las leyes o que, por cualquier otro motivo, estime que es improcedente, comunicar tal circunstancia mediante informe razonado al fiscal jefe del que provenga la instrucción y, después, plantear la cuestión a la Junta de Fiscalía —o la Junta de Fiscales de Sala si la instrucción proviniera del FGE—. La opinión de la Junta es meramente consultiva y el fiscal jefe podrá, en todo caso, reconsiderar o ratificar, su instrucción inicial³⁹⁶.

³⁹⁵ Vide Capítulo II.

³⁹⁶ Cfr. DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico...” op. cit., págs. 221–222. El autor opina que “en esta materia la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley orgánica 24/2007, de 9 de octubre ha introducido en el Estatuto una ligera modificación que debe recibirse con aplauso. El nuevo art. 23, al menos en apariencia, dota de mayores garantías que en principio debieran servir para evitar cambios injustificados del Fiscal llamado a despachar un asunto. Ese avance se ve ensombrecido por el hecho de que haya desaparecido la necesidad de oír a la Junta de Fiscalía antes de designar a un Fiscal para llevar un asunto concreto apartándose del sistema de reparto preestablecido”.

La prohibición de las instrucciones particulares ha sido oficiosamente acogida por Francia, donde el *Ministère Public* se halla integrado en el Estado como uno de sus órganos sin que exista un intermediario entre el Ministerio de Justicia y los fiscales. Señala LACOSTE, que el derecho del Ministro de Justicia de impulsar, a través de instrucciones individuales, la “política penal general” se halla en el centro del debate político. La facultad ministerial de imprimir instrucciones particulares al fiscal ha recibido duras censuras por la doctrina, razón por la que “las últimas Ministras de Justicia, por vía de circular, dieron instrucciones generales de política penal pero se prohibieron a sí mismas, el dar instrucciones individuales”³⁹⁷. Desde luego, es un imperativo democrático que, en la próxima reforma legislativa del Estatuto, las instrucciones particulares funcionales sean proscritas en el Ministerio Fiscal puesto que, no cabe asignarles otra función, que no sea la de poner en riesgo la imparcialidad fiscal.

4.7.2. LA DESIGNACIÓN DE FISCAL PARA ASUNTO CONCRETO Y LA AVOCACIÓN DE LAS CAUSAS: EL FISCAL *AD HOC*

En el ordenamiento jurídico español, la facultad de designación de fiscal determinado para asunto concreto y la potestad de avocación de causas, constituyen el principio opuesto al derecho constitucional al juez determinado por la ley y consagran —*de facto*— que el FGE y los fiscales jefes designados discrecionalmente por él, ostentan el derecho a decidir cuál será el fiscal concreto encargado de cada asunto o causa penal, conforme a la doble facultad que, el Estatuto orgánico de 1981, les concede para designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado (art. 26 EOMF), y de avocar, para sí, el conocimiento de cualquier expediente o, de designar discrecionalmente a un fiscal determinado —diferente de aquél que tuviere asignado el asunto en virtud del sistema ordinario de distribución— para que despache cualquier causa particular. Estas potestades pueden ser ejercitada no sólo al inicio de su tramitación de un asunto sino, —incluso— en cualquier momento posterior (art. 23 EOMF).

La institución de la designación y de la avocación de causas, constituye un elemento innecesario para el cumplimiento de las funciones constitucionales del

³⁹⁷ LACOSTE G., “Sistema procesal francés...”, op. cit., págs. 166–167.

Ministerio Público y, en realidad, viene a coadyuvar en la construcción de una estructura jerárquica que hace a cada fiscal dependiente, de forma relativa del Gobierno, y, de forma absoluta, de la superioridad jerárquica.

Si hubiera de ser cuestionado el hipotético beneficio o ventaja que la institución de la designación y de la avocación de causas puede producir o provocar o en la recta administración de Justicia, la respuesta, habrá de ser, que ninguno en absoluto, salvo que se piense en supuestos de enajenación mental, negligencia o malicia del fiscal o falta de especialización. Sin embargo, entiendo que la respuesta a esos supuestos —igual que ocurre con los jueces—³⁹⁸, ha de hallarse en una potestad disciplinaria ejercida por el Consejo Fiscal conforme a causas tasadas y razonables, en la incapacitación por razones médicas, o en la determinación previa de un sistema de reparto para las causas complejas, con criterios —públicos e inquebrantables— establecidos por escrito a las fiscalías especializadas y, dentro de estas, a un fiscal concreto predeterminado; pero no en la facultad de designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado.

A fin de no caer en la tentación de la autoflagelación nacional, merece recordar que en los sistemas criminales de nuestro entorno —a excepción de Italia— cohabitan modelos de ministerios públicos con estructuras jerárquicas que habilitan las instrucciones particulares, así como la designación y avocación de asuntos determinados³⁹⁹.

En este sentido, ROXIN afirma que el fiscal “no goza de la independencia subjetiva y objetiva de los jueces”⁴⁰⁰. Y, la Ley de la Judicatura alemana —*Gerichtsverfassungsgesetz*—, regula la potestad jerárquica de designación y

³⁹⁸ Los tribunales *ad hoc* o de excepción, se encuentran prohibidos por el art. 117.6 de la CE. Los tribunales de honor en el ámbito de la administración civil y de las organizaciones profesionales se proscriben en el art. 26 de la CE. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley se halla comprendido en el art. 24.2 de la CE.

³⁹⁹ Cfr. GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero...* op. cit., págs. 141 y ss.

⁴⁰⁰ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 50.

avocación de causas e, incluso, la designación de nuevo fiscal en un expediente particular ya iniciado en el Ministerio Público alemán (§ 145.1. G.V.G.)⁴⁰¹.

En Francia, el art. 36 del Código de procedimiento penal o —*Code de procédure pénale*— declara el derecho del fiscal jefe de encomendar a los integrantes del Ministerio Fiscal, promover o hacer promover diligencias o informar a la jurisdicción⁴⁰².

Por el contrario, en Italia, la propia Constitución de la República garantiza la independencia de los fiscales, al disponer que “la magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder (art. 104 C.R.I.), y que el Ministerio Fiscal gozará de las garantías establecidas por los preceptos orgánicos de la judicatura (art. 107 C.R.I.)⁴⁰³. A fin de compensar el efecto reductor que la independencia produce en la legitimación democrática, la Constitución italiana o *Costituzione della Repubblica* ha establecido expresamente el principio de legalidad del MF al disponer que “el Ministerio Fiscal tendrá la obligación de ejercer la acción penal” (art. 112 C.R.I.), haciendo con ello descansar la legitimación democrática del fiscal italiano en la obediencia a la Ley, a semejanza de la legitimación judicial por su sometimiento a la ley de acuerdo con el art. 117.1 de la CE.

Hoy, desde la honestidad, no es posible afirmar que el sistema jerárquico actual *ad intra* del Ministerio Fiscal —que incluye instrucciones generales y particulares— sea necesariamente causal al ejercicio gubernamental de la dirección de la política criminal ni, tampoco, al principio de unidad actuación de la institución fiscal. La jerarquía sólo

⁴⁰¹ § 145.1. G.V.G.: Die ersten Beamten der Staatsanwaltschaft bei den Oberlandesgerichten und den Landgerichten sind befugt, bei allen Gerichten ihres Bezirks die Amtsverrichtungen der Staatsanwaltschaft selbst zu übernehmen oder mit ihrer Wahrnehmung einen anderen als den zunächst zuständigen Beamten zu beauftragen. También, Vide el § 146 que regula la instrucciones jerárquicas.

⁴⁰² Art. 36 del CPPF: Le procureur général peut enjoindre aux procureurs de la République, par instructions écrites et versées au dossier de la procédure, d'engager ou de faire engager des poursuites ou de saisir la juridiction compétente de telles réquisitions écrites que le procureur général juge opportunes.

⁴⁰³ Art. 104 C.R.I.: La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere (...). Art. 107: (...) Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Art. 112: Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.

debe aceptarse en su aspecto general y público, en cuanto constituya *conditio sine qua non* para lograr la unidad de criterios jurídicos en la acusación pública y a fin de asegurar el cumplimiento de las instrucciones generales. Es más, las instrucciones particulares funcionales pueden llegar a convertirse en un enemigo del principio de unidad de actuación, puesto que no es comprensible la razón por la que haya de designarse o —sobre todo— avocarse una causa a un fiscal determinado, salvo por el deseo de que, precisamente, el fiscal no actúe en ese específico asunto conforme a los criterios de general actuación. En la práctica, la razón esencial del establecimiento generalizado —histórica y geográficamente— del principio de jerarquía de los ministerios públicos en relación con la regulación de las instrucciones particulares en los sistemas nacionales de acusación pública, es sólo lógica consecuencia del irrefrenable deseo gubernamental de interferir en la voluntad de los miembros del Ministerio Fiscal para poder controlar a los tribunales de Justicia.

4.7.3. DESIGNACIÓN DISCRECIONAL DE LAS JEFATURAS POR EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

La tercera característica de la estructura del Ministerio Público español en la que se manifiesta el principio de jerarquía, se concreta en la facultad de nombramiento libre o discrecional por el FGE de los cargos de la superioridad fiscal (arts. 13 y 36 EOMF), previo informe —no vinculante— del Consejo Fiscal, oído el Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma respectiva cuando se trate de cargos en las Fiscalías de su ámbito territorial.

En concreto, corresponde al Fiscal General del Estado, proponer al Gobierno los ascensos y nombramientos para los fiscales de la Inspección Fiscal, de la Secretaría Técnica y de la Unidad de Apoyo de la Fiscalía General del Estado, para todos los fiscales de Sala, los fiscales del Tribunal Supremo, los fiscales superiores de Comunidades Autónomas y los fiscales jefes, los tenientes fiscales de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas y los Fiscales que integren la plantilla de todos aquellos órganos cuyo jefe pertenezca a la categoría primera⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Aunque la designación ha de calificarse de totalmente discrecional, el EOMF exige unos mínimos requisitos objetivos para acceder a las jefaturas: para los cargos de Fiscal del Tribunal Supremo, de Fiscal Superior de las Comunidades Autónomas, de Fiscal ante el Tribunal

Esta forma de designación discrecional, ha sido criticada por la minoritaria Asociación progresista e independiente de fiscales en el siguiente sentido: “se considera necesaria una nueva regulación del EOMF y del REOMF en la que se establezca una promoción en la Carrera Fiscal y una designación de jefes basada en baremos reglados que reflejen el mérito y la capacidad, y no en criterios principalmente discrecionales, puesto que la discrecionalidad debe diferenciarse de la mera arbitrariedad, respetando el curriculum y la antigüedad de los peticionarios y evitando tener en cuenta afinidades políticas o ideológicas”⁴⁰⁵.

DEL MORAL GARCÍA critica con dureza la reforma del EOMF por la Ley 14/2003 en cuanto al “poder casi omnímoto que depositó en el FGE y en el Gobierno para el cese y nombramiento o renovación de jefaturas” que ha generado efectos perniciosos, ya que “el sistema no crea un clima adecuado para un ejercicio independiente de las funciones fiscales, y está necesitado de paliativos que contrapesen los poderes del Fiscal General del Estado y del Gobierno de turno en ese sistema de nombramientos” con el fin de “evitar que responda a criterios ajenos a los profesionales como los puramente políticos”. Los criterios ideológicos —afirma el autor— “no deberían ser factor determinante ni en los nombramientos; ni, especialmente, en los ceses”⁴⁰⁶.

En este sentido, el legislador debe cuestionarse si es cohonestable el actual criterio de designación de las jefaturas y otros cargos de libre designación, con la

Constitucional, de Fiscal del Tribunal de Cuentas y de Inspector Fiscal, será preciso contar con al menos 15 años de servicio en la carrera y pertenecer ya a la categoría segunda. Para los cargos de Fiscal de la Audiencia Nacional y de Fiscal Jefe de Fiscalía Provincial será preciso contar con, al menos, diez años de servicio en la carrera y pertenecer ya a la categoría segunda. Igual antigüedad se exigirá a los Fiscales de las Fiscalías Especiales y al Teniente Fiscal de la Secretaría Técnica. Para los cargos de Fiscales adscritos a los Fiscales de Sala integrados en la Fiscalía General del Estado será preciso contar con, al menos, diez años de servicio en la carrera, pertenecer a la categoría segunda. Para acceder al cargo de Fiscal Jefe de área será preciso pertenecer a la segunda categoría.

⁴⁰⁵ El comunicado de la Asociación progresista e independiente de fiscales es de 18 de abril de 2013 y se formuló en relación a la resolución de nombramiento de nuevos fiscales jefes que fue publicada en el B.O.E. de 13 de abril de 2013, se halla disponible en: apifiscales.es.

⁴⁰⁶ DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico...” op. cit., pág. 228. Señala el autor que “la espada de Damocles de un cese por razones políticas, cese que no ha de ser justificado, puede condicionar, inconsciente o subliminalmente su actuación y alejarla del principio de imparcialidad”.

Recomendación 2000 (19) del CONSEJO DE EUROPA que exhorta a que “el desarrollo de la carrera, ascensos y movilidad de los miembros del Ministerio Fiscal se funden en criterios conocidos y objetivos, tales como competencia y experiencia”⁴⁰⁷. Por otra parte —justo es recordarlo— el Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA, no ha advertido inconveniente alguno en el vigente sistema de promoción interna del Ministerio Fiscal español⁴⁰⁸.

Entiendo que las designaciones discrecionales deben basarse en criterios de mérito y capacidad como exigen los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, a fin de que el fiscal sea percibido por la sociedad como absolutamente neutral.

4.7.4. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

El interminable elenco de faltas muy graves, graves y leves del sistema de responsabilidad disciplinaria de los miembros del Ministerio Fiscal, merece particular atención desde el punto de vista de la imparcialidad por dos motivos: la imprecisión de su redacción y la circunstancia de que el órgano del que emanan las resoluciones sancionatorias sea el mismo —Fiscalía General del Estado—, que ostenta la dirección funcional de los fiscales, sin perjuicio de las potestades resolutorias asignadas al Ministerio de Justicia.

En primer término, —respecto de las faltas calificadas de muy graves— debe ser observada la imprecisión de los tipos sancionatorios, especialmente, en el art. 62.16 del EOMF que castiga la “absoluta y manifiesta falta de motivación en los informes y dictámenes” y del precepto 62.9, que sanciona la “desatención o el retraso injustificado y reiterado en el despacho de los asuntos o en el ejercicio de cualesquiera otras de las funciones que le fueran encomendadas” Estas faltas pueden ser sancionadas con suspensión, traslado forzoso o la separación definitiva de la Carrera Fiscal y, no ha de

⁴⁰⁷ Recomendación 2000 (19) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, apartado 9–b.

⁴⁰⁸ Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA para la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en 62ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 2013, apartados 137 y 139.

cabere duda, de que su apreciación admite un amplio grado de subjetividad (art. 66.2 EOMF). Tampoco auxilia a la imparcialidad del fiscal la amplitud de términos de las sanciones graves, particularmente, la relativa a la falta respeto a los superiores en el orden jerárquico, en su presencia, por escrito o con publicidad (art. 63.1) y la falta de incumplimiento de las órdenes o requerimientos recibidos (art 63.2), Las faltas graves solo acarrear sanciones pecuniarias salvo los supuestos de doble reincidencia que las transforma en muy graves.

La segunda razón por la que el sistema de responsabilidad disciplinaria lesiona el principio de imparcialidad trae se causa en el órgano encargado de imponer las sanciones de suspensión hasta 3 años, ya que es el mismo órgano que ocupa el vértice jerárquico funcional: el Fiscal General del Estado, siendo sus resoluciones recurribles en alzada ante el Ministro de Justicia. Para la imposición de la sanción de separación del servicio, será competente el Ministro de Justicia, a propuesta del Fiscal General del Estado, previo informe favorable del Consejo Fiscal (art. 67 EOMF). Estas resoluciones serán susceptibles de impugnación ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y, la sentencia de ésta, podrá ser recurrida ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

Sin perjuicio de que, evidentemente, en toda Institución haya de existir un régimen disciplinario, lo cierto es que aunar, como hace la Ley, el principio de designación gubernamental del FGE, con la concesión a éste y a los jefes por él nombrados y renovados discrecionalmente, de facultades jerárquicas funcionales de designación, avocación e instrucción particular de cualquier causa y de facultades orgánicas disciplinarias castigadas con sanciones que alcanzan la de separación del servicio del fiscal; constituye una regulación incompatible absolutamente con el principio de imparcialidad fiscal y, de ella, se desprende que la declaración formal de imparcialidad del Ministerio Fiscal contenida en art. 124.2 de la CE, meramente oculta el rechazo de *facto* que siente el legislador español —post constitucional y estatutario— respecto del acusador público imparcial⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Vide. AUDIENCIA NACIONAL, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sec. III, Sentencia de 1 de octubre de 2013, ponente: MÉNDEZ CANSECO, J. F. La Sentencia declara nula de pleno derecho la resolución de sanción de separación del servicio a un fiscal de Carrera.

4.8. EL PRINCIPIO DE DEPENDENCIA JERARQUÍCA A TRAVÉS DE LAS DIRECTRICES GENERALES

La inclusión del principio de dependencia jerárquica en la Constitución, se ha venido entendiendo como un complemento necesario del principio de unidad de actuación contenido en la expresión: el *Ministère Public est un et indivisible* (art. 22 EOMF) de tal modo, que se justificaba su existencia en la necesidad de implementación del principio de unidad⁴¹⁰. Hoy, la mayoría de autores siguen sosteniendo la existencia de una vinculación absoluta entre la dependencia jerárquica y la unidad de actuación que se califican de principios indisolubles. En este sentido, FLORES PRADA afirma que ambos principios “son dos caras de la misma moneda” o “dos planos de la misma unidad que se completan recíprocamente”, de forma que la jerarquía posibilita externamente una intervención uniforme del MF⁴¹¹.

En esencia, lo que ha de ser determinado es el modelo de fiscal que quiere adoptarse. Afirma FUENTES que si lo que se pretende es adoptar el modelo del fiscal acusador, ello “supone admitir que es función del Ministerio Fiscal ejecutar la política criminal de un país” y, por tanto, será razonable aceptar “que si el ejecutivo responde de su cumplimiento tenga poder directo sobre quienes se encargan de su ejecución; en caso contrario, difícilmente podría diseñar una política criminal de cumplimiento y ejecución creíble” y, en este sentido, resultaría inconcebible que el órgano encargado de ejecutar una concreta actuación política (la política criminal de un Estado) no respondiera, también políticamente, de su cumplimiento o incumplimiento; o no se le pudiera exigir responsabilidad por su inactividad o actuación desviada.

Si por el contrario, el modelo deseado de fiscal fuera el de guardián de la Ley, el Ministerio Fiscal estaría sometido “al más estricto principio de legalidad, del que obtiene su legitimación”. En este supuesto, la misión del fiscal es “velar por el cumplimiento y defensa de la legalidad y, en tal sentido, necesariamente habrá de ser imparcial” y su actuación deberá “estar presidida por los principios de independencia e

⁴¹⁰ Cfr. MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 41. También, Cfr. FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal...* op. cit., pág. 689.

⁴¹¹ FLORES PRADA I., *Ibidem*, págs. 693–694.

imparcialidad” por lo que el Gobierno “carecerá de cualquier tipo de responsabilidad política en su actuación”⁴¹².

Mi posición —ecléctica— sostiene que para lograr efectividad del principio de unidad de actuación solamente es necesario que sea asegurada la colaboración de un principio de jerarquía “en minúsculas”, tendente a garantizar el cumplimiento de las circulares, instrucciones, consultas y protocolos de actuación de carácter general.

Por otro lado, debe subrayarse que la imparcialidad del fiscal individual —que es la única relevante y fin de todas las garantías otorgadas a la Institución— no se beneficia, especialmente, de una designación parlamentaria del Fiscal General del Estado, siempre que el Ministerio Fiscal siga construido de forma jerárquica⁴¹³. Ha de señalarse, que la obligación del Gobierno de dirigir la política interior y, dentro de ella, la política criminal, pudiera verse —incluso— obstruida por la elección parlamentaria de una persona sin afinidad con el Ministerio de Justicia. Como se insiste a lo largo de este trabajo, no existen razones para sustraer al Gobierno la facultad de dirigir la política criminal en sus aspectos generales (art. 97 CE) —aunque nunca en los particulares— y, en consecuencia, se estima que deben ser conservadas sus facultades no solo de designación gubernamental del FGE. Ello, sin perjuicio, de que en un modelo hipotético de democracia con menor dependencia de los partidos políticos, la designación parlamentaria podría resultar —en abstracto— idónea.

En el aspecto funcional, la adecuada consecución de un sistema de garantías de imparcialidad fiscal no depende del modo de designación del Fiscal General sino que, principalmente, exige limitar la capacidad funcional —gubernamental y jerárquica— de impartir instrucciones —de forma absoluta y exclusiva—, al dictado de directrices generales —públicas y escritas— al fin de articular la política criminal y coadyuvar a la expresión del principio de unidad de actuación.

Ha de establecerse un sistema a través del cual —es preciso es insistir— quede proscrita toda posibilidad de potencial interferencia gubernamental, o del Fiscal General

⁴¹² FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs. 9–10.

⁴¹³ Para un análisis de las posibles formas de designación del Fiscal General del Estado, Vide el estudio de FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 293–301.

o de las jefaturas desganadas discrecionalmente por él (en la actualidad todas las jefaturas son discrecionales), respecto de cualquier causa o asunto particular y, desde luego, ha de prohibirse la potestad de avocación de causas concretas y de designación jerárquica de fiscal determinado para asunto particular.

La configuración legal actual del principio de jerarquía contenida en el Estatuto orgánico, formula una organización jerárquica que puede permitir el control de cada fiscal por el Gobierno a través de la superioridad dentro de la Institución sin que, a cambio, se derive —de *facto*— beneficio alguno para la implementación del principio de unidad de actuación. Por el contrario, ha de afirmarse la instrucción particular contradice a la norma general y niega el principio de unidad que se resume en las palabras —empeñadas, desde luego, en otros argumentos— de CARNELUTTI: “uno expresa la unidad; pero la unidad, acto de unir, supone algo que pueda ser unido. El símbolo de la unidad es la línea no el punto. El punto no tiene cantidad”⁴¹⁴.

En este sentido, debe ponerse de manifiesto que el Ministerio Fiscal actualmente articula el principio de unidad de actuación, principalmente, a través de las circulares de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO a las que, en ocasiones, incluso denomina, precisamente, circulares “para la unidad de actuación”⁴¹⁵. Además, como es conocido, la Fiscalía General del Estado hace uso para tal finalidad unitaria de las instrucciones y consultas, y las Fiscalías especiales de los Protocolos de actuación, todos ellos documentos públicos y escritos.

Ha de gozarse de especial capacidad imaginativa, para llegar a creer, en pleno siglo XXI, que el principio de unidad de actuación de una Institución con más de 2.000 miembros, se potencia por instrucciones individuales que, a mayor abundamiento,

⁴¹⁴ CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público...”...op. cit., pág. 213.

⁴¹⁵ Entre otras, las siguientes: Circular 9/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores. Circular 7/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo. Circular 10/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial. Circular 5/2011 la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración.

pueden ser dadas bajo el cobijo de la recomendación verbal, amparadas en un Estatuto orgánico que hace depender el futuro ascenso o caída de un fiscal, de su buena relación con las jefaturas de designación discrecional.

Es mi juicio, que la actuación del fiscal español ha de ser guiada —exclusivamente— y, en adición a la ley, por el dictado de instrucciones generales y públicas que permitan:

1. El aseguramiento del principio de unidad de actuación en el cumplimiento de la ley, y de las circulares, instrucciones, consultas y protocolos generales y públicos.
2. La dirección gubernamental de la política criminal.
3. El eficaz control de la vigencia del principio de seguridad jurídica en las resoluciones judiciales a fin de abortar todo trato desigual al Justiciable o a la víctima fruto de la ausencia de unidad de actuación judicial.

La voluntad del fiscal deberá ser doblegada, siempre que fuera maliciosa o imprudente en el cumplimiento y aplicación de la Ley y de las instrucciones generales, por la correspondiente exacción de responsabilidad disciplinaria, civil y penal, asegurando con ello la plena vigencia el principio de unidad de actuación.

Es posible afirmar que —en el ámbito funcional— existe una relación de congruencia entre el dictado de instrucciones o directrices generales, y los principios de unidad de actuación e imparcialidad del Ministerio Fiscal.

Esta relación de congruencia, se contrapone al establecimiento de la potestad del dictado de instrucciones particulares, a la facultad *de mando* de designación de un fiscal para asunto determinado, a la de avocación de causas concretas, a la designación discrecional de las jefaturas y al establecimiento de un régimen disciplinario configurado para garantizar la transmisión coercitiva de las instrucciones.

Ha de sostenerse que el ámbito organizativo el Ministerio Fiscal debe ostentar —de forma exclusiva— todas las competencias orgánicas que afecten a sus representantes, a imitación del régimen competencial previsto para el Consejo General

del Poder Judicial, por la Ley orgánica del Poder Judicial y por el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial⁴¹⁶.

En tales competencias organizativas del Ministerio Público, han de incluirse la administración de su presupuesto y el ejercicio de la potestad sancionatoria respecto de los miembros de la pública Institución. Ello se estima necesario, a fin de evitar injerencias gubernamentales por medio del estrangulamiento económico o por el uso indebido de la potestad disciplinaria. No obstante, debe insistirse que tales competencias orgánicas habrán de hallarse siempre regidas por un sistema de designación de jefaturas que abandone el modelo subjetivo del Estatuto orgánico de 1981, por una nueva normativa que se fundamente en criterios objetivos, de mérito y de capacidad, con expreso rechazo del sistema discrecional que, potencialmente, puede servir de cauce idóneo para lesionar la neutralidad del acusador público.



⁴¹⁶ Vide Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. arts. 298 y ss. También, el Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, aprobado por Acuerdo de 28 de abril de 2011, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL FISCAL INVESTIGADOR

EN EL MARCO DE LOS SISTEMAS CRIMINALES

“Todos los Fiscales, comparando el proceso acusatorio con el inquisitivo, están conformes en reconocer las ventajas que el primero lleva al segundo en la celeridad de la tramitación, la libertad de la defensa, la solemnidad y publicidad del juicio y las probabilidades de acierto con los fallos”⁴¹⁷.

⁴¹⁷ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1887, pág. 31.

1. SOBRE LOS SISTEMAS CRIMINALES AVANZADOS Y LA FUNCIÓN INVESTIGADORA DEL MINISTERIO FISCAL

Comparto con KOHLER que todo sistema criminal estatal ha nacido a través de fases sucesivas, que pueden ser categorizadas en cuatro etapas o épocas histórico–conceptuales.

1. Desde tiempos remotos, ha sido un hecho de comprensión general que la venganza solo podía ser llevada a efecto fuera de la familia, nunca entre familiares; de forma que si un hombre hería o mataba a un familiar, éste no podía ser vengado puesto que ello significaba la autodestrucción de la familia. Por tanto, en estos supuestos, no quedaba otra alternativa que castigar al ofensor o expulsarlo de la familia. Más tarde, cuando empezaron a consolidarse lazos y alianzas inter–familiares, comenzó a excluirse la venganza entre los miembros de éstas, sustituyéndose por el castigo del ofensor o por su expulsión de la alianza. El Estado se formó por la unión de más familias y, por tanto, la prohibición de venganza entre sus miembros es automáticamente asumida por aquel.

2. En una segunda fase, el Estado reconoce la institución de la venganza de forma limitada, y condicionada a que sea realizada bajo su supervisión y control. Frecuentemente, la venganza fue llevada término por el mismo Estado en sustitución del ofendido, asumiendo aquel el papel de ejecutor o verdugo.

3. La siguiente etapa en el desarrollo del sistema criminal, vino de la mano de la Ley Divina, con la comprensión de que cada ofensa de la Ley de Dios era una ofensa a Dios. Esta idea se unió a otra, a saber, que las ofensas penales más importantes no sólo afectaban a la persona herida o los familiares de la muerta, sino que suponían un agravio para todo el Estado. Tal concepción encontró su inició, naturalmente, en los supuestos

de traición que colocaban al mismo Estado en una situación de peligro y, luego, se extendió a los homicidios y otros crímenes importantes que amenazan con debilitar al Estado.

4. A medida que avanza el sistema criminal estatal, la idea de venganza es gradualmente rechazada. La tradicional concepción que entendía que las personas podían —e, incluso, debían— proceder contra sus ofensores por razón de un sentimiento de venganza va adormilándose a favor de la nueva idea dominante que postula que la razón por la que ha de ser castigado al ofensor es por la lesión producida a la sociedad en su conjunto⁴¹⁸.

Por razón de esta evolución, sincréticamente, ROXIN afirma —en idéntico sentido— que “el principio según el cual el Estado persigue el delito de oficio no puede hallarse en los Derechos antiguos”, ya que “el Derecho romano desarrolló la acción popular y el Derecho germánico la acción privada”⁴¹⁹.

Históricamente, las mentes ilustradas del siglo XIX, ciertamente, gozaban ya de una comprensión completa e irreversiblemente formada como dogma —perpetuo e indiscutible— que concebía monopolísticamente al Estado como titular de la potestad de castigar. En este sentido, baste recordar la Memoria del año 1889 de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO en la que se afirma:

“En las antiguas Monarquías, la institución del Ministerio Fiscal se fundaba en el principio de que el Rey era fuente de la Justicia y centro de toda autoridad. En las modernas o constitucionales, se deriva del concepto de que el Rey es la personificación del Estado, por lo cual tiene el derecho y el deber de perseguir los delitos defendiendo la causa del orden social; y de aquí la acción pública que por delegación ejercen los funcionarios, cuyo oficio es acusar en representación de la ley y del bien público, fin supremo del Estado”⁴²⁰.

La comprensión de los sistemas criminales estatalizados guarda su fuente de razonamiento primario en el concepto filosófico —hoy universalmente aceptado— que

⁴¹⁸ Cfr. KOHLER J., *Philosophy of Law*, Nueva York, 1921, particularmente, págs. 277–281.

⁴¹⁹ Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*... op. cit., pág. 81.

⁴²⁰ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1889, pág. 8.

declara que el *ius puniendi* es propiedad del Estado. La historia ha logrado expropiar al ciudadano su derecho subjetivo natural a ejercer el castigo contra su atacante. En la actualidad, se acepta pacíficamente que la víctima no es titular de un derecho subjetivo al castigo de su agresor.

En este sentido, ASECIO afirma que “el ejercicio de la pretensión penal se fundamenta en el derecho de penar, el *ius puniendi*, el cual pertenece al Estado, y no a los particulares ofendidos o perjudicados por el delito”⁴²¹. El ofendido por un crimen, para satisfacer su venganza o, si se prefiere, para buscar una concreción socialmente aceptada de la idea abstracta de Justicia —*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*—, únicamente ostentará la potestad material de obtener una resolución motivada y fundada en Derecho que emane de los órganos estatales competentes para administrar Justicia en la que serán calificadas las infracciones criminales advertidas⁴²².

A mayor abundamiento, en el ámbito procesal, si el sistema criminal no admitiera acusaciones distintas a la pública —como sucede en la mayoría de los modelos procesales, como el norteamericano, el francés o el italiano— el derecho de acción procesal de la víctima, quedará reducido a la presentación de la denuncia de los hechos ante la policía judicial, o la Autoridad fiscal o judicial.

En el supuesto excepcional de que —en el sistema procesal concreto— la facultad acusatoria no se halle monopolizada por el fiscal, la víctima gozará, también, del derecho al ejercicio del *ius persecuendi* procesal, ya sea de forma adhesiva como coadyuvante del fiscal y dependiente de él —como se regula en el sistema procesal alemán (StPO §§ 395–402)—, ya sea participando en la persecución criminal con autonomía propia —como se halla regulado en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (arts. 270 y 281)—, que es el modelo aceptado por la doctrina más

⁴²¹ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal*...op. cit., pág. 25. No obstante la universalidad del concepto, debe destacarse la moderna aparición de una corriente doctrinal que tiende a relativizar el concepto de *ius puniendi*, a fin de justificar teóricamente a la mediación penal. Cfr. QUINTERO OLIVARES G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, Madrid, 2004, pág. 13.

⁴²² ULPIANO, *Digesto*, Libro I, Título 1, 10.

autorizada. En este sentido, FUENTES afirma que las “distintas formas de ejercicio y mantenimiento de la acción penal durante la tramitación del procedimiento y que hacen que el Ministerio Fiscal no ostente el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio, no sólo deben mantenerse sino que son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho procesal moderno”⁴²³.

El concepto del Estado como propietario —exclusivo y absoluto— del *ius puniendi* ha eliminado la idea natural de que el ofendido ostenta un derecho subjetivo para el castigo de su ofensor. A cambio de la expropiación estatal del derecho a la Justicia retributiva, a la víctima se le concede la mera posibilidad de pedir al Estado que ejercite su propio derecho estatal de castigo.

Este es el sentido de las palabras de GOLDSCHMIDT al afirmar, que “la situación jurídica del querellante es completamente otra que la del actor”, puesto que “no hace valer, como éste, un derecho propio y pide su adjudicación, sino que afirma el nacimiento del Derecho Judicial de penar y exige el ejercicio de este derecho que al mismo tiempo representa un deber. Tal es el verdadero sentido del *j'accuse*”⁴²⁴.

Sobre la base de esta concepción del ilícito penal como lesión a toda la sociedad en su conjunto y del sistema criminal como cauce procesal para la respuesta penal estatal al delito, existen cuatro sistemas procesales esenciales posibles: el acusatorio puro, el inquisitorio, el adversarial y el acusatorio mixto o formal. Del sistema acusatorio formal, puede afirmarse que se desdobra en un primer modelo que agrupa a los sistemas procesales con juez instructor (principalmente España, Francia y Bélgica) y, en un segundo modelo, al que me permito denominar formal avanzado, que reúne, entre otros, a los Estados de raíz procesal continental que han evolucionado desde el modelo de juez instructor al sistema de fiscal investigador y que —como más adelante será expuesto— constituyen ya, en la actualidad, la mayoría entre los Estados democráticos garantistas cuyo sistema criminal no es adversarial, como Alemania, Austria, Italia, Holanda, Portugal, Finlandia o Noruega, entre otros muchos.

⁴²³ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 267.

⁴²⁴ GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...”, op. cit., § 13.

La transformación —primero ideológica y, después, legislativa— de la estructura de la fase instructora española a un sistema de investigación fiscal, ha de comenzar por el estudio teórico del haz de posibles sistemas criminales en abstracto en cuyo seno habrá necesariamente de ser engarzado el sistema instructor idóneo para servir de cauce al proceso criminal español y, por derivación, a su fase instructora. El análisis de los modelos o sistemas criminales permite la observación global de los posibles escenarios instructores. En este sentido, la comprensión de los elementos primordiales del sistema criminal adversarial, se configura como premisa necesaria para poder concluir que tal sistema rechaza la figura del juez instructor o, en sentido inverso, el estudio del sistema criminal inquisitivo puro —hoy extinto— permite afirmar que tal modelo procesal criminal no aceptaba otro instructor e investigador diferente al del órgano único con fusión de funciones judiciales y fiscales.

El sistema adversarial criminal se opone relativamente al sistema acusatorio mixto o formal continental, caracterizándose aquél por poseer una naturaleza más afín al contradictorio civil que encuentra su despliegue procesal en su estructuración como proceso de partes contrapuestas tanto en la fase investigadora desjudicializada como en la fase de juicio oral que, de ordinario, culminará con la decisión de un jurado. En el sistema criminal adversarial, la función del juez queda limitada a la interpretación y aplicación del derecho —con exclusión de los hechos— a la admisión de pruebas y al ejercicio del rol de árbitro entre acusación y defensa.

Por el contrario, en el sistema acusatorio —formal o mixto— propio de las democracias continentales, el juez instructor —o el fiscal investigador— se constituye en el eje central de una fase instructora de carácter marcadamente oficial en la que se procede a investigar —con formal premisa de objetividad e imparcialidad— la verdad material de los hechos indiciariamente delictivos con obligación de clarificación de los mismos y, una vez ha finalizado la instrucción de la causa, se alcanza la fase de juicio que consiste en un debate entre la acusación y defensa ante un juez, tribunal o jurado, donde las partes despliegan las fuentes de prueba recabadas en la fase de instrucción pública, permitiéndose una participación relativamente activa del juez⁴²⁵. A diferencia

⁴²⁵ Sobre el comúnmente denominado principio o proceso acusatorio, Vide ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 14 y ss. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., 2004, págs. 78–96. GIMENO SENDRA V., “El juez

del sistema adversarial, el sistema acusatorio permite la participación activa en la investigación de la defensa y, también, de las partes acusadoras no oficiales salvo que en el concreto sistema acusatorio de que se trate, el ejercicio de la acusación se halle, total o parcialmente, monopolizado, por el fiscal.

Antes de poder determinar la estructura de la fase instructora del sistema procesal de investigación fiscal, es preciso decidir si el sistema criminal global deseado es el adversarial, que concibe el proceso como un combate de intereses contrapuestos entre el Estado —personificado en la figura del fiscal acusador— y el imputado o acusado; o el sistema acusatorio formal que permite la configuración del proceso, tanto en su naturaleza napoleónica, característica de los cuerpos procesales continentales de final del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX dotados un juez instructor imparcial que vela por el descubrimiento de la verdad material, cuanto en su naturaleza avanzada propia de las legislaciones aprobadas en el último periodo del siglo XX y durante el inicio del siglo XXI que sustraen al juez de sus funciones investigadoras en la fase instructora para encomendárselas a un fiscal imparcial y, en este supuesto, la cuestión realmente importante radica en saber el lugar en el que debe ser marcado el límite o la frontera entre las funciones fiscales y las judiciales atendiendo especialmente a si debe ser exigida una resolución judicial para la adopción de todas las medidas cautelares o si, por el contrario, sólo ha de requerirse en aquéllas que gocen de reserva judicial de rango constitucional. De igual forma, habrá de ser determinado si las diligencias investigadoras restrictivas de derechos no reservadas constitucionalmente al juez, han de poder ser adoptadas por el fiscal de forma ordinaria o, únicamente, en supuestos de urgencia. Resulta obvio que, para acordar el grado de funciones que puede asumir el fiscal, será preciso decidir con anterioridad el grado de armadura orgánica, con que se desee proteger su imparcialidad.

imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Poder Judicial*, núm. esp. VI, 1989, págs. 267–284. GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...”, op. cit., § 32. GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...op. cit.*, págs. 122–125. ARMENTA DEU T., *Sistemas procesales penales la justicia penal...op. cit.*, págs. 34 y ss. GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...op. cit.*, pág. 219 y ss. MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica”, *Los principios del proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1992, págs. 51 y ss.

Ha de ser tenido en consideración, que cualquiera que sea el sistema procesal criminal estatal constituido, ya sea adversarial, inquisitorio, acusatorio puro, o acusatorio formal, y cualquiera que fuere la configuración que haya sido elegida para el desenvolvimiento de las funciones del fiscal, ya sea como acusador público dependiente del Ejecutivo o como defensor de la legalidad de naturaleza judicial; durante la fase instructora—siempre que el fiscal se halle ejercitando funciones investigadoras— éste deberá actuar de forma estrictamente neutral.

En este sentido, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ha declarado que “los ejes que deben constituir la referencia de los Sres. Fiscales en sus diligencias de investigación son el principio de legalidad y el de imparcialidad”, por lo que deberán, “en su función investigadora, recordar la máxima de que no todo es lícito en el descubrimiento de la verdad”⁴²⁶. En el ejercicio de las actividades investigadoras deviene, por tanto, particularmente aplicable el art. 2 de la LECrim que establece el deber de las Autoridades que intervengan en el procedimiento penal de consignar y apreciar las circunstancias tanto adversas como favorables al presunto reo, y de instruir a éste de sus derechos y de los recursos que pueda ejercitar mientras no se hallare asistido de defensor. También se constituye o postula en recordatorio de la debida imparcialidad investigadora, el art. 773.1 de la LECrim que —dirigido específicamente al fiscal— declara la especial obligación de los miembros de la Pública Institución de velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

Es cierto, que la elección entre el sistema de fiscal investigador y el sistema de juez instructor, así como la concreta determinación del haz de facultades otorgadas a aquél, va más allá de consideraciones jurídicas, pudiendo ser calificada de decisión auténticamente ideológica ya que exige que el legislador marque su posición sobre el modelo de Ministerio Fiscal deseado, que será un reflejo del modelo de Estado idealizado. Antes de encajar jurídicamente la figura del fiscal investigador en el complejo engranaje instructor, deviene necesario decidir si se desea instaurar la concepción del fiscal como acusador público y ejecutor de la política criminal legitimado por su pertenencia al Ejecutivo o si, por el contrario, se prefiere la figura del

⁴²⁶ Circular 4/2013 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación.

fiscal defensor de la legalidad de naturaleza cuasijudicial orgánicamente independiente y funcionalmente estructurado en el proceso como parte formal imparcial⁴²⁷. El primer modelo de fiscal es inherente al sistema adversarial, rechazable en el sistema acusatorio puro y aceptable en el sistema acusatorio formal. El segundo fiscal, sólo puede encontrar su marco protector en un sistema acusatorio formal.

Con razón, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO afirma que “ante todo debe subrayarse la diferencia esencial entre esa investigación del fiscal y la instrucción tradicional” ya que no se trata “de una sustitución del titular de la instrucción sumarial, cambiando al juez por el fiscal, sino de una sustitución del propio sumario como mecanismo de preparación del juicio oral, por una fase pre–procesal de investigación cuyo fin es la concreción de si existen méritos para formular una acusación contra personas determinadas”, por lo que, las diferencias son, por tanto, “de sistema —el sumario o instrucción judicial se incardina en el sistema mixto, la investigación del fiscal es más bien propia del sistema acusatorio”⁴²⁸.

Por ello, —es preciso insistir— el jurista ha de preguntarse primero cual es el sistema criminal global que debe ser instaurado, ya sea el adversarial o el acusatorio formal y, si fuera éste, debe decidir si muestra su preferencia por un modelo acusatorio de corte napoleónico o por un modelo acusatorio avanzado y, en este último supuesto, antes de poder configurar las funciones del fiscal, será también preciso conocer si se desea configurar un sistema un fiscal dependiente *ad extra* del Ejecutivo investido de autoridad administrativa o, por el contrario, un fiscal independiente que goce de naturaleza judicial⁴²⁹.

Mi posición —ecléctica— viene a sostener que, si lo que se quiere alcanzar es el loable fin de garantizar tanto la imparcialidad del fiscal como el principio de unidad de actuación de la Pública Institución y, al tiempo, se desea hacer de aquél el medio de trasmisión de la política criminal gubernamental, se torna —inevitable y preciso—

⁴²⁷ Cfr. FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs. 9–11.

⁴²⁸ Circular 1/1989 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO de 8 de marzo de 1989, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, págs. 428–429.

⁴²⁹ Vide FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 271 y ss.

ahondar, de forma convincente, en la independencia no ya del Ministerio Fiscal como Institución, sino en la de cada uno de sus miembros. A tal fin, será preciso eliminar la facultad del Fiscal General del Estado de designación discrecional de jefaturas, la potestad del FGE y del resto de jefaturas, en su ámbito competencial, para el dictado de instrucciones particulares, la designación de fiscal para asunto determinado y la avocación de causas. El ejercicio gubernamental de la dirección de la política criminal ha de efectuarse a través de circulares, instrucciones y protocolos públicos de carácter general sometidos a control de legalidad por el MF que habrán de ser de obligado cumplimiento para todos los fiscales. El principio de unidad de actuación, solamente necesita poder ser garantizado a través de la implementación de un principio de dependencia jerárquica “en minúsculas” o —alternativamente— de un sistema de control interno, destinado a garantizar el adecuado cumplimiento del principio de legalidad y de las directrices gubernamentales de carácter general.

Solamente es posible sostener mi comprensión del sistema instructor fiscal partiendo del examen global de los sistemas criminales como un todo interrelacionado entre sí, ya que a través de su estudio se descubre que, más allá de tradiciones históricas o de la miopía de la concepción legislativa nacional actual, la configuración funcional del fiscal en la estructura instructora y la adecuación estatutaria a la sistemática elegida, ha de cimentarse en parámetros lógicos y posibles que permitan conjugar una exquisita imparcialidad del fiscal, con el principio de unidad de actuación de una Institución que encuentra su legitimación no solo en ser la guardadora de la Ley sino, también, en servir de cauce a la transmisión de la política criminal gubernamental.

2. EL FISCAL EN EL SISTEMA ADVERSARIAL⁴³⁰

2.1. EL ORIGEN HISTÓRICO DEL SISTEMA ADVERSARIAL EN INGLATERRA

El estudio del sistema criminal adversarial cobra pleno sentido en las naciones anglosajonas, particularmente en Inglaterra, por constituir su origen y en Norteamérica, por su especial implementación y expansión. Afirma CUADRADO SALINAS que el “origen histórico del término con el que viene denominándose al proceso anglosajón, deriva del nombre que se otorgaba a uno de los métodos de prueba que, durante el siglo XIII, se utilizaron en Inglaterra para el enjuiciamiento de ciertos delitos y que, por sus características, se asimiló a un combate o lucha entre adversarios” debido a que, “en aquella época, en Inglaterra convivían dos métodos de prueba: las ordalías y el juicio por combate” y éste se “iniciaba cuando las alegaciones de las partes y las de los testigos se contradecían”. No obstante, ha de precisarse, que “el antecedente que los historiadores ingleses sitúan como el más cercano del actual proceso adversario inglés, lo constituyó un tipo de proceso penal especial por razón de la materia que se incoaba para el enjuiciamiento de delitos de alta traición durante el siglo XVII”⁴³¹.

No le falta razón a LANGBEIN al afirmar que “el desarrollo del juicio adversarial criminal representa un desafío teórico que nunca ha sido resuelto satisfactoriamente en la tradición anglo americana”⁴³². Y el fundamento teórico del

⁴³⁰ Las traducciones del presente apartado son del autor.

⁴³¹ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., págs. 127–128. Esta obra constituye el referente actual en castellano para quien desee estudiar los elementos constitutivos del sistema adversarial.

⁴³² LANGBEIN J. H, *The origins of adversary criminal trial*, Oxford/Nueva York, 2003, pág. 6.

sistema adversarial, sólo puede encontrarse en el marco histórico que envuelve su instauración en la Inglaterra de los siglos XVI al XVII. En su origen, el diseño procesal del sistema adversarial criminal se basó parcialmente en el sistema adversarial civil, habida cuenta del predominio numérico de las causas juzgadas bajo la jurisdicción civil. En este sentido, el autor afirma que la administración de Justicia criminal en Inglaterra no alcanzó a ser durante esta época, sino un mero apéndice de la administración de Justicia civil, hasta el punto de carecer la Jurisdicción Penal de sus propias salas de Justicia⁴³³. Ello se observa en el tribunal provincial de *Old Barley* de Londres y del condado de Middlesex, en cuyo seno las salas civiles eran las encargadas de albergar —durante unas semanas al año— la totalidad de los juicios criminales correspondientes a la jurisdicción provincial. No obstante, es necesario mostrar prudencia respecto de la influencia invasora o mimetizadora del proceso civil sobre el penal, ya que no cabe desprestigiar las importantes diferencias históricamente existentes entre ambas concepciones procesales.

En la época referida, la jurisdicción procesal civil poseía una naturaleza que compelmía a los litigantes a evitar la celebración de juicios —*trial avoiding*—. El sistema promovía la obtención de acuerdos escritos que después se homologarían judicialmente. Por el contrario, la jurisdicción penal presentaba una clara inclinación hacia la celebración del juicio oral —*trial centered*—. El procedimiento criminal destacaba por la preferencia de la fase verbal sobre la escrita. Ciertamente, las diferentes orientaciones de ambos procesos encuentran causa inmediata en el tratamiento contrapuesto concedido por las dos jurisdicciones a la declaración de los interesados.

Constituye una importante característica de la jurisdicción civil, la prohibición de la declaración judicial de parte con la intención de impedir que ésta pudiera despachar manifestaciones no veraces, habida cuenta de la existencia de interés en el resultado del pleito y, también, en aras a evitar que por aquélla se pudiera cometer perjurio en juicio. La proscripción de declaración de parte, provocó una cierta previsibilidad del resultado de los pleitos que, frecuentemente, se resolvían únicamente sobre la base de la prueba documental obrante en autos, por lo que acabó considerándose una decisión inteligente la búsqueda de un acuerdo homologado

⁴³³ Cfr. *Ibíd.*, particularmente págs. 7–17. El autor, en una obra recomendable, desoja la imbricada historia del sistema adversarial criminal inglés.

judicialmente a fin de evitar el pleito. En el extremo opuesto, en la jurisdicción criminal —sin perjuicio del principio de oportunidad— la declaración del acusado en los juicios criminales, liberado de todo juramento de decir verdad, era y es, norma esencial del procedimiento.

Hasta el siglo XVIII, respecto de los delitos comunes, fue norma no escrita dentro del proceso criminal inglés que el papel de acusador fuera asumido directamente por la víctima y el papel de defensor fuera ejercitado directamente por el acusado⁴³⁴. Afirma HUNNISETT que cuando el juicio versaba sobre un delito de homicidio, la persecución penal era sostenida por los herederos o, a falta de éstos, por el jefe de la policía local⁴³⁵. Respecto del acusado, se conserva un extenso número de resoluciones judiciales de la época en las que al mismo le es negada la petición formulada de defenderse por medio de abogado. En ellas, en definitiva, se expresa el extendido sentir de la época caracterizado por entender que, la mejor defensa del falsamente acusado se halla constituida por la simplicidad de la inocencia desprovista de consejeros que hablen en su nombre⁴³⁶.

El nacimiento remoto del proceso criminal adversarial coincide con la aprobación de la *Treason Trials Act*⁴³⁷ en 1696, que fue la causa legal, precisamente, de la aparición de fiscales de la Corona ingleses en los juicios dirigidos contra personas acusadas por la comisión de delitos de traición, lo que provocó que se produjeran condenas erróneas por mor del desequilibrio procesal⁴³⁸. La concurrencia de los fiscales en esta clase de juicios, condujo a que, expresamente, se permitiera que el acusado en los juicios de traición compareciese defendido por abogado.

Posteriormente, a medida que durante el siglo XVII se incrementó el número de investigaciones privadas y el de abogados acusadores en juicios por delitos comunes de

⁴³⁴ Sin perjuicio de que la víctima o cualquier otro acusador haya de actuar siempre en nombre de la Corona, por ser ésta la titular del *ius puniendi*.

⁴³⁵ HUNNISETT R. F., “The eighteenth century coroners and their clerks”, *Archaeological and natural history magazine*, núm. 123, 1982, pág. 76.

⁴³⁶ HAWKINS W., *A treatise of the pleas of the Crown*, Londres, 1717, pág. 400, citado por LANGBEIN J. H., *The origins of...* op. cit., págs. 2–3.

⁴³⁷ Ley de enjuiciamiento de la traición.

⁴³⁸ Vide causas Popish de 1678, Rye House Plot de 1683, y Bloody Assizes de 1695.

especial gravedad y, a mayor abundamiento, se hicieron comunes las recompensas a los testigos; los tribunales comenzaron progresivamente a ser más laxos en la admisión de defensa legal al acusado a fin de permitir el examen de los testigos de la acusación, si bien, no se admitió —con carácter general— hasta el siglo XVIII, que los abogados se dirigieran directamente al jurado. En el siglo XVII la asistencia letrada en juicio ya constituía un uso común y en el siglo XIX puede afirmarse que el proceso criminal podía definirse como un proceso de partes.

En este sentido, el observador francés COTTU afirmó en 1820 que, en los juicios criminales de Inglaterra, “durante la práctica de la prueba testifical, el juez permanece casi como un extraño a lo que está aconteciendo”⁴³⁹. En esta época ya puede hablarse del nacimiento del proceso criminal adversarial, en el que el juez queda configurado como alto árbitro que conoce el derecho pero desconoce los hechos, que deberán ser investigados por las partes, debatido por los abogados y decididos por el jurado. Si bien es cierto, que el juez mantiene la potestad de absolver al acusado contra el veredicto condenatorio del jurado contrario a las pruebas practicadas, su influencia en el jurado decae considerablemente a medida que avanza la influencia producida en el jurado por los abogados —*lawyerization of the trial*—, en lo que puede ser denominado, transformación del proceso en un combate adversarial⁴⁴⁰.

A pesar de que, precisamente a día de hoy, el sistema continental criminal caracterizado por la obligación de la búsqueda oficial de la verdad material, se contraponen al sistema adversarial inglés por razón de que, éste último, no predica tal persecución; es cierto, que en el origen del sistema adversarial se pretendió superar un sistema anterior conocido como *altercation system* o sistema de confrontación definido por la ausencia voluntaria de abogados acusadores y por la ausencia por prohibición en juicio penal de los abogados defensores. Este sistema, se caracterizaba también por la desigualdad, al estar estructurado en favor de la acusación. COTTU, refiriéndose a la desprotección del acusado en el juicio criminal inglés, llegó a afirmar que “el sombrero

⁴³⁹ COTTU C., *De l'administration de la justice in criminelle en Angleterre*, París, 1820, pág. 88, citado por LANGBEIN J. H., *The origins of...* op. cit., pág. 6.

⁴⁴⁰ Expresión acuñada por la doctrina a través de la deformación del término *lawyer* (abogado) para referirse a la progresiva transformación del juicio criminal inglés desde el siglo XVI al XVIII sin presencia de abogados hasta un juicio regido por la pugna entre abogados.

del acusado colocado encima de un palo, podría, sin inconveniencia, ser su sustituto en el juicio”⁴⁴¹. El autor francés, muestra una mixtura de extrañeza y chauvinismo al contraponer el ardiente deseo del proceso criminal francés por la búsqueda de la verdad, con la indiferencia por la verdad que caracterizaba a principios del siglo XIX al sistema criminal inglés. Particularmente, se extraña del desprecio del sistema adversarial a la prueba de confesión del reo⁴⁴².

En este sentido, LANGBEIN afirma que algunos de los fallos del sistema adversarial, en cuanto a la ausencia de persecución material de la verdad, que ahora asociamos con la naturaleza del sistema adversarial son, en realidad, defectos en la estructura institucional anterior a la entrada de los abogados en el proceso criminal⁴⁴³. El sistema adversarial no vino a sustituir uno de instrucción oficial, sino que replicó el sistema anterior dominante en el sistema judicial criminal inglés desde la Edad Media, caracterizado por la ausencia de obligación búsqueda material de la verdad, limitándose a sustituir el protagonismo de la víctima y del acusado, por el de sus abogados.

A pesar de ello, el autor admite que la ausencia de interés oficial en la búsqueda de la verdad material se halla más acentuada en el sistema adversarial que en el de confrontación, ya que, mientras que en el sistema anterior el déficit encuentra su causa en la mera negligencia; en el adversarial, se permite conscientemente a las partes procesales interesadas hacerse dueños del procedimiento criminal, al no dotarse legislativamente a la fase previa al juicio o instrucción, del carácter de oficialidad o necesidad pública.

Ciertamente, puede llamar la atención que durante el asentamiento del sistema adversarial criminal en Inglaterra durante los siglos XVI al XVIII considerando que, al carecer el sistema de investigación oficial, su habilidad para encontrar la verdad resulta limitada, no se pusiera de manifiesto el deseo de emular el sistema continental de instrucción judicial. La doctrina ha querido encontrar la explicación a la aceptación popular del sistema adversarial anglo americano, a pesar de su evidente deficiencia en cuanto a la búsqueda material de la verdad.

⁴⁴¹ COTTU C., *De l'administration de la justice...* op cit, pág. 105.

⁴⁴² COTTU C., *Ibidem*, págs. 91-92.

⁴⁴³ Cfr. LANGBEIN J. H., *The origins of...* op. cit., particularmente, págs. 333 y ss.

En este sentido, CUADRADO SALINAS, con razón, afirma que el origen de la “desconfianza del Justiciable hacia el Ejecutivo se sitúa en los supuestos abusos y arbitrariedades que se cometieron durante el siglo XVI en los procesos penales, para los cuales era competente el tribunal denominado *Star Chamber*. Este tribunal, creado por los Tudores (1485–1603), y compuesto tanto por delegados del Rey como por jueces reales, juzgaba utilizando los métodos inquisitivos prerevolucionarios franceses. A través de ellos, entre otros elementos característicos, lo que resultaba más ajeno a la tradición procesal inglesa era el secreto de las actuaciones, la obligación del acusado de declarar bajo juramento utilizando la tortura como vehículo para arrancar la confesión, y la iniciación del procedimiento *ex officio* por el tribunal. La desaparición en 1641, tanto del mencionado tribunal como del tipo de procedimiento utilizado, se convirtió en un símbolo de libertad constitucional”⁴⁴⁴.

Paradójicamente, LANGBEIN sostiene que la razón detrás de la pacífica admisión histórica de un sistema indiferente a la persecución de la verdad se halla en que, precisamente, nunca se pretendió su búsqueda⁴⁴⁵. Ello es consecuencia de que, la búsqueda de la verdad —en demasiadas ocasiones— conducía inevitablemente a la condena del reo a la pena de muerte. En esencia, el autor sostiene que los miembros del jurado aprovechan la parcialidad de las partes en la obtención, selección y presentación de los medios de prueba, la retorsión de la verdad connatural a la ausencia de instrucción oficial y las técnicas de las pares de distorsión de la realidad propias del juicio adversarial, para justificar el dictado de veredictos exculpatorios de culpabilidad que evitaban la muerte del condenado, especialmente respecto de los delitos contra la propiedad⁴⁴⁶.

MALTBY y MILLER señalan, como posible causa justificativa de la indiferencia inglesa respecto del sistema inquisitorial, la existencia de fuertes estereotipos negativos hacia todo lo que representara la Europa continental y, en especial, hacia el Papado, hacia Francia y hacia España⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 34.

⁴⁴⁵ Cfr. LANGBEIN J. H., *The origins of...* op. cit., particularmente, págs. 334–337.

⁴⁴⁶ Cfr. Report from the select Committee to consider of so much of the criminal law as relates to capital punishment in felonies, Londres, 1819.

⁴⁴⁷ MALTBY W. S., *The black legend in England: the development of antispainish sentiment: 1558–1560*, Durham, 1968, págs 33–43. También, MILLER J., *Popery and politics in England:*

Una razón adicional que coadyuva a explicar que en Inglaterra no se pusiera de manifiesto el deseo de emular el sistema continental de instrucción oficial, puede hallarse en el desprecio generalizado que produjo en el pueblo inglés el uso continental de la tortura como medio de averiguación de la verdad, la repulsa por el riesgo de tiranía y arbitrariedad de un proceso necesitado de la verdad subjetiva de un funcionario y, también, la creencia en un modelo conceptual nacional de administración pública central “de mínimos”, en el que resultaba difícil encajar la estructura organizativa que exige un sistema de acusación pública operada bajo el principio de oficialidad y un sistema de investigación pública del delito⁴⁴⁸.

En cualquier caso y, con independencia de las precisas razones que llevaron a Inglaterra a no emular el proceso de búsqueda de la verdad continental, es cierto que el viejo sistema inquisitorial europeo del siglo XVIII dista mucho de parecerse al sistema inquisitorial mixto de raíz constitucional de las modernas democracias continentales del siglo XXI. Baste recordar de aquel, además del recurso a la tortura y la deleznable admisión de condena sobre la base de la confesión como única prueba de cargo, la falta de separación entre juez y acusador, la ausencia generalizada de jurados, la no escasa contaminación política de los jueces, y la absoluta falta de reconocimiento de derechos esenciales del imputado durante la instrucción secreta de la causa, para poder afirmar con seguridad, que el sistema continental no constituía —hace tres siglos— el más adecuado ejemplo procesal a seguir.

2.2. EL ORIGEN HISTÓRICO–CONSTITUCIONAL DEL SISTEMA ADVERSARIAL EN NORTEAMÉRICA

La doctrina es coincidente al engarzar la instauración del sistema adversarial criminal en Norteamérica a la propia génesis de la Constitución americana y, dentro de ésta, a la denominada *Bill of rights* de 1789 o Carta de declaración de derechos, cuyas

1660–1668, Cambridge, 1973, citados por. LANGBEIN J. H, *The origins of...* op. cit., págs. 340–342.

⁴⁴⁸ Cfr. LANGBEIN J. H, *The origins of...* op. cit., particularmente págs. 340–342. En el mismo sentido, KURLAND P. B y WATERS D. W., “Public prosecution in England 1854–1879: an essay in english legislative history”, *Duke Law Journal*, 1953.

10 primeras Enmiendas fueron incorporadas a la Constitución en 1791, una vez hubieron sido ratificadas por las $\frac{3}{4}$ partes de los Estados de la Unión⁴⁴⁹.

En particular, se refieren, en mayor o menor medida al sistema adversarial criminal, las Enmiendas V, VI y la sección 1ª de la XIV⁴⁵⁰. La Enmienda V, dispone que “nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otro delito infame a menos que un gran jurado lo acuse, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas navales o terrestres, o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio actual en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se juzgará a persona alguna dos veces con motivo del mismo delito, el cual conlleve la pérdida de la vida o algún miembro; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se tomará propiedad privada para uso público sin una justa indemnización⁴⁵¹”.

La Enmienda VI, consagra el derecho de los ciudadanos a un juicio criminal con jurado al disponer que “en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por ley; así como de que se le haga saber la naturaleza y causa de la acusación, de que se caree con los testigos en su contra, de que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y de contar con la ayuda de un abogado que le defienda”⁴⁵².

⁴⁴⁹ Cfr. FREEDMAN M., *Professionalism in the American Adversary System*, Boston 1992, pág. 467. También, MENKEL–MEADOW C., “The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World”, *W & Mary Univ. Law Review*, Vol. 38, 1996, pág. 7. Entre la doctrina española, Vide GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica” *Revista Poder Judicial*, número especial XIX, 2006, págs. 40–41.

⁴⁵⁰ La Enmienda XIV fue incorporada a la Constitución estadounidense en 1868.

⁴⁵¹ El texto original de la Enmienda V es el siguiente: “no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

⁴⁵² Texto original de la Enmienda VI: “in all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime

El segundo inciso de la sección 1ª de la Enmienda XIV, declara el derecho al debido proceso, al establecer que “ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos⁴⁵³”.

Se ha sostenido, que dentro del haz de derechos procesales que se hallan comprendidos en el concepto jurídico o principio del debido proceso, cabe incluir el derecho a un juicio adversarial. En este sentido, GÓMEZ COLOMER afirma que “el principio del proceso debido es el principio clave del sistema adversarial, el único principio de verdad en realidad, de ahí que más que principio sea el todo, el único principio del sistema, el que lo determina, porque decide estructuralmente la manera de enjuiciar criminalmente en Estados Unidos y en consecuencia el proceso penal acusatorio norteamericano, compuesto de diversos principios y garantías que le dan sentido, no todos ni todas obviamente de igual valor, que la jurisprudencia va desarrollando poco a poco en su interpretación integradora”⁴⁵⁴.

En esencia, debido proceso, es un término elástico y cambiante en el tiempo que, hasta la primera mitad del siglo XIX, vino a significar proceso con las garantías

shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

⁴⁵³ Texto original de la Sección 1ª de la Enmienda XIV: “all persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

⁴⁵⁴ GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos...”, op. cit., pág. 62. Señala el autor, en forma gráfica, que “el Adversarial System sería el cuerpo humano en su integridad; el Due Process of Law sería la columna vertebral que permite el movimiento de ese cuerpo, movimiento que únicamente se podría articular en una dirección o camino, a saber, el proceso penal acusatorio; y los principios y garantías derivadas de él serían los demás huesos del esqueleto humano, en donde unos ciertamente (el esternón y las costillas, por ejemplo) serían más importantes que otros (que la rótula por poner un caso evidente)”.

comúnmente aceptadas en derecho y que, por razón de la fuerza expansiva de la energía adaptativa de la jurisprudencia, ha ido acogiendo el sentir procesal dominante de los años posteriores. En este sentido, ESPARZA LEIBAR señala que la jurisprudencia norteamericana confirma la flexibilidad y extensión de la polifacética institución⁴⁵⁵. La primera sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL NORTEAMERICANO que intentó definir el proceso debido, en 1856⁴⁵⁶, vinculó el concepto de *due process of law* exclusivamente al *common law* de cada territorio; no obstante, a partir de 1884, el Alto Tribunal norteamericano dio inicio a un progresivo cambio de su doctrina jurisprudencial con marcada tendencia a la extensión conceptual de la institución del proceso debido⁴⁵⁷.

2.3. ELEMENTOS DEL SISTEMA CRIMINAL ADVERSARIAL

Si bien puede afirmarse que no existe un tipo genérico exclusivo de sistema adversarial ya que, los diferentes sistemas criminales nacionales, presentan diferencias importantes en sus estructuras o modelos adversariales; es cierto que ha de identificarse el concepto abstracto de sistema adversarial con el sistema criminal extenso de origen inglés que, ha sido asimilado por el núcleo de los sistemas de derecho criminal de su entorno de influencia cultural, como el norteamericano, el australiano o el canadiense, entre otros, sin perjuicio de las particularidades propias del sistema criminal nacional de cada Estado que lo ha importado.

El denominador común —teórico o filosófico— actual de los diferentes modelos adversariales lo constituye la creencia tradicional popular de origen inglés de que la mejor fórmula para la búsqueda de la verdad se construye a través del combate entre partes iguales ante un juez supra partes que vigila de la legalidad del enfrentamiento y supervisa a un jurado que, gracias a la observación del debate inter partes, consigue extraer la verdad y emitir un veredicto justo. Esta concepción prevalece a día de hoy en

⁴⁵⁵ ESPARZA LEIBAR, I, *El principio del proceso debido*, Barcelona 1995, pág. 67 y ss. En igual sentido, RESNICK, “Due process and procedure justice”, *Yearbook of the American Society for political and legal philosophy*, Nueva York, 1977, pág. 206.

⁴⁵⁶ Vide Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL de los EE.UU., Murray Lessee contra Hoboken Land and Improvement CO., 1856.

⁴⁵⁷ Vide Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA, Hurtado contra California, 1884.

la conciencia popular a pesar de que —como se ha visto— no se corresponde con las causas históricas impulsoras del origen al sistema adversarial criminal anglo americano. No obstante, es cierto que al observador objetivo le resulta difícil obviar la contradicción de un sistema que dice pretender la búsqueda de la verdad al tiempo que permite que las fuentes de prueba sean recogidas, seleccionadas y presentadas en exclusiva, por las partes interesadas en el resultado de la contienda.

Debe destacarse, que en el sistema adversarial puro no se concibe al fiscal como defensor de la legalidad sino como acusador público, sin perjuicio de que le sean asignadas funciones civiles. Concebir al fiscal como acusador público, —afirma FUENTES— “supone admitir que es función del Ministerio Fiscal ejecutar la política criminal de un país” y, por tanto, en este contexto el fiscal “no es el defensor de la legalidad; la legalidad operará tan sólo —que no es poco— como límite, pero no como fuente de legitimación”⁴⁵⁸.

Esta comprensión adversarial del fiscal como parte representante del interés estatal se contagia a la estructura del proceso adversarial criminal. En este sentido, GOODPASTER sostiene que el proceso adversarial se compone, en primer término, de hechos que se prueban dialécticamente a través de un proceso de persuasión que toma la forma de confrontación dramática de dos versiones inconsistentes de la información disponible; en segundo lugar, de un órgano de decisión, generalmente un jurado compuesto por personas legas en derecho y; en tercer término, de las partes, que controlan la presentación de las pruebas que constituyen el material con el que serán contruidos los hechos⁴⁵⁹. Las partes —señala el autor— se hallan en actitud y ética, comprometidas con la victoria en la confrontación con preferencia sobre cualquier otro objetivo, como el descubrimiento de la verdad o el comportamiento justo.

⁴⁵⁸ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 9.

⁴⁵⁹ GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 78, Chicago, 1987, pág. 120. En el mismo sentido, FRANKEL M. E., *Partisan Justice*, Nueva York, 1980, pág. 47. Un análisis ideológico de los elementos definitorios del juicio adversarial puede hallarse en LUBAN A., *Legal ethics and human dignity*, Cambridge, 2007, pág. 19. También, SWARD E. E., “Values, ideology, and the evolution of the Adversary System”, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, 1989, pág. 312.

A los anteriores elementos definitorios del sistema adversarial puro, deben añadirse dos características no esenciales. En primer término, la ausencia del principio de oficialidad o, si se prefiere, de falta de obligación de persecución oficial de los hechos indiciariamente delictivos⁴⁶⁰. En segundo lugar y, siempre que existiere un organismo encargado de formular la acusación pública, el establecimiento de la potestad fiscal del ejercicio del principio de oportunidad en aplicación de motivos de política criminal. Ciertamente, la primera característica sólo concurre en el sistema adversarial puro y no con actuales sistemas criminales comúnmente denominados adversariales, donde —en mayor o menor medida— rige el principio de oficialidad. La segunda, constituye una necesidad organizativa asociada al generalizado derecho del reo a ser juzgado por un jurado.

Los elementos del sistema adversarial criminal, se sintetizan en:

1. Inexistencia de fase de instrucción judicial.
2. Principio de discrecionalidad política en el ejercicio público de la acción penal.
3. Establecimiento generalizado del jurado de ciudadanos legos en derecho como órgano de decisión del juicio criminal.
4. Concepción del juez conocedor del derecho, como órgano *supra partes* que se constituye en árbitro de la confrontación entre éstas y como garante del cumplimiento de la legalidad procesal.
5. Ejercicio de la acusación centrado en la victoria del conflicto y ajeno a la búsqueda de la verdad material.
6. Remisión para la obtención, selección y presentación de las fuentes de prueba, a la pericia y economía de las partes.
7. Interdicción de la formulación de recurso de apelación contra las sentencias criminales absolutorias.
8. Rechazo de un sistema de prueba legal y del proceso secreto.

El sistema adversarial norteamericano goza, además, de la particular característica consistente en la monopolización del ejercicio de la acusación por el fiscal. Ciertamente, este elemento monopolístico puede resultar paradójico y ha de

⁴⁶⁰ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., pág. 83. El autor alemán define el principio de oficialidad como “principio según el cual el Estado persigue el delito de oficio”.

afirmarse que encontraría su encaje adecuado en la naturaleza oficialista más propia del sistema inquisitivo y del sistema acusatorio formal o mixto, que en el espíritu de los sistemas adversarial y acusatorio puro, entendidos estos últimos como modelos procesales marcados por un parcial desinterés estatal.

A continuación, son analizadas cada una de las 8 características esenciales del sistema criminal adversarial.

2.3.1. INEXISTENCIA DE FASE DE INSTRUCCIÓN JUDICIAL

Con precisión, FUENTES define la fase de instrucción como “una fase compleja caracterizada por la realización de todas aquellas actividades investigadoras encaminadas a la determinación de los hechos y su autoría –a fin de poder sostener la acusación que abrirá posteriormente la fase de juicio oral– y a la adopción de todas aquellas medidas que garantizan la eficacia del juicio y de su posterior ejecución”, sin perjuicio —aclara la autora— de que la función primordial de la etapa instructora no sea preparar el juicio, sino servir de base al juicio de acusación⁴⁶¹.

En puridad, el proceso criminal adversarial no se inicia sino hasta el momento en que por el fiscal, por otra acusación o por la policía —según legislaciones y supuestos— se presentan oficialmente cargos contra el sospechoso. La doctrina del Tribunal Supremo Federal de los EE.UU., es pacífica al sostener que el proceso adversarial no puede iniciarse prematuramente⁴⁶². Afirma FLOWERS, que esta advertencia jurisprudencial pretende preservar el delicado equilibrio entre la protección de los derechos individuales y el derecho de la sociedad a resolver la autoría de los crímenes y a condenar a sus partícipes, que ha de decantarse a favor de la protección de los derechos individuales privilegiando la búsqueda de la verdad material respecto del combate inter partes propio del juicio adversarial, al menos, en la fase de investigación del delito⁴⁶³. En el mismo sentido, GRANO, abundando en la doctrina jurisprudencial,

⁴⁶¹ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 23.

⁴⁶² Vide la sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Escobedo contra Illinois, 378 US 1964. También, la sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, McNeil contra Wisconsin, 501 US 1991.

⁴⁶³ FLOWERS R. K., “A Code of their own: updating the Ethics Codes to include the non Adversarial roles of Federal Prosecutors”, *Boston College Law Review*, Vol.37, 1996, pág 957.

señala que “la tensión entre verdad, descubrimiento y otros objetivos debe ser resuelta de forma que permita a la verdad conservar el papel dominante en el proceso criminal”⁴⁶⁴.

La cuestión que subyace dentro de la prohibición jurisprudencial de inicio del proceso adversarial hasta la formulación de cargos al acusado, ha de entenderse desde la posición de desprecio a la verdad a que son forzadas las partes que actúan bajo el diseño adversarial del juicio criminal que irremediamente las convierte en egoístas rivales enfrentados. En efecto, una vez se produce el *pistoletazo* de salida al proceso adversarial, acusación y defensa se posicionarán procesalmente como enemigos irreconciliables en busca del mismo botín: un veredicto favorable a sus conclusiones iniciales. En este sentido, FLOWERS señala que cualquier justificación que pueda ser formulada a favor de la asunción del sistema adversarial en el proceso o juicio, no puede aplicarse a la fase de investigación del delito. Ello ese debe —sostiene la autora— a que el sistema adversarial tiende a esconder la verdad antes de que todos los hechos hayan sido conocidos, de forma que “cuando se fuerza prematuramente al fiscal a asumir la posición de acusador”, el propio sistema dificulta el tránsito de información, puesto que “no es probable que los adversarios pongan a disposición de sus oponente los hechos más relevantes”⁴⁶⁵.

Por ello, cuando el Tribunal Supremo norteamericano insiste en que el proceso adversarial no puede iniciarse hasta que no se presenten cargos por la acusación, lo que pretende provocar es que el fiscal actúe como un investigador que busca la verdad material de forma honesta e imparcial, hasta el momento en que, al adquirir conocimiento indiciario suficiente de la existencia de los hechos y de la culpabilidad del autor que le permita formular cargos concretos contra él, se produzca la apertura del procedimiento, momento que da inicio a la transformación del fiscal investigador en

Texto original: “*the Court has recognized that the adversary process cannot begin prematurely. There is a delicate balance between the protection of individual rights and the rights of society to solve crimes and convict criminals. The search for truth, if not the only goal of our criminal justice system, must remain a paramount concern, at least in the investigative stage of a case*”.

⁴⁶⁴ GRANO J. D., *Confessions, truth and the law*, Michigan, 1993, pág. 24. Texto original: “tension between truth, discovery and other goals should be resolved in a way that leaves truth a dominant goal of the procedural system”.

⁴⁶⁵ FLOWERS R. K., “A Code of their own...” op. cit., pág 924.

acusador parcial y ciego a la verdad que actúa inspirado en la consecución de un veredicto de culpabilidad⁴⁶⁶.

Esta distinción relativa al momento de inicio del proceso adversarial, también ha sido utilizada por el Tribunal Federal norteamericano para diferenciar entre dos niveles de protección de los derechos y garantías constitucionales del imputado, especialmente del derecho de defensa reconocido en la Enmienda VI y, también, respecto de la legalidad de la confesión otorgada ante agentes de policía. En este sentido, el Tribunal declaró en 1964 que “cuando el proceso cambia de forma investigadora a forma acusadora —cuando su foco se centra en el acusado y su propósito es obtener una confesión— nuestro sistema adversarial comienza a operar y, bajo estas circunstancias, debe permitirse que el acusado sea asistido de abogado⁴⁶⁷”. En 1974, el Alto Tribunal declaró que “el inicio del proceso judicial criminal es mucho más que un mero formalismo. Es el punto de partida de todo el sistema de Justicia criminal adversarial. Ya que sólo es desde entonces cuando el Gobierno se compromete a si mismo a perseguir [acusar] y sólo entonces las posiciones adversas de Gobierno y defensor se solidifican⁴⁶⁸”.

Debe destacarse, que en el sistema adversarial norteamericano la formulación de cargos supone un paso definitivo para el fiscal ya que, si llegado el juicio no se han obtenido suficientes fuentes de prueba que permitan la condena del acusado, éste será absuelto o parcialmente condenado y no podrá ser juzgado de nuevo por los mismos

⁴⁶⁶ Esta distinción respecto del momento de inicio del proceso adversarial, también ha sido utilizada por el Tribunal Federal norteamericano para distinguir entre la licitud constitucional de dos niveles en la protección administrativa de los derechos fundamentales del imputado — especialmente limitaciones en el derecho de defensa y en la legalidad de la obtención de fuentes de prueba por la Policía— que el exigido una vez se da comienzo al proceso.

⁴⁶⁷ Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Escobedo contra Illinois, 378 US 1964. Texto original: “when the process shifts from investigatory to accusatory —when its focus is on the accused and its purpose is to elicit a confession— our adversary system begins to operate and under the circumstances here the accused must be permitted to consult with his lawyer”. Vide también, sentencia del Tribunal Supremo Federal, United States contra Wade, 1967, núm. 388 US

⁴⁶⁸ Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Kirby contra Illinois, 906 US 1972, Texto original: “the initiation of judicial criminal proceedings is far from a mere formalism. It is the starting point of our whole system of adversary criminal justice. For it is only then that the government has committed itself to prosecute and only then that the adverse positions of the government and defendant have solidified”.

hechos, con independencia de que en momento posterior fueran descubiertas otras pruebas de cargo. Ello es consecuencia de la anteriormente reproducida Enmienda V a la Constitución en la que se dispone que no se juzgará a persona alguna dos veces con motivo del mismo delito. Es cierto, que este principio de interdicción de la doble incriminación sobre el mismo objeto, generalmente conocido por el latinismo *ne bis in idem* y tradicionalmente característico de las democracias avanzadas, goza hoy de una gran expansión geográfica a raíz de la aprobación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁴⁶⁹, cuyo artículo 14.7 establece que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya, condenado o absuelto, por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

La ausencia de una fase de instrucción judicial en el sistema adversarial no significa que las autoridades públicas hayan de ser ajenas al deber de investigar la infracción criminal. No obstante, es cierto —afirma CUADRADO SALINAS— que “el sistema de acusación pública, a través del cual es al Estado a quien corresponde el derecho de persecución de los delitos, ha sido tradicionalmente un concepto ajeno al proceso penal inglés. En su lugar, el derecho del ciudadano a investigar, iniciar el proceso penal y sostener la acusación, fue el paradigma del sistema procesal penal hasta mediados del siglo XIX”⁴⁷⁰. Puede afirmarse que el sistema adversarial clásico inglés no albergaba en su seno el principio de oficialidad en la investigación delictiva, al menos, en el concepto de oficialidad generalmente aceptado por la doctrina española como principio de interés público en el descubrimiento de la verdad material de la infracción criminal⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por España el 13 de abril de 1977 y traspuesto a su Ordenamiento jurídico por Instrumento de Ratificación de 30 de abril de 1977.

⁴⁷⁰ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., págs. 33–34.

⁴⁷¹ ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., pág. 290. La autora afirma que “en España, el interés público a que obedece la propia tipificación de las conductas y la vigencia del principio de legalidad, conducen a la oficialidad: con la *noticia criminis* el juez (303 y 308 LECrim) debe incoar sumario para averiguar si concurren o no circunstancias delictivas. Esta obligación, que se extiende al MF como inspector directo en el proceso ordinario (art. 306 LECrim) o con carácter más extenso en el procedimiento abreviado (art. 785 bis LECrim), ofrece su polo opuesto en el derecho de acceso del ciudadano que presenta una querrela, como derecho a una resolución motivada sobre la

Ello no obstante, el sistema adversarial inglés ha ido asumiendo de forma creciente el principio de oficialidad, particularmente, desde la creación del cuerpo de fiscales de la Corona y, no ha de caber duda, de que el sistema adversarial criminal norteamericano cobija en su interior un acentuado principio de oficialidad que exige del fiscal la investigación del delito, sin perjuicio de que le permita, de forma discrecional, decidir los supuestos concretos en que el interés público requiere el ulterior ejercicio de la acción penal⁴⁷².

En este sentido, cabe acentuar la importancia del principio 2.2 del Código de fiscales de la Corona (Inglaterra y Gales) que rige la actuación y, es de mandatorio cumplimiento para ellos, que dispone: “es obligación de los fiscales asegurarse de que la persona correcta es perseguida por el delito correcto y llevar a los delincuentes a la Justicia cuando ello sea posible”⁴⁷³. Se desprende del precepto, la existencia de una tendencia conducente a la consolidación del principio de oficialidad o interés público en la búsqueda de la verdad material en la investigación o, si se desea expresar de otra forma, una tendencia protagonizada por un creciente intervencionismo público en la fase de investigación penal que limita la naturaleza original del proceso adversarial. Puede afirmarse, que el proceso adversarial puro continúa el camino que fue iniciado con la *Metropolitan Police Act*, de 1839, hacia la publicación de la investigación criminal, al tiempo que el sistema adversarial norteamericano, ya asume como propio el principio de oficialidad en la investigación criminal⁴⁷⁴.

calificación jurídica de los hechos (...) la vigencia del principio de oficialidad en el proceso penal español, no es la misma en las dos fases en que se divide. En la primera, la destinada a la investigación de los hechos para determinar si constituyen o no un supuesto delictivo e identificar al delincuente, la oficialidad es preponderante”. En cuanto a la segunda fase, GIMENO explica que es el fiscal a quien el artículo 105 de la LECrim “legitima expresamente para el ejercicio de la acción penal, consagrando, de esta manera y, al igual que en la totalidad de los ordenamientos procesales europeos, el principio de oficialidad de la acción penal”, Vide GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 188.

⁴⁷² El castellano, el estudio más riguroso sobre el sistema acusatorio inglés es de CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., págs. 215 y ss.

⁴⁷³ The Code for Crown prosecutors, 2013. General Principle 2.2, Texto original: “it is the duty of prosecutors to make sure that the right person is prosecuted for the right offence and to bring offenders to justice wherever posible”.

⁴⁷⁴ El precepto ha de entenderse en relación con la Ley sobre Policía y la prueba criminal —Police and Criminal Evidence Act— de 1984, que comprende el —Code of practice for the detention, Treatment and questioning of persons by Police officers—. En su apartado 16.1,

Sin perjuicio de lo anterior, comparto con CUADRADO SALINAS, que la imagen que proyecta el proceso adversarial, “es la de un proceso contradictorio entre dos partes, las cuales decidirán qué aspectos en concreto del conflicto deben ser debatidas” y, por tanto, es claro “que si al juez adversario se le otorgasen poderes para investigar hechos que no hayan sido puestos de manifiesto por las partes, el proceso ya no sería un proceso contradictorio entre las partes; así pues, la teoría adversaria impide que un órgano judicial goce de facultad alguna para investigar, de forma independiente de las partes, los hechos conflictivos y que deben ser debatidos”⁴⁷⁵.

El éxito de la investigación pende tanto de la parte acusadora —que en el sistema adversarial norteamericano la ejerce en monopolio el fiscal— cuanto de la propia defensa; si bien, la acusación, al ser ésta la parte sobre la que recae el peso de probar la concurrencia de los hechos imputados al acusado, sostiene en solitario la obligación de reunir suficientes elementos o fuentes probatorias para que, una vez presentadas en juicio, pueda ser dictado por el jurado un veredicto condenatorio con arreglo a la acusación formulada. Por su parte, la defensa deberá practicar su propia investigación privada, sin perjuicio de la obligación de la acusación pública de permitir acceso parcial a los elementos hallados en su propia investigación, a fin de descubrir los testigos, encomendar los peritajes y recabar cuantas fuentes probatorias desee poder presentar como prueba de descargo durante el subsiguiente proceso judicial adversarial⁴⁷⁶.

Como es sabido, la figura del juez de instrucción es desconocida por el sistema adversarial cualquiera que sea su lugar de aplicación. No es posible que se produzca una

intitulado “Charging detained persons”, se regula el mecanismo de consulta a la Fiscalía de la Corona para la imputación inicial de cargos al sospechoso. En concreto, establece que cuando de conformidad con la guía del Director de la Oficina de Persecución Pública, el agente de Policía decida que el caso deba ser remitido inmediatamente al Servicio de Fiscales de la Corona para hacer la decisión de formular cargos, la consulta con un fiscal deberá realizarse tan pronto como sea posible y, si el fiscal no tomase la decisión en ese momento, el detenido podrá ser dejado en libertad sin cargos. Texto original: “where in compliance with the DPP’s Guidance the custody officer decides that the case should be immediately referred to the CPS to make the charging decision, consultation should take place with a Crown Prosecutor as soon as is reasonably practicable. Where the Crown Prosecutor is unable to make the charging decision on the information available at that time, the detainee may be released without charge”.

⁴⁷⁵ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., págs. 135–136.

⁴⁷⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., págs. 39–42.

aproximación de la fase de investigación o fase no adversarial del sistema adversarial hacia el sistema acusatorio formal con juez instructor, debido a que la institución de la instrucción judicial siempre ha sido radicalmente ignorada por la sociedad angloamericana y, dentro de la doctrina de origen anglosajón, no concita defensores ni tan siquiera entre los propios detractores del sistema adversarial⁴⁷⁷.

2.3.2. DISCRECIONALIDAD POLÍTICA EN EL EJERCICIO PÚBLICO DE LA ACCIÓN PENAL⁴⁷⁸

No obstante la concurrencia de rasgos definitorios del principio de oficialidad en la fase investigadora del modelo criminal norteamericano y, parcialmente, también en el modelo anglo-galés, las diferencias entre el ejercicio de la acusación pública dentro del sistema adversarial con respecto a su ejercicio en el seno del sistema instructorio judicial español acusatorio formal, siguen siendo relevantes.

Téngase presente que, tales diferencias, en nada afectan a la decisión sobre la conveniencia —que yo comparto— de la introducción en la estructura instructoria del sistema procesal criminal español de la institución del fiscal investigador. Es este sentido, FUENTES, con razón, afirma que “la posición que se tenga acerca de la dependencia o independencia del Ministerio Fiscal en nada condiciona la conveniencia de otorgar a éste la dirección de la fase instrucción procesal” ya que “dicha posibilidad cabe tanto si el Ministerio Fiscal depende del ejecutivo (EE.UU.), como si es absolutamente independiente (Italia)”. Lo importante —afirma la autora— “será rodear su actuación de concretas garantías que dejen nulo margen a la arbitrariedad y que amparen igualmente al resto de partes del proceso”⁴⁷⁹.

La discrecionalidad del fiscal adversarial significa que éste, no se halla sometido al principio de legalidad en su acepción negativa como obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, por lo que puede acordar, atendiendo al criterio del interés público, no

⁴⁷⁷ Cfr. MENKEL–MEADOW C., “The Trouble with the Adversary...” op. cit, págs. 11–12. En el mismo sentido, DZIENKOWSKI J. S., “Lawyering in a hybrid Adversary System”, *W & Mary Univ. Law Review*, Vol. 38, 1996, págs. 60–61.

⁴⁷⁸ El principio de oportunidad se trata en profundidad en el Apartado segundo, del Capítulo I, del presente trabajo.

⁴⁷⁹ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 36.

proseguir en la investigación o no ejercitar la acción penal, aún cuando —de ejercitarse— pudiera haberse llegado al dictado una sentencia condenatoria.

La discrecionalidad del fiscal adversarial es criticada por motivo de que la pretendida imparcialidad del fiscal anglo americano puede, en especial en Norteamérica, no ser constitutiva sino de un mero principio retórico o guía sin control efectivo, habida cuenta de los incentivos —principalmente políticos— que conlleva para el fiscal no funcional obtener un veredicto condenatorio en los procesos criminales en los que interviene⁴⁸⁰.

Por esta razón, —precisa CUADRADO SALINAS— “la doctrina americana afirma que el fiscal asume dos roles distintos según la fase del procedimiento en la que se encuentre el asunto”. Por un lado, “un rol cuasi judicial, no adversario, antes de resolver sobre la acusación y, por tanto, antes de que haya dado comienzo el proceso”, y por otro, “un rol adversario desde que el mismo se inicia y, en caso de que el acusado no se declare culpable, durante toda la fase del juicio oral hasta la obtención de una sentencia condenatoria”. La autora señala, que puede concluirse que “si bien el Ministerio Público no puede, por definición, defender un interés particular, su posición como parte acusadora en el juicio oral la defiende como tal”⁴⁸¹.

Por lo que respecta a las facultades discrecionales del fiscal de la Corona —inglés o galés— o *Crown prosecutor*, en síntesis, consisten en tomar la decisión en los casos complejos de presentar o no cargos contra el sospechoso⁴⁸². En asuntos sencillos, la decisión dependerá de la Policía. En los supuestos en que los cargos hayan sido inicialmente formulados por la Policía, en todo caso, el fiscal podrá modificarlos o desistir de ellos.

⁴⁸⁰ Cfr. FLOWERS R. K., “A Code of their own...” op. cit., pág 974. Se lamenta la autora de que en cada batalla deba haber un ganador y un perdedor y de que en el sistema adversarial generalmente el perdedor es la verdad. Sostiene que en la investigación del delito la búsqueda de la verdad debe de constituir el objetivo prioritario de las partes, especialmente para el fiscal, quien no debe actuar en la investigación como un acusador sino como un neutral buscador de hechos y un no–adversarial evaluador de las fuentes de prueba.

⁴⁸¹ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 141.

⁴⁸² Vide The Code for Crown Prosecutors y la Sección X de la Prosecution of Offences Act de 1985.

Para tomar la decisión de formular o no acusación, el fiscal debe completar el denominado *Full Test Code*, que exige que aquél pueda responder afirmativamente a dos cuestiones; en primer lugar, debe poder afirmar que existen suficientes elementos o fuentes de prueba para justificar el ejercicio de la acción penal. Si el primer requisito concurría, en segundo término, el fiscal —antes de acusar— deberá preguntarse si el ejercicio de la persecución criminal es requerido por el interés público.

El poder asumido por el *Crown prosecutor* queda moderado por la libre facultad de todo ciudadano inglés de formular acusación en nombre de la Corona, a salvo los denominados *consent cases*, que constituyen el grupo de delitos que sobre los que no se puede formular acusación no pública, salvo expreso consentimiento previo del *Director of Public Prosecutions* o de un fiscal actuando en su nombre y, de otro grupo de infracciones criminales —aún más reducido—, que exige para su persecución privada, el consentimiento del *Attorney-General* e informe de éste ante el Parlamento.

Debe subrayarse, como especial particularidad del sistema criminal norteamericano frente al inglés, que en aquél, el monopolio del ejercicio de la acción penal corresponde a la acusación pública, en contraposición con la libertad acusatoria característica del sistema inglés. En este sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ afirma que en el sistema norteamericano “se entiende generalmente que la acción penal no debe quedar en manos de los particulares” puesto que “ello conduciría a prácticas odiosas como la delación” por lo que se entiende que “ha de configurarse como una función esencialmente pública, cuyo correcto cumplimiento es responsabilidad última de los poderes políticos y, en concreto, del Poder Ejecutivo”⁴⁸³.

La concurrencia en el sistema criminal adversarial norteamericano del monopolístico ejercicio de la acción penal por el acusador público, unido a la prevalencia de la discrecionalidad política sobre el principio de legalidad, catapultan al funcionario fiscal norteamericano a la asunción de una cuota de poder un tanto extraordinaria que, sólo puede ser justificada, por mor de la legitimación que le otorga su generalizado nombramiento democrático por elección popular.

⁴⁸³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., pág.61.

En este sentido, comparto con FUENTES, que la figura del fiscal discrecional y dependiente del Ejecutivo “no cabe sino en los Estados puramente democráticos, inspirados en principios tales como la legitimidad democrática y la responsabilidad política de sus instituciones”⁴⁸⁴. En España, el poder del acusador público se legitima a través de la prevalencia del principio de legalidad como obligatoriedad del ejercicio de la acción penal sobre el principio de oportunidad (art. 105 LECrim) y, también, por el modo de designación gubernamental del Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE y art. 29 EOMF)⁴⁸⁵.

2.3.3. EL JUEZ COMO ÁRBITRO DE UNA CONFRONTACIÓN ENTRE PARTES

La primera y esencial característica del juez adversarial exige que el juzgador nunca pueda intervenir en la fase de investigación del delito. Con ello se pretende limitar el riesgo de su propia personal contaminación procesal, como garantía del principio de imparcialidad en su acepción subjetiva. Es cierto, que en los supuestos de juicio con jurado, el meritorio fin de esterilizar al juez del peligro de su subjetividad no resulta tan necesario como en el proceso acusatorio mixto, caracterizado por la figura del juez decisor de los hechos. En todo caso, aún en la limitada capacidad que le es conferida al juez árbitro del derecho del sistema adversarial con jurado como guardián de la entrada de las pruebas al proceso, de ocasionarse su temprana contaminación, el vicio en la imparcialidad del ánimo pudiera conducirle a premiar —en la admisión de los documentos o de los testigos o, incluso, de las preguntas— a una parte procesal sobre la otra con producción de desequilibrio en el juicio adversarial y lesión al

⁴⁸⁴ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 277.

⁴⁸⁵ Cfr. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 188–189. También, ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., pág. 281–82. La autora señala que en el sistema criminal español “la correlación entre principio de legalidad y principio de oportunidad debería cohonestarse con una vigencia al menos predominante del principio de oficialidad. Sin que la alternativa contraria sea incompatible, reforzar la oficialidad y simultáneamente ampliar el margen de las facultades discrecionales que el principio de oportunidad conlleva, configura de hecho un proceso en que los órganos oficiales (juez o fiscal) acaparan excesivas facultades, frente a las que el ciudadano carece de las necesarias garantías. Y no cabe apelar al modelo norteamericano—donde conviven ambos principios— sustancialmente porque allí el control fundamental se ejercita a través de la elección democrática, directa o indirecta, de quien ostenta el monopolio de la acción penal y de quien juzga”.

principio de igualdad de armas y, también, pudiera dar lugar a que el juez, aún sin pretenderlo, influyese con un comportamiento viciado por la contaminación de su espíritu, en la delicada y necesaria imparcialidad de los jurados.

Aún, más positiva se muestra la separación de juez e investigación por ser más pernicioso el peligro potencial de contaminación, en los supuestos de juicio adversarial sin jurado. Respecto de estos supuestos, afirma FRANKEL que los teóricos adversariales se preocupan por la posibilidad de que un juez que haya tomado un rol activo en el desarrollo de un caso, llegue a una decisión demasiado temprano y, consciente o inconscientemente, cese en la búsqueda de pruebas o argumentos contrarios a su conclusión⁴⁸⁶. Además, —señala el autor— el juez adversarial también puede ayudar a hacer la litigación más predecible, ya que si se limita la decisión del juez a razonar sobre la admisibilidad de las pruebas presentadas por la acusación y por la defensa en el transcurso del juicio, las partes, que controlan la prueba, podrán predecir el veredicto más acertadamente que si se hallan obligadas a esperar a adivinar las dudas que persiguen al juzgador.

El juez adversarial debe ser ajeno a la búsqueda, recolección y presentación de pruebas y ha de mantenerse al margen de cualquier acto de investigación como cautela necesaria para asegurar su imparcialidad. En el extremo contrario, la —ya extinta— legislación inquisitorial procesal en la Europa continental, diseñó tradicionalmente un juez que se involucra plenamente en la investigación del delito, en el interrogatorio de los acusados y en el examen de los testigos.

El juez inquisitorial era un juez *pluriempleado*: investigaba, acusaba y juzgaba sobre los hechos y, también, determinaba el derecho aplicable sobre la base de pruebas tasadas a través de un proceso esencialmente escrito y secreto que, guiado bajo un férreo principio de oficialidad, que buscaba como principal premisa alcanzar la verdad material, sin perjuicio de que para ello sea preciso auxiliar, por medio coacción o tortura, a la deseada confesión del reo, a quien se le degrada de sujeto a mero objeto procesal. Congruente con su espíritu medieval, el sistema inquisitorial rechaza toda

⁴⁸⁶ Cfr. FRANKEL M., *Partisan justice...* op. cit., págs. 1042–1043. También, SWARD E., “Values, ideology, and the evolution of the Adversary System...”, op. cit., pág. 313.

idea relativa a la contaminación subjetiva del juez instructor y juzgador y, desde luego, no concibe la existencia del juicio por jurado formado por ciudadanos ordinarios⁴⁸⁷.

En Europa continental, no es sino a finales del siglo XX cuando el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos acaba reconociendo que el art. 6.1 del Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁸⁸, comprende —inserto o integrado dentro del derecho a un juez imparcial— el derecho a un juez juzgador libre de sospecha de contaminación subjetiva por su participación activa en periodos anteriores del proceso⁴⁸⁹. En Hispanoamérica, el derecho a un juez imparcial se consagra en el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ Cfr. MORENO CATENA V., “La necesidad de un nuevo modelo de instrucción”, *Nuevos retos de la justicia penal*, (dir. ASENSIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008, pág. 205. El autor —gráficamente— denomina al juez instructor: “hombre orquesta haciendo muchas cosas”.

⁴⁸⁸ Reproduzco, por su interés, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁴⁸⁹ Vide TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, recurso: núm. 8692/1979, TEDH caso De Cubber contra Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984, recurso: núm. 9186/1980, TEDH caso Langborger contra Suecia, Sentencia de 22 de julio de 1989, recurso: núm. 11373/1985, TEDH caso Hauschildt contra Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 1989, recurso: núm. 10486/1983, TEDH caso Oberschlick contra Austria, Sentencia de 23 de mayo de 1991, recurso: núm. 11662/1985, TEDH caso Borgers contra Bélgica, Sentencia de 30 de octubre de 1991, recurso: núm. 12005/1986, TEDH caso Pfeifer y Prankl contra Austria, Sentencia de 25 de febrero de 1992, recurso: núm. 10802/1984.

⁴⁹⁰ Reproduzco, por su interés, el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En el derecho español, afirma FUENTES que el punto de inflexión en relación con el diseño del modelo de instrucción procesal en nuestro Ordenamiento “vino marcado por la STC de 12 de julio de 1988, en la que se declara la inconstitucionalidad del sistema de enjuiciamiento penal de la Ley 10/1980 entonces vigente y que hacía recaer la instrucción y el fallo sobre un mismo órgano jurisdiccional, vulnerando absolutamente el derecho al juez imparcial”⁴⁹¹.

A pesar de la elogiada y constante evolución del proceso criminal hacia la descontaminación del juez juzgador, no le falta —parcialmente— la razón a GÓMEZ COLOMER cuando señala que “la tendencia continental es, con excepciones notables, tremendamente proclive a mantener todavía principios inquisitivos”⁴⁹². En este sentido, no es posible negar que, a día de hoy, el Ordenamiento jurídico español conserva en su juicio de faltas una absurda mezcolanza de funciones investigadoras y enjuiciadoras que permite que pueda ser calificado de proceso de naturaleza relativamente inquisitorial ya que, en su seno, el juez de instrucción, además de investigar la infracción, asume un papel activo en el acto de enjuiciamiento oral hasta el punto que no precisa para condenar de la concurrencia ni del fiscal ni de otro acusador, siempre que la víctima o el perjudicado sostenga su denuncia de hechos en el acto del juicio. Particularmente preocupante, es la transformación sobrevenida de diligencias previas a juicio de faltas ya que, en estos supuestos, se produce la fusión subjetiva absoluta entre investigación y sentencia.

De *facto*, el único rasgo no inquisitorial del proceso de juicio de faltas es la interdicción exigida por el principio acusatorio que impide que el juzgador pueda dictar sentencia condenatoria sin denuncia del perjudicado o formulación de acusación en

⁴⁹¹ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 196. Vide ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 23–25. También, GIMENO SENDRA V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional...”, op. cit., págs. 267 y ss. Es elogiada, la erudita y, al tiempo, sincrética exposición histórica de GÓMEZ y HERCE sobre la evolución del sistema inquisitorio al inquisitorio mixto, Vide GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 115–124. También, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, Vol. III, Valencia, 2013, págs. 32–34.

⁴⁹² GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación...”, op. cit., pág. 214.

juicio⁴⁹³. En este sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha puesto de relieve que la regulación del proceso de juicio de faltas “en la primera y segunda instancia es sumamente defectuosa desde muchos puntos de vista” y, también, que “está indudablemente necesitada de una seria reforma”⁴⁹⁴. No obstante la recomendación de reforma de la regulación procesal, el Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad del procedimiento de faltas sobre la base de que no existe fase de instrucción en el procedimiento⁴⁹⁵. No puede afirmarse, pero sí sospecharse, que el Tribunal Constitucional pudo tener presente en su decisión de no declarar la inconstitucionalidad del proceso de los juicios de faltas, no solo la moderada pena contemplada para estas infracciones leves en el Libro III del Código Penal y su limitadísima vida siempre amenazada de prescripción sino, también, la nada desdeñable necesidad de reforma que se hubiera arrogado a la organización del sistema de administración de Justicia criminal en el supuesto de haberse dictado una hipotética declaración de inconstitucionalidad, en relación con el incorpóreo *self restraint* característico de los tribunales constitucionales de los estados democráticos⁴⁹⁶.

Sin perjuicio de los juicios de faltas, ha de compartirse con FUENTES que la instrucción judicial —con las garantías actuales—, es compatible con el sistema acusatorio. La autora, con razón, afirma que “si bien es cierto que, históricamente, el modelo de instrucción judicial entraña la existencia de un proceso inquisitivo, cabe

⁴⁹³ Cfr. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 82.

⁴⁹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 84/1985, de 8 de julio. Ponente: DíEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

⁴⁹⁵ Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 54/1985, de 18 de abril, Ponente: ESCUDERO DEL CORRAL, A. El Fundamento de Derecho 3º, declara que las “faltas penales y el proceso represivo por faltas se diferencia del proceso por delito, tiene su razón de ser en criterios de política criminal basados en estimaciones cuantitativas de la gravedad de la lesión al bien jurídico protegido y de las penas que las sancionan, según deriva del art. 6 del Código Penal, por lo que las faltas como infracciones de escasa entidad, castigadas con penas leves, son juzgadas generalmente por Jueces de distrito —hoy de Instrucción—, a través de un procedimiento conciso y simple, ausente de solemnidades y carente de fase sumaria, o de instrucción y de fase intermedia, pues luego de su iniciación de oficio o por ajena excitación de parte se abre inmediatamente, por propio impulso oficial, el juicio oral, en el que se practican las pruebas, se formaliza la acusación por las pretensiones de las partes y se dicta la oportuna sentencia, caracterizándose por regir, o manifestarse en él, los principios procesales de concentración, inmediación, contradicción, realidad y publicidad”. En el mismo sentido, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 34/1985, de 7 de marzo. Ponente: TRUYOL SERRA A.

⁴⁹⁶ Vide el epígrafe núm. 3.2.2 del presente Capítulo.

garantizar plenamente la vigencia del principio acusatorio en sistemas de instrucción judicial en los que —como en el ordenamiento jurídico español— la función de enjuiciamiento esté separada de la función de investigación para el sostenimiento de la acusación y en los que, además, lleguen a consagrarse procesos penales extremadamente garantistas⁴⁹⁷.

La segunda característica del juez adversarial, hace referencia a la exigencia de que éste, asuma una postura absolutamente ajena al transcurrir material del juicio para lo que deberá limitar su actividad a la admisión o denegación de pruebas propuestas por las partes, a preservar la virtud imparcial del jurado e instruirle en sus obligaciones legales y en la propia gobernabilidad procesal del juicio. En el sistema criminal español, la sabia medida adversarial de la ajeneidad o pasividad judicial en la disputa inter partes es ignorada por el art. 708 *in fine* de la LECrim que dispone que “el presidente, por sí o a excitación de cualquiera de los miembros del tribunal, podrá dirigir a los testigos las preguntas que estime conducentes para depurar los hechos sobre los que declaren”, lo que —en la práctica— permite a cualquier juez que goce de un extrovertido ánimo inquisitorial, permanecer apegado al juego del *investigo y juzgo*, perpetuándose en el sueño aristotélico del juzgador como encarnación de la Justicia a la que se refería el filósofo, al proclamar: “ir al juez es ir a la Justicia; porque el juez nos representa la Justicia viva y personificada”⁴⁹⁸.

La tercera característica del juez adversarial, hace referencia a su facultad de regular la admisión de los medios de prueba en fase de juicio sobre la base de licitud de los mismos y, a la vez, a la interdicción de poder proponerlos por sí mismo. En el extremo contrario, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no sorprende al sostener una concepción inquisitorial en la recolección y práctica de la pruebas. En efecto, si bien su art. 728 presenta una falsa apariencia adversarial al declarar formalmente que no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas; a continuación, el art. 729.2 desnuda la verdadera esencia inquisitorial de la Ley procesal, al admitir la legalidad de las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, siempre que el tribunal las considere necesarias para la comprobación de

⁴⁹⁷ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 244.

⁴⁹⁸ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, Capítulo IV.

cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación, con lo que da carta de libertad a la selección e introducción —incluso en fase de juicio oral— de toda clase de pruebas de origen inquisitivo permitiendo, de nuevo, la fusión en la misma persona, de facultades investigadoras y juzgadoras⁴⁹⁹.

2.3.4. EJERCICIO DE LA ACUSACIÓN AJENO A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD MATERIAL

Con exactitud, CUADRADO SALINAS afirma que “dentro de un ámbito estrictamente teórico” se señala que “una de las notas que diferencian al proceso de tipo adversario de su opuesto, el no adversario, radica en la distinta finalidad que se pretende cumplir a través del mismo” y, en este sentido, se sostiene que “mientras que el continental tiene como fin principal la búsqueda de la verdad objetiva o material, el objetivo primordial del proceso anglosajón tiende a la consecución de un equilibrio o Justicia ponderada entre el opuesto y enfrentado interés de las partes”⁵⁰⁰.

Ahondando en este aspecto, GASCÓN INCHAUSTÍ señala que, desde el punto de vista de quiénes son los protagonistas, puede sostenerse que “el modelo adversarial propio de los sistemas de *common law* da lugar a un proceso penal de partes —*rectius*, de abogados, con una investigación preliminar policial que no está judicializada. En cambio, el rasgo más característico de los ordenamientos de corte continental es la existencia de una fase de instrucción, bajo control judicial, que tiene como objetivo efectuar una investigación que conduzca a una reconstrucción exhaustiva de lo acontecido, que se acaba plasmando en un expediente escrito de gran trascendencia en la fase de juicio oral (nuestro “sumario”): es, por tanto, un modelo de proceso penal más de jueces que de partes. Esta dualidad, en la fase inicial de la persecución penal,

⁴⁹⁹ Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 188/2000, de 10 de julio. Ponente: VIVER PI–SUNYER, C. El Fundamento de Derecho 3º, declara que “en la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad subjetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el juzgador no emprenda una actividad inquisitorial encubierta”. También, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 229/2003, de 18 de diciembre. Ponente: CACHÓN VILLAR P. También, TC Sentencia núm. 334/2005, de 20 de diciembre. Ponente: PÉREZ TREMPES P. Sobre la prueba, Vide ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 273–277. También, ASECIO MELLADO J. M., “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, *Poder Judicial*, núm. 4, 1986, págs. 33 y ss.

⁵⁰⁰ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 153.

permitía apreciar cómo, frente a un modelo de proceso penal con una fase preliminar apenas regulada y muy desjudicializada —similar en sus rasgos estructurales a un proceso civil—, se hallaba un modelo de proceso penal en el que el peso relevante se encontraba justamente en esa fase preliminar”⁵⁰¹.

En definitiva, ha de afirmarse que el juicio adversarial es un juicio de partes enfrentadas. La acusación y la defensa debaten en un combate definido por el estricto cumplimiento del principio de igualdad de armas procesales, con el objetivo de convencer a los miembros del jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado. En este preciso sentido, GOODPASTER define el juicio adversarial criminal norteamericano como “un combate regulado entre contadores de cuentos, en el que éstos compiten entre sí, por convencer a una audiencia pasiva”⁵⁰².

La conceptualización esencial del fiscal en la fase de juicio oral del proceso adversarial es la de ser un acusador público, su naturaleza estatutaria es principalmente administrativa y su naturaleza procesal es la de parte material, no ostentando el carácter cuasi judicial del que goza el acusador público en algunos Estados continentales europeos como Italia o Alemania con un sistema criminal acusatorio formal avanzado, en cuyo marco, la conceptualización del fiscal es la de promotor o defensor de la Ley, y su naturaleza procesal es la de parte formal. Con razón, FUENTES afirma que, en el contexto de un sistema en el que el fiscal es conceptualizado como acusador público, éste “será parte con todas las consecuencias y calificativos propios de las partes”, resultando “absurdo predicar su imparcialidad”, de forma que “cualquier paralelismo entre la posición del juez y la del fiscal carecería, según este modelo, del más mínimo fundamento racional”⁵⁰³.

La cuestión primordial que subyace respecto del juicio de partes adversas es la de determinar si el juicio de combate, como tradicionalmente se ha mantenido, conduce al descubrimiento de la verdad o si, por el contrario, como sostiene parte de la doctrina,

⁵⁰¹ GASCON INCHAUSTI F., “Instrucción penal en el derecho comparado”, *Cuadernos digitales de formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm.4, 2011, pág. 5.

⁵⁰² GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary...”, op. cit, pág. 120.

⁵⁰³ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...op. cit.*, págs. 277.

esconde la verdad y, en última instancia, es causa de veredictos erróneos⁵⁰⁴. Sobre esta cuestión, se profundiza en el epígrafe relativo a la crisis ideológica del sistema adversarial.

2.3.5. CARÁCTER PRIVADO DE LA OBTENCIÓN, SELECCIÓN Y PRESENTACIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA

La ausencia de una instrucción judicial, unido a la interdicción de que el juez o el jurado puedan proponerse a sí mismos fuentes probatorias, hace que el peso de obtener, seleccionar y presentar los medios de prueba recaiga íntegramente en las partes procesales. Como resulta evidente, ello presenta el riesgo de que la parte que haya descubierto un hecho o una fuente de prueba que pueda perjudicar a sus intereses en el juicio, decida omitir toda información sobre su existencia con el consiguiente perjuicio a la verdad material. A fin de enmendar esta cuestión, el Tribunal Federal Supremo norteamericano ha declarado que existe un deber de naturaleza constitucional que obliga al fiscal a revelar a la defensa las pruebas descubiertas que sean favorables al acusado. Esta cuestión —por razones sistemáticas— es tratada en con exhaustividad en el apartado de este capítulo relativo a la crisis ideológica del sistema adversarial.

2.3.6. EL JURADO COMO ÓRGANO DE DECISIÓN DEL JUICIO CRIMINAL Y EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Ha de ser destacado del sistema criminal adversarial, la radical preferencia que éste muestra por el juicio con jurado como órgano decisor, particularmente, el modelo norteamericano. Esta preferencia encuentra su origen legal de rango constitucional y necesario en el contenido, antes reproducido, de las Enmiendas V y VI de la *Bill of Rights*. En este sentido, GÓMEZ COLOMER ha llegado a señalar que el jurado es la institución clave del proceso penal norteamericano⁵⁰⁵. Pareja conclusión debe alcanzarse

⁵⁰⁴ Vide FRANKEL M., *Partisan justice...* op. cit., pág. 47. También, LUBAN A., *Legal ethics and human dignity...* op. cit., pág. 19.

⁵⁰⁵ GÓMEZ COLOMER enumera las siguientes características como propias del sistema adversarial norteamericano: “1.º El Jurado es quien delibera y pronuncia el veredicto en todos los delitos castigados con penas superiores a 6 meses de prisión, a la vista de las pruebas practicadas ante él en el acto del juicio, veredicto que salvo excepciones muy raras no tiene que motivar. Es la institución clave del proceso penal norteamericano, aquélla sobre la que descansa

respecto del sistema de jurado inglés, si se atiende a las palabras del Informe de la ROYAL COMMISSION OF CRIMINAL JUSTICE, en el que, sus autores, nombrados por *Royal Warrant* para examinar la eficacia del sistema criminal en Inglaterra y Gales, afirman ser conscientes de que el “sistema de jurado es, amplia y firmemente, considerado como uno de los pilares de nuestro sistema de Justicia” y, desde luego, su supervivencia como órgano judicial decisor, nunca es cuestionada en tal dilatado Informe⁵⁰⁶.

Como se ha adelantado, en el sistema criminal norteamericano el derecho a ser juzgado por jurado se halla recogido en la V Enmienda a la Constitución que dispone que “nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otro delito infame a menos que un gran jurado lo acuse” así como, también, en la VI Enmienda que establece que “en toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del Distrito y Estado en que el delito se haya cometido”⁵⁰⁷.

Las Enmiendas constitucionales encuentran su desarrollo en las *Federal Rules of Criminal Procedure*, que son un conjunto de normas que compilan la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo Federal, algunas de ellas enmendadas por el Congreso

verdaderamente el sistema de enjuiciamiento criminal USA, tanto el federal como el de los Estados. 2. ° El Juez no instruye el proceso, limitándose a dirigir de manera absolutamente neutral el debate entre las partes frente al Jurado. 3. ° El Fiscal es el representante del Gobierno en el proceso penal. Goza del monopolio de la acción penal y dirige formalmente la investigación del delito. 4. ° El abogado defensor defiende al acusado en un papel muy activo desde que sea legalmente posible, bien con cargo al Estado o a la Federación (defensor público), bien designado privadamente por el acusado y pagado por él, rol que caracteriza de manera muy clara el proceso penal norteamericano como proceso penal de partes, con claras diferencias en este punto respecto a los procesos penales de la Europa continental”, Vide GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos...”, op. cit., págs. 54–55.

⁵⁰⁶ Report, ROYAL COMMISSION OF CRIMINAL JUSTICE, Londres, 1991, págs. 2 y 131.

⁵⁰⁷ A mayor abundamiento, la Enmienda VII reconoce el derecho al jurado en los procesos civiles al establecer “el derecho a que se ventilen ante un jurado los juicios de derecho consuetudinario en que el valor que se discuta exceda de veinte dólares, será garantizado, y ningún hecho del que haya conocido un jurado será objeto de nuevo examen en tribunal alguno de los Estados Unidos, que no sea con apego a las normas del derecho consuetudinario”. Texto original: “in Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law”.

norteamericano. En concreto, la regla procedimental 23 (a) —que debe su origen a la Sentencia de Singer contra los EE.UU. de 1965—⁵⁰⁸ dispone que, si el acusado tiene derecho a un juicio con jurado, ello se producirá salvo que el éste renuncie al mismo por escrito, el fiscal consienta y el tribunal lo apruebe⁵⁰⁹.

No cabe alterar el anterior enunciado que postula al jurado como órgano característico de la estructura del sistema adversarial norteamericano por la admisión por el TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL de EE.UU. de la legalidad del juicio ejecutado por un juez profesional como órgano decisor en sustitución del habitual jurado lego, precisamente, sobre la base de la voluntariedad de la renuncia al derecho, ya que se halla condicionado, en todo caso, a que hayan sido las dos partes procesales las que hubieran decidido voluntariamente renunciar al jurado por el juez, y siempre que el juez no hubiera ostentado conocimiento previo sobre los hechos a enjuiciar con anterioridad al inicio del juicio. En este sentido, THAMAN señala que el acusado “puede renunciar a su derecho y ser juzgado por un juez técnico o, admitir las alegaciones de la acusación y llegar a una conformidad”⁵¹⁰.

Debe hacerse referencia a la expresión condicional contenida la regla 23 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*, referida a “si el acusado tiene derecho a un juicio con jurado” ya que, ciertamente, el tenor literal de la VI Enmienda constitucional no establece límites al ejercicio del derecho a ser juzgado por un jurado. Ello no obstante, a partir de la Sentencia dada en 1968 por el Tribunal Supremo Federal resolviendo el recurso del caso *Duncan* contra *Louisiana*, el Alto Tribunal declaró que el derecho al

⁵⁰⁸ Sentencia de TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Singer contra los EE.UU., 380 US 1965. La fuerza expansionista de la interpretación jurisprudencial de las enmiendas constitucionales lleva a SALAS a afirmar que “la sexta Enmienda constitucional exige que el jurado y el juez que preside el juicio sean imparciales” y que, también requiere, que las listas de selección de los “candidatos a jurados sean representativas de la comunidad donde el juicio se está celebrando” y que no sea excluidos “por razones de raza, religión, sexo o lugar de origen”, Vide SALAS CALERO L, “El jurado en casos penales en Estados Unidos”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, 2003, pág. 877.

⁵⁰⁹ Rule 23. Jury or Nonjury Trial (a) Jury Trial. If the defendant is entitled to a jury trial, the trial must be by jury unless: (1) the defendant waives a jury trial in writing; (2) the government consents; and (3) the court approves.

⁵¹⁰ THAMAN S. C., “La decisión sobre la culpabilidad en el jurado norteamericano” *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003, págs. 994–995.

jurado sólo es exigible siempre que la pena interesada por la acusación sea superior a 6 meses de prisión, lo que supuso, en la *praxis*, la consagración de la universalidad de la institución del jurado. En un tono emotivo, la sentencia declara:

“El derecho a un juicio con jurado establecido en las Constituciones Estatales y en la Constitución Federal refleja una profunda decisión respecto de la manera en que el Derecho debe ser aplicado y la forma en que la Justicia debe ser administrada. El derecho a un juicio por jurado es otorgado a los acusados en procesos penales con la finalidad de prevenir la opresión gubernamental. Los autores de nuestras constituciones tenían claro, tanto por los procesos históricos como por su propia experiencia, que era necesario protegerse tanto de cargos penales infundados que pudiesen ser interpuestos con la finalidad de eliminar enemigos como de jueces demasiado complacientes con las autoridades superiores. Quienes definieron los parámetros de las constituciones se aseguraron de crear un órgano judicial independiente pero requirieron protecciones adicionales en contra de las acciones arbitrarias para un acusado, el derecho a ser juzgado por un jurado de sus pares constituye una salvaguarda inestimable contra el fiscal corrupto o excesivamente celoso o contra el juez sumiso, prejuiciado, o excéntrico. Si el acusado prefiere el sentido común de un Jurado a la reacción, quizás más educada pero menos comprensiva, de un solo juez, debe gozar de este derecho”⁵¹¹.

El derecho a ser juzgado por jurado produce la necesidad del establecimiento del principio de discrecionalidad penal puesto que, en caso contrario, es notorio que el sistema de Justicia no sería capaz de absorber la demanda de juicios criminales⁵¹². En este sentido, es observable que los Estados con mayor tradición histórica de celebración de juicios por jurado —modelos del sistema criminal adversarial— optan por el ejercicio discrecional de la acusación pública en su más amplia expresión.

⁵¹¹ Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, *Duncan contra Louisiana*, 391 US 1968, apartados 155–156, traducción de SALAS CALERO L., “El jurado en casos penales”, op. cit., pág. 874. Vide la Sentencia de Baldwin contra New York, 399 US 1970, en la que el TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL declaró que, también el acusado, ostenta el derecho a juicio con jurado cuando sea interesada por la acusación la imposición de la pena capital.

⁵¹² UNITED STATES ATTORNEYS’ Annual Statistical Report, Executive Office for United States Attorneys, US DEPARTMENT OF JUSTICE, 2010, pág. 8. En los Tribunales Federales, de los 87.709 casos instruidos en el año 2012, 80.963 terminaron por conformidad declarándose culpables. Sólo se juzgaron por juicio de jurado en los Tribunales Federales un total de 2.655 causas.

En este sentido, FAVE e ISRAEL, refiriéndose a Norteamérica, sostienen que en el supuesto de que el porcentaje de sentencias negociadas cayese desde el 90 % hasta el 80%, tendrían que ser duplicados todos los recursos humanos, para poder afrontar el crecimiento de juicios con jurado⁵¹³. En un análisis comparativo, con precisión, FUENTES distingue tres grupos de Estados, en consideración la mayor o menor aceptación del principio de oportunidad: La autora afirma que “la absoluta obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal está directamente ligada a la preponderancia y superioridad con que rija el sometimiento al principio de legalidad –en el ejercicio de la acción penal– en cada ordenamiento jurídico. Así, en esta posición de ejercicio obligatorio de la acción penal (al margen de algunas muy concretas y regladas concesiones a la oportunidad) nos encontramos con países como España o Italia. La concepción opuesta, que propugna la absoluta discrecionalidad es la que sostienen los países del *common Law*: en Inglaterra no existe una norma que imponga obligatoriamente el ejercicio de la acción penal, mientras que en EE.UU. se ha impuesto por vía consuetudinaria la discrecionalidad del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal. Otros ordenamientos arbitran situaciones intermedias en las que, si bien se reconoce la obligatoriedad para el Ministerio Fiscal de ejercitar la acción penal, se reconocen también notables excepciones; se trata de países como Alemania o Francia. En el caso alemán es posible no interponer la acción penal en aquellos supuestos en los que la culpabilidad del autor es mínima o cuando no exista un verdadero interés público en la persecución –parágrafos 153 y 153a. de la *Strafprozessordnung* (Ley de Enjuiciamiento Criminal alemana)–. En Francia la situación es algo distinta, aunque el resultado final es parecido: se parte de la norma general de la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal –es lo que se conoce como “*opportunité de poursuites*” (art. 40 del Code de procédure pénale)– si bien, luego, se establecen ciertas limitaciones como la imposibilidad de desistir una vez iniciado el procedimiento o la obligación de ejercitar la acción penal siempre que el perjudicado se constituya como parte civil”⁵¹⁴.

Ha de insistirse que, en los Estados modernos no es posible garantizar y proporcionar a todo inculpado, de forma adecuada, su derecho a un proceso con las debidas garantías, entre ellas, a un proceso sin dilaciones (arts. 6.1 CEDH y 24.2 CE),

⁵¹³ FAVE W. R. e ISRAEL J H, *Criminal Procedure*, 1991, pág. 899, citado por THAMAN S. C., “La decisión sobre la culpabilidad...”, op. cit., pág. 995.

⁵¹⁴ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 30.

salvo que el sistema reconozca el principio de oportunidad reglada. Si ello es cierto respecto de modelos criminales, como el español, con un porcentaje de delitos a juzgar en juicios por jurado mínimo, si ha de compararse con el de juicios ante jueces o magistrados profesionales; en el sistema adversarial —igualmente en el idílico sistema acusatorio puro— en el marco de un derecho generalizado al jurado, la existencia del principio de oportunidad resulta esencial para la supervivencia del sistema criminal.

2.3.7. INTERDICCIÓN DE LA APELACIÓN CONTRA LAS SENTENCIAS CRIMINALES ABSOLUTORIAS

La limitación en la recurribilidad de las sentencias criminales absolutorias en el sistema adversarial puro es una consecuencia de la configuración del juicio por jurado compuesto por ciudadanos legos en derecho como órgano que decide sobre la veracidad de los hechos presentados en juicio.

En el caso norteamericano, la prohibición de recurrir sentencias absolutorias criminales es absoluta ya que así lo exige la V Enmienda en la que se dispone que no se juzgará a persona alguna dos veces por motivo del mismo delito⁵¹⁵. La fuerza garantista de este principio constitucional proclamado en el siglo XVIII, es notablemente superior al principio *ne bis in idem* en el ámbito penal y sancionatorio reconocido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966⁵¹⁶, que exige la firmeza de la sentencia para su aplicación y que, por tanto, no prohíbe la formulación de recursos contra sentencias criminales absolutorias⁵¹⁷.

Por su parte, el artículo 4 del Protocolo VII del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en

⁵¹⁵ “Nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb”.

⁵¹⁶ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue ratificado por España el 13 de abril de 1977 y traspuesto a su Ordenamiento jurídico por Instrumento de ratificación de 30 de abril de 1977.

⁵¹⁷ El art. 14.7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Helsinki el 22 de noviembre de 1984⁵¹⁸, bajo una pomposa rúbrica que proclama el “derecho a no ser juzgado o condenado dos veces”, en realidad, se limita a reproducir el art. 14.7 del Pacto de Nueva York sobre prohibición de nuevos juicios —únicamente— en los supuestos de existencia de sentencia firme y, con un avaro ánimo limitador de derechos, añade un segundo apartado para asegurar la posibilidad de la legalidad de una nueva celebración del juicio en el momento en que hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada; apartado que, *de facto*, desvirtúa íntegramente el principio *ne bis in idem* del Pacto de Nueva York y, ni tan siquiera puede decirse que se aproxima, a la garantía de prohibición de nuevo juicio contenida en la V Enmienda norteamericana.

Respecto del derecho inglés, la prohibición de impugnación de sentencias en procesos criminales, rige frente a sentencias absolutorias, pero no condenatorias (sección 36 de la Criminal Justice Act). Afirma VERGER GRAU que el derecho norteamericano a no ser juzgado de nuevo, conserva su versión inglesa “en la excepción de cosa juzgada *autrefois acquit* que, si bien “permite al Fiscal General recurrir al tribunal de Apelación para someterle un punto de Derecho de una sentencia absolutoria; pero sea cual fuere el resultado, éste no afectará a la absolución del imputado”⁵¹⁹.

En el caso de España, ninguna norma prohíbe que la sentencia dictada en un proceso criminal absolutoria pueda ser recurrida. Concretamente, en lo que respecta a la institución del jurado, el apartado VII-4 de la Exposición de Motivos de la Ley del

⁵¹⁸ El art. 4 del Protocolo VII del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales declara que: “nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales del mismo Estado, por una infracción por la que ya hubiera sido absuelto o condenado en virtud de sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese Estado”. Sin embargo, ello no impedirá la “reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o ulteriormente conocidos o un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada.”

⁵¹⁹ VERGER GRAU J., “Investigación teórico práctica del juicio ante jurado en Francia y en Norteamérica”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003, pág. 1053. Señala el autor, que este principio no se aplica a los supuestos de impugnar un veredicto absolutorio por intimidación o prevaricación del jurado y con razón, indica que “entonces se trata, no de una apelación, sino de una impugnación por nulidad del primer proceso”. Sobre las sentencias absolutorias en los sistemas adversariales, Vide UGLOW S., *Criminal Justice*, Londres, 1995, págs. 158 y ss. También, HAMPTON C., *Criminal Procedure*, Londres, 1982, págs. 300–314.

Jurado afirma que “el nuevo Libro V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denominado de los recursos de apelación, casación y revisión, está encaminado a extender la apelación contra autos y sentencias derivados del procedimiento ante el Tribunal del Jurado” y que, con ello, se “aspira a colmar el derecho al doble examen, o doble instancia”, y “la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un tribunal superior”. Sin embargo, calla la Exposición que la Ley articula, también, la posibilidad de recurrir las sentencias absolutorias por razón de sustentarse en veredictos de inculpabilidad.

En este sentido, con precisión, GIMENO explica que “el artículo 846 bis b) LECrim otorga legitimación para interponer el recurso al MF, al condenado, y a las demás partes, tanto acusadoras como acusadas, siempre y cuando, la resolución recurrida les haya deparado un gravamen o perjuicio, y ello, con independencia de que la sentencia dictada en primera instancia tenga un contenido absolutorio”⁵²⁰. El artículo 67 de la Ley del Jurado dispone que “si el veredicto fuese de inculpabilidad, el Magistrado–Presidente dictará en el acto sentencia absolutoria del acusado”. Frente a esta sentencia absolutoria la LECrim prevé no uno sino, a mayor abundamiento, dos recursos. El primero de apelación, que se formulará ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia y, el segundo de casación, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

El artículo 846 bis–c, letra b) contiene la original limitación —en cuanto a los motivos para recurrir los hechos fácticos de la sentencia en apelación dictada en juicios de jurado— que exige que ésta haya incurrido en infracción de precepto constitucional o legal en la calificación jurídica de los hechos o en la determinación de la pena jurídica de los hechos o en la determinación de la pena. No obstante el relativo respeto del legislador a la institución del jurado como evidente expresión de soberanía popular que se manifiesta en la limitación en la recurribilidad de la sentencia por motivos fácticos, fue superada por la doctrina del Tribunal Supremo en una clara distorsión de la ley, abrogándose un poder modificador del sentido de la norma que invade la potestad legislativa y funda —en motivos retóricos— la justificación para poder revocar, casi por

⁵²⁰ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 735.

cualquier motivo, las sentencias del jurado degradando, por tanto la institución popular hasta el absurdo.

Con acierto, CARMONA RUANO señala que “la corrección de la restricción legal vino por otro camino, cual fue el de la pura y simple creación jurisprudencial de un motivo nuevo: el error de hecho en la apreciación de la prueba, con el mismo alcance que el previsto en el art. 849.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”⁵²¹.

En cuanto al recurso de apelación, la conocida Sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA de Aragón de 15 mayo 2001, declaró ser competente, —mediante un razonamiento difícilmente justificable y jurídicamente reprochable por el que se arroga competencias por razón de silencio u omisión legal— para conocer sobre recursos contra sentencias dictadas en el procedimiento del jurado por razón de error de hecho: “la primera cuestión a determinar es si el art. 849, 2.º Ley de Enjuiciamiento Criminal es aplicable en el recurso llamado de apelación que puede interponerse contra la sentencia dictada en primera instancia en un procedimiento penal tramitado ante un Tribunal del Jurado, dado el carácter taxativo (*numerus clausus*) de los motivos de impugnación consignados en el art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que podría acarrear la imposibilidad de revisar los hechos probados al amparo de un precepto (el art. 849, 2.º) establecido para otro recurso (el de casación) o de las medidas de seguridad o de la responsabilidad civil”. Como nada se ha dispuesto sobre dicho art. 849.2º, en las normas reguladoras del proceso ante el Tribunal del Jurado, es llano que

⁵²¹ CARMONA RUANO M., “Recursos contra sentencias. Revisión del hecho probado”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003, pág. 863. En contra, MONTERO, sostiene que el juez profesional debe poder revisar íntegramente la labor del jurado popular y señala, no obstante la literalidad del artículo 849.2º de la LECrim, que “no es ni siquiera cierto que en la LOTJ se regule un recurso de apelación en sentido limitado. La apelación limitada, que es la conocida tradicionalmente en España para el proceso civil, supone que el tribunal superior ha de basar su examen y su decisión en los mismos materiales de que dispuso el órgano inferior, sin que las partes puedan adicionar nuevos hechos o proponer nuevas pruebas, pero aquel tribunal no se limita a revisar lo realizado por éste, sino que efectúa un nuevo examen completo de los materiales existentes en la causa y decide sobre todo el objeto del proceso sin limitación alguna, de modo que el ámbito de los dos exámenes y decisiones es el mismo”, Vide MONTERO AROCA. J., “Recursos contra sentencias”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, 2003, pág. 746.

tal norma es aplicable al recurso de casación en esta clase de procedimientos, y una vez admitido su juego en casación, ha de entenderse que también cabe en la apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, aunque no aparezca expresamente recogido entre los motivos en que pueda fundarse este último recurso”⁵²².

En cuanto al recurso de casación, es rotundamente expresiva la Sentencia de 2 de enero de 2003, de la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO —referida al procedimiento de juicio con jurado— al declarar que son dos las vías por las que puede combatirse en casación la declaración de hechos probados de una sentencia: “el recurso por error de hecho en la apreciación de la prueba previsto en el art. 849.2 LECrim y la denuncia de una vulneración del derecho a la presunción de inocencia” puede hacerse “al amparo del art. 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial”. El Alto Tribunal afirma, también, que ha sido “superada ya la polémica de la posibilidad legal de formular esta clase de reproche casacional en un proceso enjuiciado por los trámites de la Ley del Jurado, que ha sido zanjada por la jurisprudencia de esta Sala, que no sólo no aprecia inconveniencia legal a sustentar un recurso de casación en el error *facti*, sino que insistentemente ha sugerido su criterio favorable en tal sentido”⁵²³. La potestad del Tribunal Supremo para conocer sobre la impugnación del *factum* de la sentencia dictada en el procedimiento del jurado, ha querido ser justificada por una mixtura de conceptos, derechos y principios un tanto estrafalaria, tales como el principio de rango legal de libre la valoración de la prueba, el principio de constitucional a la presunción de inocencia, el principio de inmediación o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En este sentido, el Alto Tribunal ha afirmado que “como punto de partida y marco irrenunciable” ha de estarse a “la facultad que el art. 741 LECrim reconoce a los juzgadores de apreciar en conciencia las pruebas practicadas en el juicio (...) de la que no han sido desapoderados los jueces como consecuencia de la institución del derecho fundamental a la presunción de inocencia según enseña una constante jurisprudencia, está directamente vinculada al principio de inmediación que, a su vez, guarda una

⁵²² TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, Sentencia, de 15 mayo 2001. Ponente: FERNÁNDEZ ALVAREZ L.

⁵²³ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 13/2002, de 14 de enero, F. D. 3º. Ponente: RAMOS GANCEDO D.A.

estrecha relación con el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley que proclama el art. 24.2 CE. Es por ello por lo que no es incondicionada la posibilidad de revisar en casación el juicio de hecho formulado en la instancia, aunque tanto la ley postconstitucional como la doctrina del TC y de esta misma Sala han flexibilizado sensiblemente los límites en que tradicionalmente estuvo constreñida tal posibilidad, flexibilización impuesta por el derecho reconocido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos a toda persona declarada culpable de un delito”⁵²⁴.

La razón detrás de la cuestionable doctrina del Alto Tribunal ha de encontrarse en motivos de Justicia material —y no legal— cuya raíz se halla en la desconfianza que produce en su Sala II, la institución del jurado en materia de Justicia retributiva e igualdad en la aplicación de la Ley. En este sentido, recuerda GIMENO, que al jurado anglosajón se le critica popularmente denominándolo “galante y propietario” —propietario, por manifestarse muy estricto en proteger el derecho a la propiedad y galante, por hacer gala de lenidad en los crímenes pasionales— “debido a la circunstancia de que, al no controlar la penalidad, pronuncia no pocos [veredictos] injustificadamente absolutorios, así como impide el razonamiento de la prueba”⁵²⁵.

Puede afirmarse que la deficiente permisividad de la Ley del Tribunal del Jurado en materia de recursos contra sentencias absolutorias, sumada a la adulteración interpretativa que ha sido ejercida en ella por la jurisprudencia menor y mayor, ha terminado por lograr que las decisiones absolutorias del jurado español puedan ser revocadas por jueces profesionales por razón de una reinterpretación fáctica *ex novo* de los mismos hechos que, interpretados por los ciudadanos jurados, resultaron ser razón suficiente para exculpar al reo. En este sentido, con indudable acierto, MORENO CATENA califica la regulación legislativa y, particularmente, la posición jurisprudencial como “carente de toda justificación” y, en este sentido afirma, que “cuando el jurado popular se ha pronunciado emitiendo su veredicto, cualquiera que fuere su contenido y sin perjuicio de alguna posible corrección formal, ha de entenderse,

⁵²⁴ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 2093/2002, de 2 de enero de 2003, F. D. 2º. Ponente JIMÉNEZ VILLAREJO.

⁵²⁵ GIMENO SENDRA V., “El control de los jueces por la sociedad”, *Revista Poder Judicial*, núm. 48, 1997, pág. 48.

por una parte, que el Estado ha empleado ya recursos más que suficientes ante la acusación formulada para el ejercicio de *ius puniendi*, y que la persecución penal no puede mantenerse a cualquier precio y frente a toda contingencia; en este caso debe ceder porque ha habido una decisión sobre la acusación” y, “por otra parte, el acusado no debe padecer un enjuiciamiento doble” por razón de “unos mismos hechos, pues precisamente tomando en consideración uno de los principios capitales de la Justicia penal por jurados en el Derecho norteamericano, la prohibición del doble riesgo de ser condenado *double jeopardy*, carece de toda justificación y sentido someter al acusado a un nuevo juicio; una vez que el jurado ha pronunciado su veredicto, una vez que el pueblo ha hablado”⁵²⁶.

Ha de destacarse que el Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo, Sala II, Pleno, de 11 julio 2003, limita la posibilidad de recurrir las sentencias absolutorias al declarar que “cuando la sentencia absolutoria se basa en la falta de credibilidad de los testigos, la vía de la tutela judicial efectiva alegada por la acusación no permite modificar los hechos probados”⁵²⁷. No obstante, debe tenerse en consideración, que esta restricción en la recurribilidad de las sentencias penales, afecta por igual tanto a las dictadas en procedimientos de jurado, cuanto a las dictadas por jueces o tribunales profesionales por lo que, no significa una consideración jurisprudencial de aceptación de la superioridad del veredicto emanado de la voluntad popular.

2.3.7.1. Veredictos

En cuanto a los veredictos inculpativos, ni en el derecho adversarial moderno ni, tampoco, en el acusatorio mixto propio de Estados democráticos cabe hablar de limitación en la recurribilidad de las sentencias condenatorias. Esta afirmación ha de coherencia con el derecho de todo condenado en causa criminal a recurrir fallo y pena de conformidad con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 1966 que establece que toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto

⁵²⁶ MORENO CATENA V., “Algunas notas sobre la instrucción en el proceso penal y en el juicio por jurados”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, 2003, pág. 28.

⁵²⁷ Acuerdo no jurisdiccional del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Pleno, de 11 julio 2003.

sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley; y a lo dispuesto, en idéntico sentido, por el art. 3 del Protocolo VII del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El derecho a la doble instancia penal condenatoria tiende a garantizar el derecho a un debido proceso y es respetada tanto en las democracias con sistema adversarial, cuanto en las que gozan de un sistema acusatorio formal. FAVE e ISRAEL afirman que, el sistema federal en Norteamérica y, también, los sistemas criminales de todos sus Estados garantizan, al menos, una revisión obligatoria de la sentencia criminal condenatoria⁵²⁸. En adición a la posibilidad del condenado de recurrir el fallo y la pena, la legislación criminal norteamericana permite al juez técnico o de derecho anular el veredicto de culpabilidad del jurado o dictar *ex officio* un veredicto de inculpabilidad, antes de que el jurado comience las deliberaciones⁵²⁹. El juez adversarial, también, a petición de la defensa, podrá ordenar un nuevo juicio justificando detalladamente en todos los supuestos las razones para ello, siempre que considere que ningún jurado hubiera podido dictar un veredicto condenatorio si hubiera tenido en consideración —exclusivamente— las pruebas admitidas en el juicio⁵³⁰.

Ha de destacarse que España ha sido señalada, de forma reiterada, por el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., particularmente por su Dictamen de 22 de julio de 2005, por violar el derecho del condenado a la segunda instancia penal reconocido en el Pacto de Nueva York —suscrito en el marco de las Naciones Unidas— por razón de que, el recurso de casación contra las sentencias condenatorias dictadas por las Audiencias Provinciales, es un recurso extraordinario⁵³¹.

⁵²⁸ FAVE W. R. e ISRAEL J H, *Criminal Procedure*, 1991, pág. 1113, citado por THAMAN S., “La decisión sobre la culpabilidad...”, op. cit., pág. 1019.

⁵²⁹ Vide Federal Rules of Criminal Procedure, arts. 29–32.

⁵³⁰ Cfr. THAMAN S., “La decisión sobre la culpabilidad...”, op. cit., pág. 1016.

⁵³¹ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, fue introducido en el Ordenamiento jurídico español por Instrumento de Ratificación de España el 27 de abril de 1977. El artículo 14.5 del Pacto de Nueva York encuentra su réplica en el art. 3 del Protocolo VII del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. MORENO señala que “el Comité de Derechos Humanos de la ONU considera que “la condena dictada por el tribunal de segundo grado supone una violación del PIDCP, si no se articula una nueva impugnación contra esa decisión. Así en el Dictamen de 22 de julio de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomaríz Valera), se sostenía que la circunstancia que una persona absuelta en primera instancia sea condenada en apelación por el

2.3.8. RECHAZO DE UN SISTEMA DE PRUEBA LEGAL Y RECHAZO DEL PROCESO SECRETO

Estas características han sido y son parte integrante de la esencia del sistema adversarial e, históricamente, se han considerado como opuestas al sistema inquisitorial puro⁵³². No obstante, resultando que en la actualidad el sistema criminal inquisitivo en las sociedades democráticas se ha transformado en sistema criminal mixto o acusatorio formal y, teniendo en consideración, que estos nuevos sistemas criminales han hecho suyas las características adversariales (o acusatorias puras) de libertad de medios de prueba y de publicidad del proceso, hoy no cabe hablar de rechazo o contraposición entre sistemas y, ha de ser concedida a estas características —otrota exclusivas del sistema adversarial— el calificativo de universalidad, al menos, en los Estados de Derecho.

En este sentido, ROXIN señala que hasta el siglo XIX se aplicó el “derecho probatorio formal” caracterizado por la existencia procesal de unas “reglas de prueba legal” que “ordenaban al juez que, bajo determinadas condiciones, considerara probado un hecho”⁵³³. ASECIO afirma que el origen del sistema de prueba legal puede encontrarse en el derecho germánico, “arraigado en un sentimiento de superstición religioso, de acuerdo con el cual ciertos medios de prueba practicados bajo una supuesta intervención divina habían de considerarse como superiores a la hora de fundamentar en ellos el fallo a aquellos otros que no lo fueron de este modo”, y que su

tribunal de segunda instancia, en ausencia de una reserva por el Estado Parte, no puede por sí sola menoscabar su derecho a la revisión de su sentencia y condena por un tribunal superior”, Vide MORENO CATENA V. “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 149, 2007, págs 9–10. Vide, también, la Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, núm. 167/2002, de 18 de septiembre, ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS V.

⁵³² Cfr. . GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...op. cit.*, pág. 118–119. En el mismo sentido, ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...op. cit.*, pág. 14.

⁵³³ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...op. cit.*, pág. 103. Afirma el autor que —conforme al Derecho común alemán—, la prueba plena se obtenía con la confesión del reo o con el testimonio concordante de dos testigos intachables y, cuando el testimonio intachable solo fuera de uno, el juez quedaba autorizado a emplear la tortura en el reo para obtener la plena prueba de su confesión.

proscripción, fue consecuencia de la “aparición el siglo XIX de la institución del jurado, su imposibilidad de conocer las complejas reglas de valoración tasada y la modificación, por consiguiente, de toda la estructura procesal penal que el jurado comportó”. La inmediación, la oralidad y la publicidad propias del órgano de decisión de iguales fueron las que condujeron al sistema de la valoración según la conciencia o íntima convicción del jurado. Con acierto, señala el autor, que la LECrim de 1882 fue construida sobre la hipótesis de funcionamiento del jurado y que, en consecuencia, introdujo el sistema de la apreciación de la prueba en conciencia; paradójicamente, cuando desapareció la institución, no fue reintegrado a la ley el sistema de prueba legal, por lo que los jueces profesionales han de agradecer a la instauración del jurado la eliminación del sistema de prueba de tasada que, entre otros, perseguía el fin de disminuir el riesgo de posibles arbitrariedades judiciales⁵³⁴.

El Ordenamiento español, no obstante sus arraigados vicios inquisitoriales, goza hoy de una cierta naturaleza garantista que se manifiesta en la inclusión, en el artículo 24.2 de la Sección I —habilitadora de recurso de amparo— del Capítulo II, del Título I de la de la CE de 1978, del derecho procesal a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, sin limitaciones, ni establecimiento de normas de prevalencia entre ellos⁵³⁵. No obstante, el reconocimiento efectivo de la libertad de valoración de la prueba sólo ostenta rango legal —y no constitucional—. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 741 LECrim, como es conocido, el tribunal, apreciará —según su conciencia— las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y, también, lo manifestado por los mismos procesados. En cuanto a los principios de publicidad y de oralidad en las actuaciones judiciales

⁵³⁴ ASECIO afirma que “la LECr de 1882, construida sobre la hipótesis de funcionamiento del jurado, introduce el sistema de la apreciación en conciencia, y más tarde, con la desaparición de tal institución, permanece la expresión mencionada y, por tanto, no se regresa al sistema de prueba legal”, Vide ASECIO MELLADO J. M., “La prueba. Garantías constitucionales...” op. cit., págs. 40–41.

⁵³⁵ Para ARMENTA sostiene que el contenido básico del derecho constitucional a utilizar los medios de prueba pertinentes, comprende los siguientes tres elementos: derecho a proponer la práctica de medios de prueba, derecho a obtener un pronunciamiento motivado sobre la inadmisión de alguno o todos los medios de prueba propuestos y derecho a la práctica de la prueba propuesta, quedando su ejercicio se halla sometido al cumplimiento de las normas procesales que regulan la prueba en el proceso penal, Cfr. ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., págs. 272 y 279–280.

criminales, el legislador constituyente decidió incorporarlos la Carta Magna en su artículo 120, apartados 1 y 2.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que, por razón del gran número de Estados que lo han suscrito, —incluso se ha adherido la Unión Europea como agrupación de Estados (art. 6 Tratado de Lisboa)—⁵³⁶, se caracteriza por ser portador de acuerdos *de mínimos*, reconoce parcialmente el derecho a la libertad de utilización de pruebas y, con mayor extensión, el principio de publicidad judicial, en sus artículos 6. 3 letra d y 6.1 inciso segundo, no obstante hacerlo de forma más restringida que la regulación del derecho y principio contenida en el art. 680 de la LECrim⁵³⁷.

2.4. LA CRISIS IDEOLÓGICA DEL SISTEMA ADVERSARIAL

Es cierto que el sistema adversarial es generalmente aceptado por los ciudadanos tanto en Inglaterra como en Norteamérica. Afirma SPAULDING, que el proceso adversarial sigue siendo defendido por la doctrina anglo-americana con ardor⁵³⁸, principalmente, por considerarse adecuado para proteger la dignidad individual y la autonomía personal e, incluso, en la actualidad, todavía algunos autores perduran en la creencia postulada por la teoría clásica que, tradicionalmente, ha venido sosteniendo

⁵³⁶ El Tratado de Lisboa de 17 de diciembre de 2012, por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01) declaró que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados y que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales” (art. 6, apartados 2 y 3).

⁵³⁷ Vide art. 6.3. d) del CED.H, que declara el derecho: “(...) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”. También el art. 6.1. inciso II que dispone que: “la sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso (...)”. Vide, también, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, Sentencia de 28 de junio de 1981, recurso núm. 7496/1976, T.E.D.H, caso Pretto y otros contra Italia, Sentencia de 8 de diciembre de 1983, recurso núm. 7984/1977.

⁵³⁸ Cfr. SPAULDING N., “The rule of law in action: a defense of Adversary System values”, *Cornell Law Review*, Vol. 93, 2008, págs. 1377–1412.

que la estructura procesal adversarial constituye un escenario idílico para el descubrimiento de la verdad. GÓMEZ COLOMER considera que la doctrina norteamericana defiende el sistema criminal adversarial por encima de cualquier otro, básicamente frente al llamado impropriamente inquisitivo sobre la base de que es el sistema “que permite llegar a sentencias más acertadas, más justas en definitiva, teniendo en cuenta siempre que el jurado juega un papel decisivo en estas afirmaciones”⁵³⁹. SWARD, señala que las virtudes del proceso criminal adversarial se encuentran profundamente engarzadas en el pensamiento jurídico norteamericano, si bien, parte de la doctrina moderna defiende el sistema adversarial por ser un sistema garantista con el imputado y, los autores más modernos, siguen sosteniendo que es el mejor sistema para obtener la verdad y que se haga Justicia⁵⁴⁰.

Sin embargo, no puede ser negado que desde finales del siglo XX se ha iniciado un debate doctrinal, principalmente en el marco de las Universidades norteamericanas, generador de gran controversia, que cuestiona la idoneidad del sistema adversarial y que, particularmente, critica la eficacia del sistema para coadyuvar a la búsqueda de la verdad material y que, alza su voz contra la degradación ética de sus participantes⁵⁴¹.

⁵³⁹ GÓMEZ sostiene que el sistema adversarial representa un valor superior a cualquier otro por su consideración de la dignidad de las personas, “lo que conlleva que atacante y atacado, Ministerio Público y acusado, sean tratados en el proceso como iguales. Por eso el papel del abogado en la defensa de su cliente acusado, puede ser y de hecho es mucho más activo en este sistema que en cualquier otro, por eso el acusado puede defenderse a sí mismo sin que se le pueda imponer un abogado”. En igual sentido, El autor señala que “las partes están en mejores condiciones en un sistema adversarial de aportar hechos e información que un investigador oficial en un sistema inquisitivo y, por tanto, con toda seguridad dado su propio interés aportarán todas las pruebas relevantes que funden su acusación o defensa y sirvan para determinar la condena o absolución, es decir, para convencer al Jurado de la culpabilidad o inocencia del acusado” y “que al no estar el juzgador involucrado ni en los hechos ni en su desarrollo, el sistema adversarial favorece una aproximación a la prueba bastante objetiva, no contaminada, porque carece de prejuicios antes de la decisión, lo que no ocurre en el sistema inquisitivo”, Vide GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos...”, op. cit., págs. 52–53.

⁵⁴⁰ SWARD afirma: “the current ideology extols the adversary system primarily as the best system for protecting individual dignity and autonomy, but some theorists continue to profess the original ideology, which says that adversarial presentation and argument are the best way to arrive at the truth”, Vide SWARD E. “Values, ideology, and the evolution of the Adversary...”, op. cit. págs. 301–302.

⁵⁴¹ En su inicio, las tímidas críticas al sistema adversarial principalmente se sustentaron en cuestionar la consideración del sistema como productor o coadyuvante a la búsqueda de la

Las tres críticas primordiales del sistema adversarial pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

1. Parcialidad gubernamental o riesgo de que el fiscal defienda intereses políticos viles, antes que satisfacer a la Justicia.
2. Efecto combate o riesgo de que el fiscal prefiera obtener la victoria en juicio antes que satisfacer a la Justicia.
3. Efecto riqueza o riesgo de que solamente el imputado con recursos económicos para satisfacer a una defensa preparada y a una investigación diligente, pueda obtener la victoria en juicio.

2.4.1. EL RIESGO DE PARCIALIDAD GUBERNAMENTAL

En el caso de Norteamérica, ha de partirse de un somero examen de las dos diferentes clases de fiscales adversariales. Los fiscales locales, denominados *District Attorneys* son nombrados por sistemas electivos dentro del Estado y solo responden —en términos políticos— ante sus electores, sin que puedan recibir órdenes de actuación de autoridades políticas estatales o federales, por lo que su riesgo de contaminación gubernamental es despreciable⁵⁴². Y los fiscales federales, denominados *US Attorneys*, dependen jerárquicamente del *Attorney-General* que ejerce simultáneamente las funciones de Ministro de Justicia y de Fiscal General del Estado y que, evidentemente, es nombrado por el Presidente del Gobierno Federal. La forma de designación de los fiscales federales hace que éstos siempre carguen con el peso de la sospecha de que su —formalmente declarada— imparcialidad pueda ser doblegada por razón de su dependencia gubernamental⁵⁴³. El riesgo de parcialidad, obvio es recordarlo, se incrementa en los supuestos de criminalidad gubernativa.

verdad. Cfr. FRANKEL M., *Partisan justice...* op. cit., págs. 47 y ss. También, BYRNE E., “The Adversary System: Who Needs It?”, *Ethics and the legal...* op. cit., págs. 204 y ss., LUBAN D., “The Adversary System Excuse”, *The good lawyer*, New Jersey, 1983, págs. 83 y ss. Cfr. FREEDMAN M., *Lawyers' ethics in an Adversary System*, Nueva York, 1975. MILLER A. “The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?” *Minnesota. Law Review*, 1984, págs. 69 y ss.

⁵⁴² Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., págs. 72 y ss.

⁵⁴³ Comparto con FUENTES que “la posición que se tenga acerca de la dependencia o independencia del Ministerio Fiscal en nada condiciona la conveniencia de otorgar a éste la dirección de la fase instrucción procesal. Dicha posibilidad cabe tanto si el Ministerio Fiscal depende del ejecutivo (EEUU), como si es absolutamente independiente (Italia). Lo importante

A mayor abundamiento, ha de destacarse que el riesgo de que, la parcialidad gubernativa, afecte a los fiscales federales norteamericanos y produzca efectos negativos en la Justicia es notablemente superior al riesgo de que la parcialidad gubernativa sea sufrida por los acusadores públicos españoles y que, por ello, sea perjudicada la administración de recta Justicia; ya que aquéllos —al contrario de los españoles— actúan conforme a los principios de monopolio de la acción penal y de oportunidad, por lo que gozan de la inapelable potestad de no formular acusación si a ello incita el interés público cuyo único intérprete es el poder Ejecutivo del que dependen.

En el caso de España, no se conoce que la doctrina sostenga posiciones significativamente favorables a modificar el modelo que permite la concurrencia de acusación pública, particular y popular en el proceso criminal español. Ahora bien, tal como se ha insistido, ha de tenerse en consideración que el ejercicio monopolístico de la acusación no es una característica que pueda asociarse ni al sistema acusatorio formal, ni mucho menos al adversarial. Respecto del proceso español, FUENTES, con razón, afirma que “precisamente el hecho de que el Ministerio Fiscal no ostente en régimen de monopolio el ejercicio de la acción penal constituye una garantía a fin de paliar esos efectos negativos de la tan temida —desde determinados sectores— posibilidad de manipulación del Ministerio Fiscal por parte del ejecutivo en los supuestos de criminalidad gubernativa”⁵⁴⁴.

La solución original norteamericana a supuestos de riesgo de intereses contrapuestos entre por razón de criminalidad gubernativa, se construye sobre la base del nombramiento *ad hoc* de un nuevo fiscal especial o *special prosecutor* libre de sospecha de parcialidad para investigar y acusar cada asunto particular de que se trate⁵⁴⁵.

Si ha de compararse la situación norteamericana con la española, ciertamente ha de afirmarse que si bien es cierto en nuestro sistema criminal existe un riesgo cierto de

será rodear su actuación de concretas garantías que dejen nulo margen a la arbitrariedad”, Vide, FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 34.

⁵⁴⁴ *Ibíd.*

⁵⁴⁵ DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar...* op. cit., págs. 85 y ss.

de influencia gubernamental en el fiscal, los efectos negativos de tal hipotética influencia pueden ser de grado inferior; si se tiene en consideración la existencia de la institución de la acusación popular (arts. 125 CE y 279 LECrim.) y, en menor medida, de la particular (art. 279 LECrim.), y el rigor del sometimiento del fiscal español al principio de legalidad (art. 124.2 CE). En todo caso, sería preciso tildar de ingenuo al que pensara que, en la actualidad, la administración de Justicia española se halla protegida ante el riesgo de influencia gubernamental en el fiscal.

Merece recordar, en este punto, la convincente propuesta —que comparto— formulada por FUENTES a fin de eliminar o minimizar el riesgo de contaminación política del fiscal español por razón del nombramiento gubernamental del FGE y derivada del principio de dependencia jerárquica, ante los supuestos de hechos delictivos cometidos por políticos o altos cargos del estado o cometidos por cualquier ciudadano corrupto del Gobierno o del partido político que lo sustenta. La autora sostiene que las cautelas a adoptar “podrían ser las siguientes:

1. Prohibir las instrucciones de no actuación por parte del FGE en supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa.
2. Que en los supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa, sea vinculante la opinión del Consejo Fiscal a manifestar en la audiencia requerida por el art. 26 EOMF para que el FGE pueda designar a un fiscal que se encargue del mismo.
3. Que para los supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa se amplíe el plazo de seis meses para decidir si se ejercen o no acciones penales (...).
4. Que no se requiera la autorización previa del FGE para que el fiscal anticorrupción abra una investigación cuando se trate de supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa.
5. Que desaparezca para los supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa la actual limitación según la cual la fiscalía anticorrupción no puede emitir informe alguno si no es con la conformidad previa del FGE.
6. Si se optara por admitir ciertos criterios de oportunidad en el sostenimiento de la acusación (...) en los supuestos de criminalidad o corrupción gubernativa debe regir el más estricto cumplimiento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal”⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 317–318.

La propuesta de la autora se muestra superior en garantías, al recurso norteamericano al *special prosecutor* o fiscal especial *ad hoc*, puesto que permite articular una solución ordinaria y permanente al riesgo de parcialidad gubernamental.

2.4.2. EL EFECTO COMBATE

Por “efecto combate”, LANGBEIN se refiere a los incentivos que otorga el sistema a las partes para que la verdad material no florezca⁵⁴⁷. Atendiendo a la tradición histórica del modelo —afirma CUADRADO SALINAS— la expresión “efecto combate” se refiere “al control de las partes de los actos de investigación” que “se traducían en que éstas operaban durante el proceso con el incentivo de suprimir cualquier hecho desfavorable a su posición, lo que convertía la contienda en altamente contradictoria o adversaria, puesto que se pretendía encontrar el punto débil del adversario a través de aquellos indicios que le perjudicasen”⁵⁴⁸.

En el juicio anglo americano, la función de cada contendiente es vencer en la lucha que se desarrolla en la sala de juicios. El deseo de ganar conduce a las partes procesales a emplear tácticas que, con frecuencia, suprimen o distorsionan la verdad, como ocultar testigos o información importante que pudiera ayudar a la parte adversa, o preparar los testigos para poder modular su testimonio en juicio, técnica conocida como *couching* o entrenamiento de testigos o, también, a emplear tácticas abusivas de interrogatorio cruzado de testigos.

Respecto de los abogados defensores, poco o nada puede afirmarse sobre su inexistente deber hacia la búsqueda de la verdad material ya que, su actuación antes y durante el juicio, ha de dirigirse esencialmente a la protección de su defendido. En este sentido, KUNEN sostiene que en todos los supuestos en que la verdad material resulte ser que el acusado ha cometido el crimen del que es acusado, la función del abogado defensor deberá radicar en intentar que la verdad no sea descubierta en juicio y, en caso de que ésta acabará revelándose, la obligación del abogado criminalista deberá consistir

⁵⁴⁷ Cfr. LANGBEIN J. H, *The origins of...* op. cit., págs. 1–2.

⁵⁴⁸ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., pág. 131.

en intentar evitar que el jurado reconozca la verdad cuando aflore en el juicio⁵⁴⁹. No intentar lo anterior con el máximo celo profesional —asegura el autor— resulta contrario a la ética profesional del abogado defensor. FORTAS, haciéndose eco de las normas deontológicas oficiales de la Abogacía norteamericana⁵⁵⁰, afirma que para la ética adversarial los abogados son simplemente agentes y no principales y que, por tanto, no deben ni criticar ni tolerar críticas basadas en el carácter del cliente al que representan o de la causa que deben defender⁵⁵¹.

FREEDMAN va más allá, afirmando que el abogado defensor debe, si el cliente así se lo pide, llamarle a declarar aún sabiendo que en su declaración va a cometer falsedad y que, si no lo hiciera, traicionaría su deber de confidencialidad⁵⁵². Sostiene GOODPASTER, que la ética del abogado defensor se sustenta en dos características, a saber, profesionalismo y exención de responsabilidad disciplinaria o legal por el ejercicio de una defensa parcial en beneficio de su defendido que conducen a que prevalezca un comportamiento procesal que dificulta e, incluso, impide el afloramiento la verdad⁵⁵³.

A raíz o como consecuencia del concepto adversarial de la ética del abogado, algunos autores critican el desprecio por el sistema a la búsqueda de la verdad material. En este sentido, MENKEL-MEADOW —con dureza— afirma que “las presentaciones opuestas, binarias de los hechos en disputa, no constituyen el mejor camino para

⁵⁴⁹ KUNEN J., *How can you defend those people: the making of a criminal lawyer*, Nueva York, 1983, pág. 30. En igual sentido, GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary...”, op. cit., pág. 124.

⁵⁵⁰ Vide AMERICAN BAR ASSOCIATION, Model Code of professional responsibility, 1969 (enmendado en 1970, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979 y 1980), Ethical considerations, Canon 7: “a lawyer should represent a client zealously within the bounds of the law”.

⁵⁵¹ Cfr. FORTAS, “Thurman Arnold and the theatre of the law”, *Yale Law Review*, 1970, págs. 988–1002, citado por SHAFFER T., “Unique, novel, and unsound adversary ethic”, *Notre Dame Law School Review*, 1988, pág. 697.

⁵⁵² FREEDMAN afirma: “in my opinion, the attorney's obligation in such a situation would be to advise the client that the proposed testimony is unlawful, but to proceed in the normal fashion in presenting the testimony and arguing the case to the jury if the client makes the decision to go forward. Any other course would be a betrayal of the assurances of confidentiality given by the attorney in order to induce the client to reveal everything, however damaging it might appear”, Vide FREEDMAN M., *Lawyers' ethics in an adversary...* op. cit., pág. 31.

⁵⁵³ GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary...”, op. cit. pág. 124.

encontrar la verdad; al contrario, el debate polarizado deja fuera importante información, simplifica la complejidad y oscurece más que clarifica”⁵⁵⁴.

No obstante las críticas que se vierten a la ética del defensor en el juicio adversarial, no debe olvidarse que el derecho a no declarar o actuar contra uno mismo en el proceso criminal se halla constitucionalmente establecido desde 1791 en la VI Enmienda norteamericana al disponer que *nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself* y que, a mayor abundamiento, no existe diferencia en el comportamiento de un abogado criminalista en fase de juicio en el sistema adversarial y en el sistema inquisitorio formal o mixto continental ya que, en los dos sistemas, para el abogado criminalista ha de prevalecer el interés particular de su defendido sobre el interés abstracto asociado a la búsqueda de la verdad⁵⁵⁵.

Asunto radicalmente diferente al de la ética del defensor, lo constituye la determinación de si el acusador público —antes y después de que se inicie el juicio— ha de actuar en el juicio adversarial con neutralidad e imparcialidad. Aparentemente, puede parecer pacíficamente admitido que el fiscal debe guiar su ánimo con neutralidad e imparcialidad. Ello se desprende, al menos, del análisis de la doctrina del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL norteamericano, que en 1935 declaró:

“El fiscal de los Estados Unidos no es el representante de una parte ordinaria en una controversia, sino que es el representante de la Soberanía nacional, cuya obligación de gobernar imparcialmente es igual de importante que su obligación de gobernar y, por lo tanto, su interés en la persecución criminal no será ganar un caso sino que se haga Justicia. Como tal representante, el fiscal es, en un peculiar y muy definido sentido, el servidor de la Ley cuyas dos caras le sirven de misión, que el culpable no se escape y que el inocente no sufra. El fiscal puede acusar con fuerza y vigor, —en verdad, debe—. Pero, si bien puede lanzar golpes duros, no tiene libertad para lanzar golpes falsos. Constituye igualmente su obligación, tanto refrenarse de emplear impropios métodos

⁵⁵⁴ MENKEL–MEADOW C., “The trouble with the Adversary System...”, op. cit., pág. 6.

⁵⁵⁵ Vide art. 24.2 CE

calculados para producir condenas erróneas, como usar todo legítimo medio para producir una condena justa”⁵⁵⁶.

En el mismo sentido, se pronuncia el *ABA Standards for Criminal Justice*, al establecer que “es fundamental que la obligación del fiscal sea tanto proteger al inocente como condenar al culpable”⁵⁵⁷ y, en menor medida, también resulta fomentada la imparcialidad del fiscal por la Sección disciplinaria del *ABA Model Code of professional responsibility* que dispone que un fiscal o cualquier otro abogado del Gobierno no podrá instituir u ordenar instituir cargos criminales cuando sabe que no existe causa para que puedan ser sostenidos⁵⁵⁸.

En el sistema criminal de Inglaterra y Gales, la preocupación formal por la imparcialidad del fiscal encuentra su expresión en el principio general número 2.4 del *Code for Crown Prosecutors* elaborado de conformidad con la Sección X de la *Prosecution of Offences Act* de 1985, que dispone:

“Los fiscales deben ser justos, independientes y objetivos. No deben permitir que ningún sentimiento personal sobre el origen étnico o nacional, sexo, discapacidad, edad, religión, creencias, ideología política, orientación sexual o identidad de género del sospechoso, la víctima o testigos, inflencie en sus decisiones. Tampoco deberán los

⁵⁵⁶ Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, *Berger* contra Estados Unidos, 295 US, 1935 fundamento 88. Ponente: SUTHERLAND. La traducción es del autor. Texto original: “The United States Attorney is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore, in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such, he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor —indeed, he should do so—. But, while he may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much his duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one”.

⁵⁵⁷ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Standards for Criminal Justice*, The prosecution function, apartado 3–1.2 c.

⁵⁵⁸ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Code of professional responsibility*, Performing the Duty of Public Prosecutor or Other Government Lawyer, norma 7–103. Texto original: “a public prosecutor or other government lawyer shall not institute or cause to be instituted criminal charges when he knows or it is obvious that the charges are not supported by probable cause”.

fiscales dejarse influenciar por impropia o indebida presión de cualquier fuente. Los fiscales deberán actuar siempre en interés de la Justicia y no meramente con el propósito de obtener una condena”⁵⁵⁹.

La doctrina norteamericana no se muestra pacífica a la hora de determinar si el fiscal debe acusar, o no, siempre que sea posible que un individuo haya cometido un crimen, aún en los supuestos en que no se halle el acusador público convencido de la culpabilidad del sujeto (obviando a los efectos de la argumentación, la existencia de motivos de discrecionalidad)⁵⁶⁰. Entre los autores que defienden que el fiscal debe acusar, aún sin gozar de un absoluto convencimiento de la culpabilidad del acusado, destaca UNILLEVER, que sostiene que el acusador público ha de asegurarse hasta un alto grado de honesta probabilidad que la persona a la que va a acusar puede ser culpable pero que, ir más allá, es función del jurado⁵⁶¹. En igual sentido, FISHER afirma que la visión prevalente en la práctica, admite que el fiscal pueda acusar aunque no tenga el personal convencimiento de la culpabilidad del acusado⁵⁶².

En la posición contraria, se encuentra KAPLAN, quien afirma que la gran mayoría de los fiscales, sino todos, piensan que es moralmente incorrecto acusar salvo que uno mismo se halle convencido de la culpabilidad del acusado⁵⁶³. También, FREEDMAN que llega a sostener que “el fiscal debería ser sancionado disciplinariamente por acusar, si un ciudadano medio, con los datos conocidos por el fiscal, no pudiera razonablemente afirmar que el sujeto es culpable más allá de una duda

⁵⁵⁹ The Code for Crown Prosecutors under section 10 of the Prosecution of Offences Act 1985. Traducción del autor. Texto original: “Prosecutors must be fair, independent and objective. They must not let any personal views about the ethnic or national origin, gender, disability, age, religion or belief, political views, sexual orientation, or gender identity of the suspect, victim or any witness influence their decisions. Neither must prosecutors be affected by improper or undue pressure from any source. Prosecutors must always act in the interests of justice and not solely for the purpose of obtaining a conviction”.

⁵⁶⁰ La argumentación es igualmente útil para determinar si el fiscal debe llamar a declarar a un testigo aún cuando no se halle convencido de que el testimonio de éste será verdadero.

⁵⁶¹ Cfr. UNILLEVER R., “The neutral prosecutor: the obligation of dispassion...”, op. cit., págs. 1695–1703.

⁵⁶² Cfr. FISHER S. Z., “In search of the virtuous prosecutor: a conceptual...”, op. cit., pág. 197.

⁵⁶³ KAPLAN J., “The prosecutorial discretion”, *U.L. Review*, 1965, pág. 174–178, citado por GERSHMAN B. L., “The prosecutor's duty to truth...”, op. cit., pág. 310.

razonable”⁵⁶⁴. El fundamento teórico sobre el que se basa la segunda postura doctrinal, radica en la suposición científica de que si el fiscal, a pesar de estimar que el sospechoso puede no ser culpable, decide acusar, se estará asumiendo el “inaceptable riesgo de que una persona inocente sea condenada”⁵⁶⁵.

Una vez concurra en el ánimo del fiscal la decisión de acusar y, no obstante, las pomposas declaraciones formales instando a su imparcialidad, tanto el fiscal norteamericano como el inglés, se encontrarán sometidos a una cierta presión que puede incitarles a desear obtener una condena en los juicios en los que intervenga n. En el caso norteamericano, esta presión puede ser particularmente elevada por mor del sistema electoral del que goza y, es cierto, que ni el más ingenuo podría pensar que un fiscal no funcional podría evolucionar profesionalmente o en la carrera política, con demasiados veredictos de inocencia en los juicios en los que intervenga ⁵⁶⁶.

Al no existir fase de instrucción judicial en el sistema adversarial y, consecuentemente, recaer íntegramente el peso de la búsqueda, recolección, selección y presentación de las fuentes de prueba en las partes procesales y, teniendo en consideración, que el fiscal dispone de un acceso a los medios de investigación abismalmente superior a la defensa, ha sido, posiblemente, el más grave error histórico del sistema adversarial permitir que los fiscales guardaran para sí información inculpatoria relevante de la investigación, ocultando su existencia la defensa y, provocando con ello, condenas erróneas —algunas a muerte— que causan repugnancia a la ciudadanía.

A fin de remediar esta situación, en 1963, el Tribunal Supremo Federal declaró la existencia de un deber del acusador público, de rango constitucional, que obliga al fiscal a revelar a la defensa todas las fuentes de prueba de que tenga conocimiento que

⁵⁶⁴ FREEDMAN M., *Lawyers' ethics in an adversary...* op.cit., pág. 88.

⁵⁶⁵ GERSHMAN B. L., “The prosecutor's duty to truth...”, op. cit., pág. 354.

⁵⁶⁶ Vide HUNTER I. y CRONIN K., *Evidence, advocacy and ethical practice: a criminal trial commentary*, Sydney, 1995, pág. 187, citado por MACFARLANE B., “Convicting the Innocent: a triple failure of the justice system...”, op. cit., pág. 439. Los autores afirman: “the most idealistic prosecutor would have few illusions about his future prospects if every person he prosecuted were to be acquitted. This is, perhaps, rarely taken into account at a conscious level but it adds to the overall ethos of rivalry and hence the need to win”.

puedan favorecer o incidir directamente en aspectos exculpatórios del acusado⁵⁶⁷. Este deber es conocido como *disclosure obligation* o, también, *Brady rule*, nombre que hace referencia a la primera sentencia que declaró la obligación⁵⁶⁸. La razón teórica que fundamenta este deber se encuentra en la necesidad de asegurar el *fair trial* o juicio limpio exigido por la V y la XIV Enmiendas constitucionales. El deber de revelación de prueba se limita a la que es claramente favorable, sin que exista obligación hacia los defensores respecto de la prueba inculpatória o neutral⁵⁶⁹. En este sentido, afirma GOODPASTER que el fundamento doctrinal de la *disclosure obligation* se sustenta en la concepción de que los intereses del Estado se satisfacen no solo cuando el culpable es condenado sino, también, cuando el inocente es absuelto por lo que, en consecuencia, el fiscal ha de ser portador de la obligación de asegurar que el juicio sea justo para que el inocente pueda ser absuelto⁵⁷⁰.

El incumplimiento de esta obligación por el fiscal es motivo de sanción disciplinaria conforme al *ABA Model Code of professional responsibility*, al disponer que el fiscal o cualquier otro abogado gubernamental litigando en la Jurisdicción criminal, deberá revelar a tiempo al abogado defensor o al acusado, si este no tuviera defensor, la existencia de pruebas conocidas por el fiscal u abogado gubernamental que tiendan a negar la culpabilidad del acusado, mitigar el grado del delito, o reducir la pena⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ Cfr. QUINN E. D., “Standards of materiality governing the prosecutorial duty to disclose evidence to the defense”, *Alaska Law review*, Vol.6, 1989, pág. 147–174.

⁵⁶⁸ Vide la conocida sentencia del TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL norteamericano, *Brady* contra *Mariland*, 376 US 1963. Esta Sentencia fue la primera en la que se estableció el deber del fiscal de revelar la prueba favorable a la defensa. La obligación de la acusación persiste incluso cuando no ha sido solicitada por la defensa, Vide *United States* contra *Agurs*, 427 US, 1976. También, *United States* contra *Bagley*, 473 US 1985. Respecto de Inglaterra y Gales, Vide la Guía del Fiscal General sobre descurimiento de pruebas —*Attorney General’s Guidelines on Disclosure*—, de 2005 (enmendada en 2011), que desarrolla el deber de revelación de pruebas conforme a la Ley de investigación y procedimientos criminal —*Criminal Procedure and Investigations Act*— de 1996.

⁵⁶⁹ TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL norteamericano, *Brady* contra *Mariland*, 376, US 1963, fundamento 87. El Alto Tribunal declaró que la obligación del fiscal de revelación se limita a la prueba claramente beneficiosa: “favorable on its face” o “directly exculpatory or mitigating evidence”.

⁵⁷⁰ GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary...”, op. cit., pág. 120.

⁵⁷¹ AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Model Code of professional responsibility*, *Performing the Duty of Public Prosecutor or Other Government Lawyer*, norma 7–103. Texto original: “A

En este sentido, RIDOLFI y POSSLEY, argumentan que, no obstante su reconocimiento constitucional, sigue existiendo un elevado número de violaciones del principio de *disclosure obligation*. Afirman, que de los 707 casos investigados por razón de violación por el fiscal del principio de revelación de secretos u otros comportamientos sancionables en California, en el periodo comprendido entre 1997 a 2007, sólo 6 asuntos fueron objeto de una sanción disciplinaria. Los autores sostienen, que no debe ser excusable la conducta indebida de los fiscales que violan el deber de revelación de pruebas por razón de condenar al culpable y que, no hay lugar para ello en un sistema criminal que quiere ser justo⁵⁷². Sin embargo, ha de tenerse en consideración que el TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL ha declarado que sólo existe violación del principio a efectos sancionatorios, cuando, analizada la violación del principio *ex post*, pueda afirmarse que el resultado del veredicto del jurado hubiera sido diferente en el supuesto de que el fiscal hubiese cumplido con su obligación de revelación de pruebas a la defensa. Esta situación es conocida como *miscarriage of justice* o error de la Justicia y, su constatación, permite la revisión de la sentencia condenatoria⁵⁷³.

A la inversa, es evidente que no existe —ni puede existir— obligación alguna que exija a la defensa revelar pruebas al fiscal. Lo contrario, supondría una violación del derecho del imputado en un proceso criminal, a no declarar contra sí mismo, consagrado desde 1791 en la V Enmienda constitucional al declarar que “*nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”⁵⁷⁴.

En lo que respecta al futuro del proceso español, ha de destacarse que debemos aprender de los errores del sistema adversarial —particularmente de la histórica

public prosecutor or other government lawyer in criminal litigation shall make timely disclosure to counsel for the defendant, or to the defendant if he has no counsel, of the existence of evidence, known to the prosecutor or other government lawyer, that tends to negate the guilt of the accused, mitigate the degree of the offense, or reduce the punishment”.

⁵⁷² Cfr. RIDOLFI K. y POSSLEY M. “Preventable Error: a Report on Prosecutorial Misconduct in California 1997–2009”, *Santa Clara University*, California, 2010. Texto original: “*it is not excusable as a means to convict the guilty, and it is abhorrent in the conviction of the innocent. It has no place in a criminal justice system that strives to be fair, to accurately convict the guilty and to protect the innocent. It undercuts the public trust and impugns the reputations of the majority of prosecutors, who uphold the law and live up to their obligation to seek justice*”. El estudio se encuentra disponible en Internet en: www.ncip.scu.edu.

⁵⁷³ *Ibíd.*, pág 19.

⁵⁷⁴ *Nemo tenetur se accusare.*

desigualdad procesal sufrida por el encausado en la fase de instrucción adversarial—, a fin de que tan dramática experiencia, sea tenida en consideración por el legislador español para asegurar —en el caso de que el fiscal haya de dirigir la investigación criminal— una instrucción libre de indefensión y un acceso pleno al imputado o procesado de los elementos de la investigación. Comparto con FUENTES que, en el supuesto de que el fiscal asuma la investigación del hecho criminal, deberán arbitrarse los mecanismos necesarios para evitar el desequilibrio de las partes del proceso⁵⁷⁵.

2.4.3. EL EFECTO RIQUEZA O JUSTICIA DE LOS RICOS

CUADRADO SALINAS afirma que, históricamente, por la expresión “Justicia de los ricos”, se ha hecho referencia a aquel efecto que “se produce al dejar en manos de las partes la labor de investigación” y la “aportación del material fáctico objeto del proceso” y que, como consecuencia de ello, “el acceso al proceso se restringía a aquellos sujetos con recursos suficientes para hacer frente a los gastos derivados, entre otros, de la búsqueda de fuentes de prueba”⁵⁷⁶. En la actualidad, LANGBEIN afirma que por *wealth effect* o *efecto riqueza*, por la doctrina hace referencia a las enormes ventajas que ofrece el sistema adversarial criminal a las personas que cuentan con recursos económicos suficientes para poder contratar un abogado preparado y un equipo investigador adecuado. Sostiene el autor —refiriéndose a Norteamérica— que, debido a que la mayoría de las personas acusadas en procesos criminales de delitos graves son indigentes o casi indigentes, el efecto riqueza constituye un defecto estructural del sistema criminal adversarial⁵⁷⁷.

El efecto estudiado, viene a desdoblarse en dos consecuencias; a saber, por un lado, el gigantismo de la institución de la conformidad propia del sistema adversarial, que se concreta en la adopción de un considerable número de pactos previos a juicio o *plea bargains*, a través de los cuales, los acusados se conforman con un pena menor que la que hubiera de interesar el fiscal en el supuesto de que el asunto llegara a juicio. En segundo término, el efecto riqueza posiciona a los acusados que, a pesar de no contar con recursos económicos decidan celebrar el juicio, en una situación de exposición a

⁵⁷⁵ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 37.

⁵⁷⁶ CUADRADO SALINAS C., *La investigación en el proceso...* op. cit., págs. 130–131.

⁵⁷⁷ Cfr. LANGBEIN J. H., *The origins of...* op. cit., págs. 1–2.

sufrir una condena —no sólo por razón del delito cometido— sino, también, por no haber podido recabar elementos probatorios que puedan refutar las pruebas presentadas por la acusación por razón de no poseer recursos suficientes para procurarse una adecuada investigación. En este sentido, debe destacarse respecto de los fiscales federales de Norteamérica dirigidos por el *Attorney-General*, —cuyo nombramiento es presidencial, y conocen exclusivamente de los casos criminales que sean federales— que en el año 2012, de un total de 78.647 personas acusadas por cometer un crimen federal —un 97% de todos los condenados— se confesaron culpables antes o durante el juicio por lo que obtuvieron una sentencia de conformidad⁵⁷⁸. En el sistema de Justicia español, durante el año 2012, un total de 159.889 personas, —un 69 % de todos los condenados— admitieron su participación en los hechos y la pena propuesta por el fiscal y, en consecuencia, obtuvieron una sentencia de conformidad⁵⁷⁹.



⁵⁷⁸ UNITED STATES ATTORNEYS' Annual Statistical Report, Executive Office for United States Attorneys, US DEPARTMENT OF JUSTICE, 2010, pág. 8.

⁵⁷⁹ De las 159.889 conformidades habidas durante el año 2012, 104.982 se corresponden con sentencias dictadas por los Juzgados de instrucción en procedimiento de diligencias urgentes, 52.617 con sentencias de los Juzgados penales, y 2.281 con sentencias de las Audiencias provinciales, Vide Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013, pág. 587.

3. EL FISCAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL O MIXTO

3.1. EL ORIGEN HISTÓRICO DEL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL

En Europa continental, históricamente, ha sido posible diferenciar dos grandes sistemas criminales puros: el acusatorio puro y el inquisitorial puro que —desaparecidos los dos— dieron lugar al sistema acusatorio mixto o formal expresado en multiplicidad de formas a través de los cuerpos procesales continentales. Por su parte, Inglaterra y Gales, se han caracterizado por desarrollar el sistema adversarial que trae causa del sistema criminal de adjudicación.

En este sentido, con precisión, ASENCIO afirma que “el mantenimiento de la concepción característica del delito como fenómeno público, el no abandono de la tarea de la persecución penal exclusivamente en manos de los particulares frente a los postulados privatistas propios de etapas históricas anteriores y, junto a todo ello, la instauración de la institución del jurado con las consecuencias que este conllevó en especial en materia de juicio oral y público, así como de primacía del sistema de libre valoración de la prueba, dan lugar en los siglos XVIII–XIX al surgimiento, en oposición a los anteriores sistemas puros acusatorio e inquisitivo, de un nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, denominado formal o mixto, definido doctrinalmente como síntesis o conjunción de sus predecesores”⁵⁸⁰.

⁵⁸⁰ ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., pág. 14–15.

3.1.1. EL SISTEMA ACUSATORIO PURO

La expresión *proceso acusatorio puro* no es, sino una forma de identificación del prototípico juicio criminal de la antigüedad referido a la historia antigua de Grecia o Roma antes de la contaminación sufrida por el sistema inquisitorial. Merece recordar los elementos históricos del proceso acusatorio ideal, conforme son expresados por GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, que enumeran las principales características del sistema acusatorio puro:

1. El juez no procede por iniciativa propia *ex officio*, ni pone en marcha el procedimiento, ni investiga dentro de éste.
2. En la decisión y en la acción, la comunidad se halla representada, no por funcionarios, sino por particulares: jueces y jurados profanos no adscritos a una jerarquía.
3. El papel del órgano decisor consiste exclusivamente en examinar lo que las partes aporten y decidir sobre su verdad
4. En el proceso rigen los principios de contradicción, oralidad, inmediación, publicidad e instancia única⁵⁸¹.

Desde luego, no es posible negar la proximidad conceptual entre los elementos característicos del sistema acusatorio puro y del sistema adversarial. Sin embargo, en la práctica, algunos de los sistemas que hoy denominados adversariales gozan de características contrarias al acusatorio puro, particularmente el principio de oficialidad en la acusación. Especialmente se observa en el sistema norteamericano, donde se regula un modelo de monopolio público acusador que se opone al sistema acusatorio puro que —por esencia— rechaza no solo el monopolio en la persecución penal sino, incluso, el principio de oficialidad.

Por otro lado, debe destacarse que el proceso acusatorio puro coincide con el proceso adversarial en que, para ambos, es una característica principal del sistema el derecho del acusado a ser juzgado por un jurado de iguales y, por el contrario, en el sistema acusatorio mixto o formal, son aceptadas las dos formas de juzgamiento, sin que

⁵⁸¹ GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 117.

llegue a ser característica esencial del modelo el derecho del acusado a ser juzgado por jurado. Por ello, en este particular, ha de afirmarse la superioridad del sistema acusatorio puro y del sistema adversarial respecto del acusatorio formal, por razón de su construcción sobre valores propios del ejercicio directo de la soberanía popular por los ciudadanos en el ámbito de la administración de la Justicia, que —indudablemente— es connatural a un concepto avanzado del significado de la igualdad y de la dignidad de cada individuo, sin perjuicio de que, los veredictos condenatorios, hayan de poder ser revisados por infracción de ley, por un tribunal de magistrados.

Como ha sido estudiado, el sistema adversarial se caracteriza —en esencia— por la inexistencia de fase de instrucción judicial; por la aplicación del principio de discrecionalidad política en el ejercicio público de la acción penal; por el establecimiento generalizado del derecho del encausado a ser juzgado por un jurado compuesto de ciudadanos legos en derecho como órgano de decisión del juicio criminal; por la concepción del juez —conocedor del derecho pero desconocedor de los hechos— como órgano supra partes que se constituye en árbitro de la confrontación entre las mismas y vigila por el cumplimiento de la legalidad procesal; también, por razón de que, el ejercicio generalizado de la acusación y la defensa, superada la fase instructora, se produce con la finalidad de lograr la victoria en el conflicto, con ajeneidad a la búsqueda de la verdad material; por el principio de remisión para la obtención, selección y presentación de las fuentes de prueba, a la pericia y economía de las partes; por la interdicción de la formulación de recurso contra las sentencias criminales absolutorias y, también, por el rechazo de un sistema de prueba legal y por el rechazo del proceso secreto.

3.1.2. EL SISTEMA INQUISITORIAL PURO

En el extremo opuesto, el sistema inquisitorial —hoy extinto— presenta los siguientes caracteres:

1. El Estado procede, de oficio y con el mismo órgano, a actuar en el doble papel de acusador y juez.

2. La función de juzgar se especializa por lo que el juez pierde su carácter de árbitro —ciudadano— nombrado por las partes, adquiriendo el carácter de funcionario permanente, que conduce a que la administración de Justicia pierda su carácter popular.

3. El proceso se hace escrito y secreto. La prueba se constituye en el mecanismo para la búsqueda de la verdad, implantándose los criterios probatorios romanos en detrimento de los germánicos. El sistema legal de valoración de la prueba y la admisión de recursos contra sentencias, se constituyen en los métodos de control del juez profesional⁵⁸².

Con precisión, ROXIN afirma que “en el proceso inquisitivo el juez interviene por sí mismo: él detiene, interroga, investiga y condena. No hay acusador ni acusado sino solamente el juez (el inquisidor) —que investiga y juzga— y el objeto de su actividad (el inquirido)”⁵⁸³.

En su origen, el sistema criminal inquisitorial fue una invención canónica que se impuso, primero en Italia y que, después, se extendió —por contacto— al resto de la Europa continental⁵⁸⁴. GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA señalan, que en el Bajo Imperio Romano el *modus ordinarius* del proceso canónico era público y admitía medios de defensa como el proceso romano. No obstante, junto al proceso ordinario, fue creado por el derecho procesal canónico el proceso denominado *per inquisitionem*, que constituye el germen del sistema inquisitivo. Este proceso, ideado para el *delitum manifestum* o *notorium*, se inició en torno al siglo IX y fue confirmado en el IV Concilio lateranense bajo el Pontífice Inocencio III, en 1215.

La *inquisitio*, permitía al juez incoar el procedimiento, recolectar y practicar la prueba, y condenar o absolver al encausado, sin necesidad de acusador. La propagación de la ciencia jurídica italiana, conduce a que el proceso inquisitivo hacia comienzos del

⁵⁸² Cfr. GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 120–121.

⁵⁸³ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 86.

⁵⁸⁴ Vide ESMEÍN A., *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le Xlle siècle jusqu'à nos jours*, París, 1882, citado por GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 117. El autor sostiene que los elementos que constituyen el sistema inquisitorio no son, en puridad, un invento canónico si bien, la conjunción de los mismos —que es la causa origen al sistema inquisitorio— si se debe al derecho canónico.

siglo XIV se haya convertido “en la forma normal de proceder de los tribunales seculares en Italia” desde donde lo reciben las demás naciones a excepción de las británicas. Para entonces, “ha desaparecido totalmente el juramento purgatorio y se ha vuelto a usar el tormento del derecho romano como un medio para provocar la confesión” y ha sido elaborado “todo un sistema de prueba legal mediante el cual se señala circunstanciadamente el grado, *plena probatio* o *semplena probatio* que requiere la condena y los indicios que bastan para justificar la aplicación de la tortura⁵⁸⁵”.

El sistema inquisitivo puro desaparece de forma generalizada en el siglo XIX, si bien, muestra ya señales de serio decaimiento en la Francia revolucionaria con la instauración del tribunal del jurado que comprende el juicio oral y público y la sustitución del principio de prueba legal por el principio de libre valoración de la prueba. En este sentido, se pronuncia ROXIN en referencia al inicio del fin del sistema inquisitorial en Alemania con la llegada del jurado popular en el siglo XIX⁵⁸⁶.

En España, la extinción del sistema inquisitorio no puede datarse —con rigor— antes de los Reales Decretos de 14 de septiembre y de 14 de octubre de 1882 que dieron lugar a la —todavía vigente— Ley de Enjuiciamiento Criminal. Resulta enternecedor, recordar la despedida del sistema inquisitivo y el saludo al nuevo sistema acusatorio mixto, que contiene la primera Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

“El procedimiento inquisitivo y secreto que introdujo el derecho romano en la época del Imperio; que patrocinó y mejoró el canónico, que apoyaron los legistas del Renacimiento, y que durante largos siglos se ha practicado en la mayor parte de las naciones de Europa, hace tiempo que se halla condenado por la ciencia, que se considera incompatible con las nuevas corrientes del derecho y de la libertad, a que

⁵⁸⁵ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 118.

⁵⁸⁶ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 103. Afirma el autor que el sistema de prueba legal se suprimió del Ordenamiento alemán en el siglo XIX, como consecuencia de la instauración de la institución del jurado.

consagran preferente atención los países más adelantados (...) el proceso acusatorio sustituye al inquisitivo”⁵⁸⁷.

3.2. ELEMENTOS DEL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL

El sistema inquisitorial no muere dando lugar a un sistema nuevo ni tampoco se transforma para convertirse en un sistema adversarial puro continental a imitación del anglosajón sino que, en realidad, sólo se modifica de forma gradual fusionándose con el sistema acusatorio puro hasta convertirse en la multiplicidad de sistemas criminales mixtos que conviven en el extenso mundo democrático⁵⁸⁸.

Con razón, ASECIO afirma que el análisis del proceso criminal, resulta “indefectiblemente ligado” a categorías como las de objeto del proceso, el principio acusatorio, el principio de contradicción o el derecho de defensa; por lo que se hace “esencial delimitar de manera clara y, a pesar de la escasa unanimidad existente al respecto, cual es el contenido a dotar al denominado principio acusatorio” ya que, “sólo desde este análisis previo será posible rastrear en el fundamento de la norma de correlación entre acusación y sentencia y, exclusivamente, desde ese fenómeno, aparecerá viable una respuesta acerca del ámbito específico en que ha de operar dicha correlación, los poderes y facultades del órgano jurisdiccional en el marco de la acusación, la necesaria preservación en esta actividad de la imparcialidad consustancial al propio concepto de jurisdicción”⁵⁸⁹. En ocasiones, se identifica principio con proceso acusatorio, haciéndose referencia con ello a un mínimo de caracteres que, para el pensamiento continental dominante actual, es necesario que concurran para la existencia de un proceso con mínimas garantías. Este es el sentido en el que han de entenderse las expresivas palabras de GÓMEZ COLOMER cuando afirma que “despreciaré a los

⁵⁸⁷ Primera Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1883, pág. 22.

⁵⁸⁸ Sobre el concepto procesal denominado principio acusatorio, Vide ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 9 y ss. También, GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...” op. cit., § 32. GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal...* op. cit., 2004, págs. 78–96. GIMENO SENDRA V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional...”, op. cit., págs. 267–284. GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 122–125. GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 219 y ss.

⁵⁸⁹ ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 9, 11 y 12.

países que todavía tienen un proceso penal inquisitivo”. El autor señala, que “un observador atento de la realidad jurídico–procesal penal internacional, llegaría rápidamente a la conclusión de que las dos grandes características esenciales de los procesos penales propios de los países democráticos son, con todos los matices que se quiera añadir: el sometimiento del sistema de enjuiciamiento criminal al principio acusatorio y la incardinación en ese sistema de un juicio oral y público”⁵⁹⁰.

Sincréticamente, ARMENTA DEU extracta el principio acusatorio en la exigencia de “una configuración tripartita del proceso, con un acusador, un acusado y un tribunal imparcial que juzga”⁵⁹¹, que terminan por conformar el proceso triangular: decisor–acusador–defensor, configurando al primero *supra partes* y a los otros dos, iguales y opuestos.

En atención al carácter expansivo del concepto de proceso o principio acusatorio, la autora distingue entre dos concepciones —estricta o expandida—. La primera “ciñe su contenido a la necesidad de existencia y conocimiento de la acusación formulada, que el pronunciamiento judicial sea congruente con la misma y, que caso de existir recurso, vuelva a formularse una acusación ante el órgano *ad quem*”. La segunda, integra en el concepto acusatorio: “la plena vigencia de los principios de igualdad y de contradicción y del derecho de defensa”⁵⁹².

Estrictamente, el proceso acusatorio formal es un proceso de mínimos, es aquél que garantiza una serie de características esenciales que logran separar lo acusatorio de lo inquisitorial y que, por tanto, permiten denominarlo, al menos en teoría, un proceso de naturaleza garantista como contrario al proceso de naturaleza inquisitorial. El proceso acusatorio pretende incrementar el grado de imparcialidad del órgano juzgador separando las funciones de acusador y de decisor, lo que implica la vinculación —o, al menos la congruencia— del juez o jurado a la existencia y al contenido de la acusación

⁵⁹⁰ GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación...”, op. cit., pág. 208.

⁵⁹¹ ARMENTA DEU T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal...* op. cit., pág. 21.

⁵⁹² ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., pág. 264.

y exige, la prohibición de concurrencia de intervenciones del mismo órgano decisor en fases diferentes del proceso.

En definitiva, ha de afirmarse, que un proceso penal respeta el principio acusatorio cuando las fases de instrucción y de juicio oral son encomendadas a dos distintos órganos judiciales y cuando la acusación ha de ser formulada por un sujeto distinto al órgano jurisdiccional, que ha de dictar las sentencias con absoluto respeto al principio de congruencia con la pretensión penal⁵⁹³.

A partir de ese concepto básico de proceso acusatorio, se han ido sumando otros conceptos accesorios que —de *facto*— ya se hallan incluidos en otros principios o derechos, en general, constitucionalmente amparados, bien de forma individual o bien, dentro del haz de derechos contenidos en el concepto abstracto de un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la CE o en el principio de imparcialidad recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en relación con el art. 10.2 de la Carta Magna que regula su aplicabilidad constitucional⁵⁹⁴.

El sistema acusatorio mixto o formal presenta unos caracteres comunes que, siguiendo la meritada clasificación de ASECIO, pueden ser organizados en tres fundamentales: el ejercicio y mantenimiento de la acusación por un órgano distinto al juez, la división del proceso en dos fases con separación de funciones entre investigación y juicio, y la relativa vinculación del tribunal a la pretensión de la acusación⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Cfr. GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 219.

⁵⁹⁴ Vide ORTELLS RAMOS M., “Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal” *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 1993, págs. 181–186.

⁵⁹⁵ Cfr. ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., pág. 14 y ss. En idéntico sentido, GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación...”, op. cit., pág. 211. El autor señala las siguientes características del sistema acusatorio formal: 1. “no puede existir proceso sin acusación formulada por persona distinta a quien juzga: La acusación es condición y presupuesto del proceso y para garantizar la imparcialidad será formulada por persona distinta y ajena al tribunal sentenciador”, 2. “no cabe condena por hechos distintos ni persona distinta a los señalados en la acusación: La determinación del contenido de la acusación no puede quedar en manos del juzgador, pues se

3.2.1. EJERCICIO Y MANTENIMIENTO DE LA ACUSACIÓN POR UN ÓRGANO DISTINTO AL JUEZ

El sistema acusatorio formal exige, por tanto, que la acusación se lleve a efecto por órgano distinto al que juzga, en cumplimiento del aforismo romano: *nemo iudex sine actore*. El ejercicio de la acusación podrá ser concedido al fiscal en monopolio o, ser ampliado a las acusaciones particulares y populares, sin que por ello resulte, en absoluto, afectada ni alterada la esencia del sistema acusatorio formal⁵⁹⁶.

Tal y como se sostenía por GOLDSCHMIDT, el motivo que fundamenta la separación de acusación y decisión, es el de garantizar la imparcialidad judicial. Afirma el autor que, si bien el proceso acusatorio “ha configurado el proceso penal según el modelo de proceso civil como un *actus trium personarum*”, la competencia judicial para penar no se ha alterado por la irrupción de tal principio que es en realidad una institución técnico-artificial creación del Estado de Derecho ya que, en realidad, “el

pondría en peligro su imparcialidad ante los hechos y sujetos que debe juzgar”, 3. “la distinción entre las funciones de instrucción o investigación y de enjuiciamiento, que necesariamente han de recaer en órganos distintos, pues el órgano decisor perdería su imparcialidad si entrara en contacto con las fuentes de los materiales del juicio”. También, Vide ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., págs. 273–274.

⁵⁹⁶Cfr. FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 34. La autora afirma que la acción penal en el ordenamiento jurídico español puede ser ejercitada por el Ministerio Fiscal, pero también por el ofendido por el delito (acusador particular o privado para los supuestos, en este último caso, de delitos privados) o por cualquier ciudadano, no ofendido por el delito que ejercite la llamada acción popular —propia de nuestro ordenamiento jurídico— ex art. 125 CE (acusador popular). Todas estas distintas formas de ejercicio y mantenimiento de la acción penal no sólo deben mantenerse sino que son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho procesal penal moderno”. ASENCIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., págs. 17–18. En cuanto a la tesis del art. 733 LECrim, Id., págs. 127 y ss. También MONTERO AROCA J., “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal...”, op. cit., pág. 382. El autor señala, que la circunstancia de “que, después [de satisfecha la separación acusador / juez] el Ministerio Público asuma o no en exclusiva el ejercicio de la acción penal, esto, es, que además de a la parte pública se reconozca legitimación a los ciudadanos particulares para el ejercicio de la acción penal, es algo que no afecta al esquema esencial del proceso penal”. ARMENTA DEU T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?*, Madrid, 2012, pág. 22. La autora, afirma que la incorporación del fiscal al proceso se justifica “de manera plena en atención a asegurar la persecución penal y con ello la realización del Derecho penal, por una parte, y por otra, a garantizar la separación de las funciones acusadora y juzgadora. En tal dirección el sistema de monopolio permite un mayor control del ejercicio de la acusación, es cierto, pero abre serias dudas sobre la imparcialidad en el ejercicio de la acusación”.

sentido y el fin de esa medida de política procesal es dispensar al juez de la iniciativa de la persecución criminal para garantizar la imparcialidad de su actuación, es decir, hacer depender la realización de la Justicia punitiva del ejercicio de un derecho de acusación que se dirige a la acción del poder punitivo del juez⁵⁹⁷.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ha declarado la necesidad de separar las funciones acusatorias y decisorias como medio de garantizar la imparcialidad objetiva del órgano judicial: “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”⁵⁹⁸.

La obligada diferenciación entre el órgano de acusación y el de decisión, requiere que una parte, diferenciada del juez, interese la adopción de determinadas medidas cautelares y, obviamente, que una parte procesal formule el escrito de acusación. La fase de juicio oral exige —para la mera existencia del proceso— el sostenimiento por la parte acusadora de la acusación formulada. En la segunda instancia y en casación, la resolución de los recursos —en materia criminal— se halla sometida al principio de proscripción de la *reformatio in peius*. El Tribunal Constitucional, ha declarado que la figura llamada de la reforma peyorativa o *reformatio in peius* consiste, como es bien sabido, en “la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso. Por regla general, los ordenamientos jurídicos vedan tal situación. En el Derecho positivo español la interdicción de la reforma peyorativa encuentra un reflejo en la disposición contenida en el art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, al referirse al recurso de casación en el orden penal, preceptúa que si la Sala casa la resolución objeto del recurso en virtud de algún motivo fundado en la infracción de Ley, dictará a continuación, pero separadamente, la sentencia que proceda conforme a Derecho, sin más limitación —añade— que la de no imponer pena superior a la señalada en la sentencia casada o a

⁵⁹⁷ GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...” op. cit., § 13.

⁵⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 162/1999, de 27 de septiembre de 1999, FD 5º. Ponente: VIVES ANTÓN, T.

la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente, en el caso de que se solicitase pena mayor”⁵⁹⁹.

La razón de ser de la interdicción de la *reformatio in peius* encuentra su fundamento, por un lado, en la proscripción de la violación del principio acusatorio ya que, por medio de la reforma, —en definitiva— el magistrado decisor se arroga para sí las funciones acusatorias quebrando el principio acusatorio y la propia naturaleza del sistema acusatorio formal. En segundo término, la prohibición de la *reformatio in peius* se constituye en una exigencia impuesta por la necesidad de respetar el derecho a un proceso con todas las garantías. En este sentido, concluye la Sentencia del Tribunal Constitucional que “es opinión comúnmente admitida entender que la interdicción de la reforma peyorativa constituye un principio general del Derecho procesal. Lo es, en primer lugar, como consecuencia de la regla expresada en el brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*, cuya vigencia en nuestro Derecho no puede discutirse. Se entiende así que es la impugnación de una sentencia lo que opera la investidura del Juez superior, que determina la posibilidad de que éste desarrolle los poderes que tiene atribuidos, con la limitación determinada por la pretensión de las partes. De esta suerte, salvo las expresas excepciones previstas por la ley, el efecto devolutivo de la apelación se limita a los puntos de la decisión recurrida a los que el recurso se refiere. Por último, es igualmente claro que en un sistema acusatorio deben entenderse igualmente excepcionales los poderes de actuación *ex officio* del Juez lo mismo en la 1ª que en la 2ª instancia”⁶⁰⁰.

La primera característica esencial del sistema acusatorio formal se limita a exigir la separación de acusador y juzgador sin importarle la clase de jurado o juez en quien vaya a descansar la obligación de juzgar consiguiendo que, desde el inicio, resulte apreciable de forma diáfana, la radical diferencia que lo separa del sistema adversarial. El derecho a ser juzgado por un jurado de iguales no constituye en el sistema formal acusatorio una característica necesaria, sino meramente potestativa de la legislación procesal nacional. Un sistema podrá seguir siendo denominado acusatorio formal aún cuando la institución del jurado no se regule como proceso. Por el contrario, en el

⁵⁹⁹ Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala II, núm. 84/1985 de 8 de julio, FD 1º. Ponente: DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

⁶⁰⁰ *Ibidem*.

sistema adversarial puro, el derecho de todo ciudadano a ser juzgado por iguales forma parte de la propia esencia del sistema anglo americano⁶⁰¹, hasta el punto de hallarse reconocido en la V y VI Enmiendas a la Constitución norteamericana⁶⁰². La institución del jurado se complementa en el sistema adversarial con el derecho del inculpado a no sufrir doble juicio por los mismos hechos, que se manifiesta en la garantía de la interdicción de los recursos frente a los veredictos inculpatorios. Por el contrario, no concurre como característica necesaria en el sistema mixto o acusatorio formal la aplicación de la garantía prohibición de los recursos contra las sentencias exculporias⁶⁰³.

3.2.2. DIVISIÓN DEL PROCESO EN DOS FASES CON SEPARACIÓN DE FUNCIONES ENTRE INVESTIGACIÓN Y JUICIO

Resulta apreciable la diferencia entre el sistema acusatorio formal y el adversarial. En el primero, el proceso se inicia desde el primer acto de imputación⁶⁰⁴, y comprende —en adición a la fase de recursos y ejecutoria— dos fases principales, a saber, investigación y juicio⁶⁰⁵. Por el contrario, el sistema adversarial no comienza sino hasta que se formulan cargos contra el acusado por lo que, la parte de la fase instructora previa a la efectiva formulación de cargos, carece del carácter de proceso. El sistema adversarial no concibe que la investigación de la infracción penal pueda constituir —en su integridad— parte de un proceso judicial, como puede ocurrir en el sistema acusatorio formal cuando la denuncia es presentada ante el órgano judicial⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ AMBOS K., “¿Es el procedimiento penal internacional adversarial, inquisitivo o mixto?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, febrero 2004, doc. electro., pág. 5. Afirma que el término *sistema anglo americano* es engañoso: “parece implicar que existe un procedimiento penal común para Gran Bretaña y Estados Unidos, cuando de hecho los procedimientos británicos (ingleses, escoceses e irlandeses) difieren entre sí, así como en relación con los estadounidenses, que a su vez son distintos en los diversos estados de la Unión”. En el presente trabajo, se emplea el término para hacer referencia a las características comunes esenciales del sistema adversarial.

⁶⁰² Cfr. GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos...”, op. cit., pág 54.

⁶⁰³ Vide MORENO CATENA V., “Algunas notas sobre la instrucción...”, op. cit., pág. 28

⁶⁰⁴ En el sistema criminal mixto, el proceso comienza cuando el juzgado tiene conocimiento de la *notitia criminis* y, pervive, hasta que haya sido dictada una sentencia firme.

⁶⁰⁵ Sin perjuicio de la separación conceptual de la fase procesal intermedia.

⁶⁰⁶ Cfr. FRANKEL M., *Partisan justice*...op. cit, págs. 1042–1043.

Igualmente, resulta apreciable la diferencia entre el sistema acusatorio formal y el inquisitorial. En el primero, el proceso se divide radicalmente en fases de sumario y plenario, mientras que en el sistema inquisitorial, reina la confusión entre investigación y juicio.

Doctrinalmente, dentro del sistema acusatorio formal, caben tres concepciones respecto de la pertenencia de la fase de instrucción al proceso. La primera —ecléctica— sostiene que la instrucción constituye una parte del proceso pero diferenciada del mismo. En este sentido, BACIGALUPO afirma que ha sido superada “la antigua concepción que reducía el proceso penal al juicio oral” y añade, que, “la doctrina moderna, entiende que la instrucción también es parte del proceso”, por lo que afirma que “aunque la instrucción sea una parte diferenciada del proceso, forma parte del mismo”.

Una segunda corriente doctrinal, aboga por el mantenimiento del juez instructor, y afirma que la instrucción constituye una parte judicializada e integrada completamente en el proceso. En tal sentido, DE LA OLIVA SANTOS sostiene que “la instrucción o sumario es una fase del proceso propiamente dicho, de naturaleza intrínsecamente jurisdiccional”⁶⁰⁷.

En el extremo opuesto, una tercera corriente doctrinal, de carácter más adversalista, sin desconocer el nexo de unión de la instrucción con el proceso, estima que la fase instructoria no es propiamente parte integrante del proceso. En ese sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, sostiene que “la instrucción en sí no constituye un proceso, ni tan siquiera una de las fases integrantes del proceso penal, pero es indudable su neto carácter procesal en cuanto sirve precisamente para preparar el proceso, que no puede llegar a nacer sin estar precedido de la instrucción”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 66. También, DE URBANO CASTRILLO E., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo...”, op. cit., págs. 26–27. El autor se refiere a la instrucción como “la primera fase del proceso penal” y como “actividad inicial del proceso”, que “se opone a las otras fases del proceso”.

⁶⁰⁸ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La instrucción de los procesos penal y civil: el sumario”, *Estudios de Derecho Procesal*, Navarra, 1974, pág. 721.

En puridad, sin perjuicio de la conceptualización de la instrucción como fase previa o como fase integrante del proceso, para que el sistema español criminal pueda ser denominado sistema acusatorio formal, ha de exigirse que —en todos sus procesos criminales— el órgano que ha de juzgar no participe en misiones instructoras. Esta necesidad de separación fue declarada por el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS en su Sentencia sobre el caso *De Cubber*, de 14 de septiembre de 1987, al considerar que fue violado el derecho del recurrente a un juez imparcial (art. 6.1 CEDH) como consecuencia de la presencia en el tribunal juzgador de la persona que previamente había actuado como fiscal con funciones instructoras⁶⁰⁹.

En el mismo sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en su Sentencia 145/1988, declaró que es, precisamente, “el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”. Esta Sentencia —histórica— dispuso, también, que “la imparcialidad exigible al órgano judicial tiene una doble perspectiva subjetiva y objetiva, referida ésta a consideraciones de carácter funcional y orgánico, que impiden que un mismo magistrado tenga sucesivamente funciones de instructor y de miembro del tribunal”. Su

⁶⁰⁹ Sentencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *De Cubber*, de 14 de septiembre de 1987, recurso: núm. 9186/1980, Fundamento 24. Texto original: “the presence on the trial-court bench of the person who had previously acted as investigating judge provided grounds for some legitimate misgivings on Mr. De Cubber's part”. Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 60/1995, de 17 de marzo, FD 5°. Ponente: GIMENO SENDRA, V. La Sentencia define con exactitud la diferencia entre imparcialidad objetiva y subjetiva: “se distinguen dos clases de imparcialidad: la subjetiva (ausencia de prejuicios o parcialidades de un juez concreto con un caso concreto) (casos *De Cubber* y *Piersack*), la cual se presume siempre salvo prueba en contrario (informe de la CEDH, caso *Hauschildt*), y la objetiva o funcional, que hace relación a las garantías que el órgano judicial ofrece para excluir cualquier duda razonable sobre su imparcialidad por consideraciones de carácter funcional u orgánico. Esta última se puede considerar comprometida: cuando el juez encargado de la decisión realiza o ha realizado una investigación directa de los hechos y ha intervenido directamente en la instrucción, esto es, cuando se confunden en una misma personas las funciones de instructor y juzgador, ó cuando el juez que ha de decidir ha tenido una intervención indirecta en la instrucción, la ha supervisado o intervenido como Fiscal en ella (caso *Piersack*)”.

fallo, declaró la inconstitucionalidad y, por tanto, la nulidad del párrafo 2º, del art. 2 de la LO 10/1980 de 11 noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, lo que supuso la consagración definitiva en España de la proscripción de concurrencia de funciones investigadoras y decisoras⁶¹⁰.

La FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO ha destacado las consecuencias de la anterior Sentencia, ya que ésta obligó a modificar, con carácter de urgencia, los procesos penales por delitos cuyo enjuiciamiento correspondía a los jueces de instrucción con anterioridad a que “se profundizara en el debate sobre cuál es el modelo de proceso penal que mejor se acomoda a nuestra Constitución y a los Convenios internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos por España, así como la conveniencia de seguir las corrientes reformadoras de nuestro entorno europeo (fundamentalmente la Gran Reforma alemana de 1974, el nuevo Código de proceso penal portugués de 1988 y el recientísimo *Codice de procedura penale* italiano de 1989, todavía en *vacatio legis*) que se caracterizan por tomar como modelo el sistema acusatorio, rompiendo con la tradición continental del sistema mixto”⁶¹¹.

Es cierto que, desde que la concurrencia de investigación y decisión en un mismo órgano, fuera formalmente proscrita por la estudiada Sentencia de 12 de julio de 1988 del Tribunal Constitucional, la exigencia expresada en el aforismo “quien instruye, no puede juzgar” ha sido respetada, en términos generales, por la legislación positiva española. No obstante, el criticable diseño del procedimiento de juicio de faltas, *de facto*, sigue produciendo la confusión entre investigación y decisión⁶¹². El Tribunal Constitucional, ha puesto de manifiesto que la regulación del proceso de faltas, “en la primera y segunda instancia, es sumamente defectuosa desde muchos puntos de vista y

⁶¹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 145/1988, de 12 de julio, FD 7º. Ponente: LATORRE SEGURA, A. Vide, también, TC Sentencia núm. 44/1985, de 22 de marzo. Ponente: DÍEZ DE VELASCO VALLEJO M.

⁶¹¹ Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, núm. 1/1989, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, págs. 395–396.

⁶¹² La repetida Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 145/88, de 12 de julio, en su FD 7º, declara que: “es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal Sentenciador tome las decisiones que corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer el ánimo del instructor prevenciones y perjuicios respecto a la culpabilidad del acusado quebrantándose la imparcialidad subjetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.

está indudablemente necesitada de una seria reforma”⁶¹³. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha querido relajar la exigencia de aplicación del principio acusatorio al juicio de faltas, declarando que “es preciso distinguir entre los procesos por delito y los procesos por falta, puesto que estos últimos tienen un carácter menos formalista que dificulta su sometimiento a formas concretas de acusación, amén de versar en ocasiones sobre hechos que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos. Y, por último, que la concreción del principio acusatorio en el juicio de faltas debe matizarse en razón de las características peculiares del mismo, debiendo compatibilizarse con los principios de oralidad, concentración y rapidez; se trata de procesos en los que se pasa directamente de la iniciación al juicio oral, y en él se formulan las pretensiones y se practican las pruebas de manera mínimamente formalizada”⁶¹⁴. En definitiva, el Tribunal relativiza en el proceso de faltas las exigencias formales del principio acusatorio, en una concepción de las reglas y principios del proceso más material que formal, propia de la articulación del *self restraint* o auto contención de su potestad derogatoria⁶¹⁵.

3.2.3. RELATIVA VINCULACIÓN DEL TRIBUNAL A LA PRETENSIÓN DE LA ACUSACIÓN

Hoy en día puede afirmarse que, en el sistema acusatorio formal español, la exigencia de vinculación de la sentencia al relato de los hechos, a la calificación del delito, y a la proposición de pena formulada por la acusación, ha llegado a aproximarse, en un elevado grado, a la exigencia del proceso civil de congruencia entre el *petitum* y el fallo⁶¹⁶. Puede entenderse, que la necesidad de correlación entre sentencia penal y acusación constituye un signo de una nueva fase en la natural aproximación entre el

⁶¹³ Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sala II, núm. 84/1985, de 8 de julio. Ponente: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.

⁶¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, núm. 56/1994, 24 de febrero de 1994, FD 9º. Ponente: GABALDÓN LÓPEZ, J.

⁶¹⁵ Vide el epígrafe núm. 2.3.3 del presente Capítulo.

⁶¹⁶ Cfr. ASECIO MELLADO, J.M., *Principio acusatorio...* op. cit., particularmente, págs. 122–125. El autor afirma que la sujeción del tribunal a la pena propuesta por la acusación no deriva de una exigencia del principio acusatorio sino de una traslación al proceso de una figura dispositiva. También, GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal...* op. cit., 2004, págs. 87–89.

proceso civil y el proceso penal dentro de su relación —siempre tortuosa— de contracción y expansión de sus lazos de homogeneidad. Baste recordar en este sentido a GOLDSCHMIDT, cuando afirma que “el proceso penal y civil formaban en el principio hasta una unidad y, después que se han diferenciado, siempre se encuentran *mutatis mutandis, juntos*, como juez y pena, y se oponen mutuamente como las dos únicas especies de un mismo género, como las partes integrantes de una totalidad”⁶¹⁷.

No obstante, lo cierto es que la necesidad de congruencia penal no guarda relación con la institución de la congruencia civil sino que —en puridad— la necesidad de correlación entre sentencia penal y acusación encuentra su fundamento en la protección de los derechos fundamentales del reo, en el ejercicio del derecho de defensa y en el derecho del acusado a conocer la acusación que contra él se formula. GIMENO SENDRA, MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ explican que la correlación entre la pretensión penal y el fallo se refiere, en esencia, al hecho punible en relación con la fundamentación que justifica la condena. La razón de la vinculación descansa en el respeto al derecho de defensa y al derecho al conocimiento previo de la acusación si el tribunal pudiera extender su actividad cognoscitiva y decisoria a hechos distintos a los contenidos en el escrito de acusación⁶¹⁸.

En el sistema criminal español, por tanto, existe vulneración del art. 24.2 de la CE cuando una sentencia condena por la comisión u omisión de hechos que no han sido objeto de acusación ya que ello impide al acusado la posibilidad de articular prueba de descargo adecuada y, en general, produce la violación del derecho a conocer la acusación que pende contra él y la del ejercicio del derecho de defensa⁶¹⁹. En segundo

⁶¹⁷ GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...” op. cit., § 2.

⁶¹⁸ Cfr. GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho procesal...* op. cit., pág. 221.

⁶¹⁹ Vide la Sentencia del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 141/1986, de 12 de noviembre. Ponente: DÍEZ–PICAZO Y PONCE DE LEÓN L. El Fundamento de Derecho 1º, declara que: “el derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia. Su función esencial radica en impedir un proceso penal inquisitivo, que si bien pudo existir en otras fases de la historia, se compadece muy mal con la dignidad del hombre y por ello con un sistema de derechos fundamentales y de libertades públicas. En su forma más aguda y radical, trata de impedir la situación del hombre que se sabe sometido a un proceso pero ignora de que se le acusa. Es también un derecho de carácter instrumental respecto

lugar, la congruencia o correlación de la sentencia con la acusación, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la heterogeneidad del bien jurídico, impide condenar por un delito distinto al calificado por la acusación, cuando ello conlleve una diversidad del bien jurídico protegido⁶²⁰. En tercer término, el órgano juzgador no podrá imponer una pena de duración o gravamen superior al interesado por la acusación. La congruencia penal, también opera en la segunda instancia a través de la interdicción de la *reformatio in peius* que, de conformidad con la doctrina constitucional⁶²¹, impide que se pueda gravar más a un apelante de lo que ya lo estaba por la sentencia recurrida⁶²².

Debe tenerse en consideración, como afirma MARTÍNEZ ARRIETA, que no es pacífica, en este particular, la coexistencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la vinculación que debe mediar entre acusación y defensa ya que, “para el T.C. esta vinculación será relativa y, para el Tribunal Supremo, es estricta”⁶²³.

del fundamental derecho a la defensa y a la asistencia de Letrado, que en el propio art. 24 se reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercer el derecho de defensa”.

⁶²⁰ Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 19/1992, de 14 de febrero. Ponente: GIMENO SENDRA V.

⁶²¹ Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 3/1996, de 15 de enero. Ponente: VIVER PI-SUNYER C. También, TC Sentencia núm. 220/1997, de 4 de diciembre. Ponente: GIMENO SENDRA. Vide, TC Sentencia núm. 202/1988, de 31 de octubre. Ponente: DÍAZ EIMIL E.

⁶²² GIMENO SENDRA V., MORENO CATENA V, CORTÉS DOMÍNGUEZ V., *Introducción al derecho...* op. cit., pág. 221.

⁶²³ Cfr. MARTÍNEZ ARRIETA A., “Principio acusatorio: teoría general y aplicación práctica”, *Justicia, revista de derecho procesal*, Vol. 4, 1992, págs. 873–879. El propio autor, como Ponente de la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO Sala II, núm. 34/2011, ha tenido la oportunidad de exponer su posición al respecto: “esta doctrina sobre el deber de correlación se relaciona con la función que corresponde a los órganos que intervienen en el enjuiciamiento penal, el fiscal, que articula el interés social y la defensa que defiende al imputado frente a la pretensión punitiva de la acusación. El tribunal, que no defiende ningún interés parcial, sino que está llamado a resolver el conflicto que le es planteado, no puede asumir una posición son una expresión, por quien corresponda, de la penalidad que se le insta, pues esa función de dirimir un conflicto presentado no le permite asumir una función acusadora que, en todo caso, causaría indefensión al imputado que no puede prever el ejercicio de la concreta función jurisdiccional imponiendo una pena no solicitada desde la acusación”.

En concreto, el Tribunal Constitucional, hasta el año 2009, ha venido sosteniendo un concepto no estricto de las consecuencias de la exigencia de separación entre acusación y decisión. En este sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL por voz de su Pleno, declaraba en 1990 que “en el proceso penal, además, la necesidad de la contradicción y equilibrio entre las partes está reforzada por la vigencia del principio acusatorio —que también forma parte de las garantías sustanciales del proceso— que, entre otras exigencias, impone la necesidad de que la función de la acusación sea acometida por un sujeto distinto al órgano decisor (*nemo iudex sine accusatore*) y de que el objeto procesal sea resuelto por un órgano judicial independiente e imparcial, para lo cual es imprescindible disponer de la posibilidad de conocer los argumentos de la otra parte y manifestar ante el juez los propios, así como poder acreditar los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan las respectivas pretensiones”⁶²⁴.

Este concepto laxo de las consecuencias del principio acusatorio, se caracteriza por compatibilizar la exigencia de separación de acusación y decisión con la permisividad en el cumplimiento del requisito de congruencia entre acusación y decisión por el juzgador. En este sentido, el Tribunal Constitucional declaraba, en el año 2005, que “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse en forma contradictoria, estando, por ello, obligado el juez o tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa que en última instancia ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la sentencia (...) ello no obstante, hemos afirmado también que la sujeción de la condena finalmente impuesta a la acusación formulada no es tan estricta como para impedir al órgano judicial modificar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, de manera que no se produce infracción constitucional alguna cuando el juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo, siempre y cuando ello no suponga la

⁶²⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 186/1990, de 15 de noviembre, FD 4º C. Ponente: GIMENO SENDRA, V.

introducción de un elemento o dato nuevo al que, dado su lógico desconocimiento, no hubiera podido referirse la parte para contradecirlo en su caso”⁶²⁵.

Se repite —en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional— que la vinculación del órgano judicial al principio acusatorio, no impide que el juzgador imponga una pena superior a la solicitada por las acusaciones, cuando no se alteren los hechos aducidos en el proceso, y se lleve a cabo dentro de los márgenes de la pena correspondiente al tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso, pues el juez se halla sometido a la ley y debe, por tanto, aplicar las penas que, a su juicio, procedan legalmente en relación con un determinado delito⁶²⁶.

Por el contrario, la doctrina de la Sala II del TS, a partir de 1989, se va mostrando cada día más proclive a la estricta separación de funciones acusadoras y decisorias. La imparcialidad judicial se constituye en fundamento de la necesidad de esta separación⁶²⁷. El cambio en nuestra jurisprudencia no es, por tanto, operado por el Tribunal Constitucional sino por el Tribunal Supremo. El Pleno de la Sala II del

⁶²⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 71/2005, de 4 de abril, FD 3°. Ponente: GAY MONTALVO, E.

⁶²⁶ Vide, por todas, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 347/2006, de 11 de diciembre. Ponente: GARCÍA-CALVO Y MONTIEL R.

⁶²⁷ Vide la Sentencias del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 28 de septiembre, de 13 de octubre y de 14 de diciembre 1989. En ellas, por primera vez, se declara que, incluso en el caso de que los tribunales hagan uso de la facultad concedida en el artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es indispensable, para que pueda prosperar la tesis que, cualquiera de las acusaciones asuma el contenido de la misma, la haga suya y propugne su estimación en la correspondiente sentencia. La Sentencia de 13 de octubre de 1989, FD 1°, ponente VIVAS MARZAL, afirma: “consecuencia obligada del principio acusatorio que preside la fase plenaria del proceso penal español, ha ido ensanchando su ámbito de aplicación, como consecuencia de la entrada en vigor de la Constitución, de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y de las proferidas por esta misma Sala”. En el mismo sentido, la Sentencia de 14 de diciembre de 1989, FD 4°, ponente DELGADO GARCÍA J., declara: “la clase de delito, si éste fue o no consumado, el grado de participación del acusado y las circunstancias agravantes han de estar recogidas en el acusación, de modo que en la sentencia no puede condenarse más gravemente que lo legalmente corresponda conforme a todos esos elementos concretados por los acusadores. No se puede condenar por un delito distinto, ni se puede apreciar en la sentencia un grado de perfección o de participación más grave, ni apreciar una circunstancia de agravación no pedida, salvo supuestos de homogeneidad entre lo solicitado por las acusaciones y lo recogido por el Tribunal, que supongan tal semejanza que impida la posibilidad de indefensión, porque todos los puntos de la sentencia pudieron ser debatidos al haber sido contenidos en la acusación”.

TRIBUNAL SUPREMO, por Acuerdo no jurisdiccional de 20 diciembre 2006, declara que “el tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa” y, a mayor abundamiento, en el aclaratorio Acuerdo no jurisdiccional de 27 noviembre 2007, declaraba que el anterior Acuerdo “debe ser entendido en el sentido de que el tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena”.

De la doctrina jurisprudencial estudiada se desprende que, tradicionalmente, por el Tribunal Constitucional se había venido sosteniendo una concepción menos rigurosa en la exigencia de congruencia entre pena interesada y declarada, que la requerida por el Tribunal Supremo. No obstante, ha de afirmarse que el Tribunal Constitucional, a partir del año 2009, modificó el rumbo de su doctrina más permisiva para aproximarse a la concepción estricta del Alto Tribunal por lo que puede sostenerse que, actualmente, ambos tribunales impiden, en todo caso, que el juez imponga una pena en mayor duración o cuantía a la interesada por la acusación ni tampoco, una más gravosa, si varias fueran las alternativas penológicas del tipo penal por el que se haya formulado acusación, o mayor a la duración mínima, en el supuesto de que la acusación no hubiese concretado la pena.

El cambio doctrinal del Tribunal se produce por la Sentencia de 25 de junio de 2009 del Pleno del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, en la que declara que es conveniente aclarar y perfilar la doctrina constitucional referida al alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta a la posible pena a imponer y que, en consecuencia, resulta “preciso replantear la cuestión y avanzar un paso más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como

manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso⁶²⁸.

Desde luego, ha de calificarse de acertado el cambio doctrinal del Tribunal Constitucional en cuanto que, con anterioridad al año 2009, sobre la base de una comprensión limitada del principio acusatorio como mero elemento sin autonomía individual integrado en el derecho de defensa y en el derecho del acusado a conocer la acusación que pende contra él, había considerado constitucional la fagocitación judicial de las funciones acusadoras que olvidaba la necesidad de separar estrictamente acusación y decisión. Toda permisividad ante la contaminación de funciones judiciales ha de ser rechazada. La justificación de la necesidad de estricta separación de funciones acusadoras y juzgadoras ha de encontrarse en la necesidad de garantizar la imparcialidad judicial como elemento constitutivo e integrado en derecho al proceso con las debidas garantías.

⁶²⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 155/2009, de 25 de junio. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.

4. EL FISCAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO FORMAL AVANZADO

Los sistemas criminales europeos y americanos han iniciado un progresivo rechazo y abandono de la figura judicial en la investigación criminal. El juez de instrucción puede ser una institución próxima a la extinción si se despierta en la doctrina el deseo de esterilizar la decisión sobre la adopción o revocación de las medidas cautelares que exijan limitación de derechos cuya restricción se halle sometida a reserva judicial constitucional, del riesgo de contaminación en la imparcialidad objetiva del juzgador–investigador⁶²⁹.

A mayor abundamiento, es posible, que la figura del juez instructor sea progresivamente rechazada en el sistema español por mero mimetismo con los sistemas investigadores de otras naciones occidentales que carecen de instrucción judicial, como EE.UU., Canadá, Inglaterra, Gales, Australia, Nueva Zelanda, Japón, Alemania, Austria, Italia, Holanda, Finlandia o Noruega, entre otros muchos.

Se postula, también, como causa de su futura desaparición, la ineficacia técnica y económica innata al funcionamiento en estructura de celdillas autónomas característica de los juzgados. En este sentido, FUENTES afirma que “cabe la posibilidad, de propugnar un incremento de las facultades investigadoras del Ministerio Fiscal fundamentado tanto en la necesidad de agilidad, eficacia y coherencia interna del proceso cuanto en la conveniencia de despojar al juez de determinadas facultades

⁶²⁹ Cfr. MORENO CATENA V., “Algunas notas sobre la instrucción...”op. cit., pág. 48–49. El autor afirma que “resulta de todo punto preferible un cambio en el papel que el juez debe desempeñar en esta fase del proceso, por cuanto las implicaciones inquisitivas del instructor pueden poner en un riesgo cierto las decisiones jurisdiccionales que se le encomienden”.

investigadoras que lo aproximan más, sin duda, a los jueces propios de sistemas inquisitivos”⁶³⁰.

En adición a los anteriores motivos, ASECIO destaca que la figura del juez instructor, en lo que hace a su función investigadora, “constituye un obstáculo para la diferenciación nítida entre actos de investigación y de prueba” e “impide una clara distinción entre la fase de instrucción y de juicio oral”⁶³¹.

En el mismo sentido, GOLDSCHMIDT sostiene, con firmeza, la necesidad de aplicar un criterio restrictivo a esta facultad inquisitiva argumentando que “con respecto a la prueba, el juez no tiene otra función que la de recibir la prueba, es decir, con todo rigor, una función receptiva”⁶³².

También, ha sido afirmado que la consolidación del principio acusatorio exige que la instrucción sea llevada a cabo por el Ministerio Fiscal. Exigencia —afirma GIMENO— que se fundamenta sobre la base de que “en nuestro actual sistema la defensa tiene en realidad que enfrentarse a dos acusadores, al MF y al juez de instrucción, cuya labor es esencialmente inquisitiva, al contrario de lo que acontece con los países” que han instaurado el modelo de fiscal investigador y juez de garantías y, en segundo término, con el objeto de acentuar “la distinción entre actos de investigación y de prueba con el objeto de erradicar la posibilidad de que la sentencia pueda fundamentarse en meras diligencias sumariales”⁶³³. En idéntico sentido, COLMENERO

⁶³⁰ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 225. En el mismo sentido, la autora sostiene que “para una mejor tramitación de los procedimientos penales y, con ello, para un mejor funcionamiento de la administración de justicia resulta conveniente otorgar al Ministerio Fiscal toda aquella labor de investigación fáctica que le permita formular la acusación así como toda aquella labor encaminada a solicitar que se adopten las medidas pertinentes para garantizar en su caso la efectividad del juicio”, Vide FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 36.

⁶³¹ ASECIO MELLADO J. M., *La posición del fiscal en la investigación...* op. cit., pág. 178. También, Vide ASECIO MELLADO J. M., “La prueba. Garantías constitucionales...” op. cit., págs. 33–38.

⁶³² GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal...” op. cit., § 29.

⁶³³ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...” op. cit., pág. 89–90. También, GIMENO SENDRA V., “Hacia un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008, pág. 59. En igual sentido, GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación...” op. cit., pág. 225. El autor afirma que “una

MENÉNDEZ DE LUARCA advierte que “es inevitable que el juez sienta la investigación–instrucción como propia” y que, por tanto, se involucre o bien, pueda llegar a involucrarse en la investigación, hasta tal extremo, que resulte ser el propio juez el más interesado en resultado de las diligencias. Destaca el autor, la triple función del instructor judicial: el juez investiga, el mismo juez aprecia la necesidad o conveniencia de una determinada medida y el mismo juez decide acerca de la validez de esa apreciación. En este esquema procesal “no hay un tercero imparcial que decida acerca de la proporcionalidad y necesidad de la restricción del derecho en función de los datos disponibles, pues quien decide ha dejado de ser tercero para ser alguien interesado directamente en la investigación, por más que la ley se lo imponga y por más que personalmente intente mantenerse en una posición intermedia”. Desde esta perspectiva, —sostiene el autor— “la protección de los derechos del investigado sufre una apreciable disminución de calidad”⁶³⁴.

Si bien, la doctrina jurisprudencial y científica actualmente —de forma mayoritaria— reconoce la legitimidad de la figura del fiscal investigador⁶³⁵, desde luego, no es pacífica la posición que sostiene la desaparición de las funciones investigadoras del juez instructor español y la adopción de aquéllas por el fiscal. Sobre este particular, MORENO CATENA recuerda que “cuando hubo de modificarse el proceso penal por la declaración de inconstitucionalidad de la STC 145/1988 de la asunción por el instructor de las funciones de investigación y decisión en los procesos por delitos menos graves, se articuló un nuevo rol para el Ministerio Fiscal. La solución normativa proyectada implicaba desapoderar a los jueces de instrucción de su papel hegemónico en la instrucción penal, donde hacían y deshacían de acuerdo sólo con su

unificación internacional en esta materia exigiría meritar que los actos de investigación no son prueba, pues prueba es el acto que se practica en la vista pública para convencer al Juez de una sentencia de culpabilidad o absolutoria”.

⁶³⁴ COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA M., “Investigación e instrucción en el proceso penal...”, op. cit., pág. 110.

⁶³⁵ Vide TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Schiesser contra el cantón de Zürich, Sentencia de 4 de diciembre de 1979, recurso: núm. 7710/1976. También, TEDH caso Hauschildt contra Dinamarca, Sentencia de 24 de mayo de 1989, recurso: núm. 10486/1983, TEDH caso Langborger contra Suecia, Sentencia de 22 de julio de 1989, recurso: núm. 11373/1985, TEDH caso Oberschlick contra Austria, Sentencia de 23 de mayo de 1991, recurso: núm. 11662/1985, TEDH caso Borgers contra Bélgica, Sentencia de 30 de octubre de 1991, recurso: núm. 12005/1986, y TEDH caso Pfeifer y Prank contra Austria, Sentencia de 25 de febrero de 1992, recurso: núm. 10802/1984.

criterio, y con una tímida y escasa intervención del Ministerio Fiscal para corregir alguna vez posibles excesos judiciales. Las reacciones contrarias a este cambio no se hicieron esperar y provinieron tanto de los jueces como de los fiscales y, a la postre, la idea primera perdió todo su vigor”⁶³⁶.

En este sentido, cabe destacar que las voces que reclaman avances en el sistema acusatorio formal en defensa de la instauración de un nuevo sistema criminal con un fiscal investigador y un juez de garantías —conforme al adoptado de forma dominante en los sistemas procesales europeos— comparten protagonismo con aquéllas que, todavía en la actualidad, postulan la defensa del sistema criminal acusatorio mixto o formal en el que el juez asume funciones investigadoras y, en consecuencia, defienden la pervivencia de la institución del juez instructor. En este sentido, parte de la doctrina sostiene que es conveniente mantener la actual fase de instrucción dirigida oficialmente a la búsqueda de la verdad, que se encarna en la figura del Estado tutelador, representado en el juez instructor, y sus clásicas prerrogativas investigadoras provenientes del Código Procesal Penal francés de 1808, que procuran facilitar el descubrimiento *ex officio* de la verdad material y, a la vez, asegurar *ex officio* o, a instancia de parte, de forma cautelar, la presencia de los imputados o procesados en el juicio y la seguridad de las víctimas⁶³⁷.

⁶³⁶ MORENO CATENA V., “Algunas notas sobre la instrucción...”op. cit., pág. 34.

⁶³⁷ Cfr. MONTERO AROCA J, *Derecho Jurisdiccional...*op. cit., Vol. III, págs. 32 y ss. y 132. También, Cfr. DE LA OLIVA SANTOS A., *Derecho procesal penal...*op. cit., págs. 66 y ss. En este sentido, DE LA OLIVA afirma que “si el Ministerio Fiscal fuera a dirigir al instrucción y continuase siendo parte acusadora, el Ministerio Fiscal sentiría inevitablemente una inclinación incriminatoria, de búsqueda de indicios y pruebas de cargo, solo contrarrestables, por quienes incriminados, dispongan de importantes recursos económicos”, Vide DE LA OLIVA SANTOS A, “El protagonismo directivo en la instrucción...” pág. 111. En idéntico sentido, MONTERO afirma que “la dirección en la realización de la actividad investigadora es monopolio del fiscal, el cual prepara sólo su acusación, no el juicio oral, ¿quién preparará el juicio oral desde el punto de vista de la defensa? Cualquier alusión a que la defensa puede realizar su propia investigación es mero sarcasmo” y señala que “la pregunta elemental es ésta: ¿Cuántos imputados en España son defendidos por el turno de oficio? y entonces ¿quién realizará los actos de investigación que les sean necesarios?”, Vide MONTERO AROCA, J., “La investigación penal ¿jueces o fiscales...”op. cit., pág. 31–32. Más explícito, VÁZQUEZ SOTELO opina que “acostumbrados los fiscales a ejercer la acusación, podrían tener los imputados sensación de falta de imparcialidad en el órgano de la instrucción. Los oficios forman y deforman y a veces imprimen carácter. Más de una vez se ha comentado que el modo de actuar de un magistrado procede de su antecedente actuación como fiscal”, Vide VÁZQUEZ SOTELO J.L., “Crisis de la justicia y

Ello no obstante, ha de destacarse como escenario constitucional posible que, en el futuro, la concurrencia de funciones investigadoras y decisoras en materia cautelar personal —particularmente la prisión provisional— en la figura del juez instructor, sea rechazada por la doctrina científica y jurisprudencial, por estimarse contraria a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la CE en relación con la proscripción de parcialidad del artículo 6.1 del Convenio Europeo para los Derechos Humanos, en el momento en que el elástico concepto de *debido proceso* se extienda hasta comprender la garantía de que ningún decisor de medidas cautelares restrictivas de los derechos fundamentales, como la libertad, pueda padecer de contaminación en su imparcialidad subjetiva.

Ciertamente, ni por el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, ni por el Tribunal Constitucional, se ha efectuado reproche alguno a la figura del juez instructor, a pesar de que éste se halle obligado de forma simultánea, a realizar funciones de investigación *ex officio* y a acordar medidas decisorias personales en el ámbito cautelar⁶³⁸. No obstante, debe tenerse en consideración que es difícil cohonestar la figura del juez instructor con el derecho norteamericano al proceso debido, el derecho nacido del Consejo de Europa a un tribunal imparcial y el derecho español a un proceso con todas las garantías⁶³⁹. En este sentido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha declarado que, en “los arts. 24.1 y 2 CE y 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), se reconoce a todo ciudadano el derecho a que el fundamento de cualquier acusación que en materia penal se dirija contra él, sea decidido en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, tras un proceso público y equitativo”, y que “la imparcialidad del tribunal aparece así como una exigencia básica del proceso debido — la primera de ellas—, según expresión de la STC 60/1995, fundamento jurídico 3º, dirigida a garantizar que la razonabilidad de la pretensión de condena sea decidida,

reforma del proceso penal”, *Crisis de la justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León – Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 377–378.

⁶³⁸ Vide TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Vera Fernández–Huidobro, Sentencia de 6 de Enero de 2010, recurso: núm.74181/2001. El Tribunal declara que “es verdad que el artículo 6.1 del Convenio garantiza el derecho a un tribunal independiente e imparcial y que la noción de tribunal no se extiende al Juez de Instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una acusación en materia penal”.

⁶³⁹ Vide ESPARZA LEIBAR, I, *El principio del proceso...* op. cit., págs. 67 y 90. Vide, también, RESNICK, “Due process and procedure...” op. cit., pág. 206.

conforme a la ley, por un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso. (...) Ser tercero entre partes, permanecer ajeno a los intereses en litigio y someterse exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio, son notas esenciales que caracterizan la función jurisdiccional desempeñada por jueces y magistrados. A protegerlas se dirigen, sin duda, las exigencias de imparcialidad”⁶⁴⁰. En este sentido, afirma FUENTES que la instrucción judicial “da una mala imagen de la Justicia (por las reminiscencias inquisitivas de la investigación judicial) y es un riesgo para la imparcialidad del juez y el buen funcionamiento del sistema (el juez en cierto sentido pasa a ser juez y parte; y ello en un sistema en el que el fiscal es parte-imparcial)”⁶⁴¹. Con razón, ASECIO sostiene que el juez de instrucción, en la investigación *ex officio* “jamás puede ser imparcial”⁶⁴².

A continuación se analiza el tratamiento que ha sido dado a la figura del fiscal investigador en el marco de un sistema acusatorio formal avanzado, tanto por el meritado Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, cuanto por los modernos Códigos procesales de las principales naciones europeas.

4.1 EL SISTEMA DE INVESTIGACIÓN FISCAL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2011

Comparto con FUENTES, que la reforma de la “vetusta LECrim deviene ya inaplazable”. Puede afirmarse, que nuestra Ley de 14 de septiembre de 1882 de Enjuiciamiento Criminal, constituye —en términos generales— un instrumento jurídico incapaz de hacer frente con solidez a los problemas que acucian a la Justicia criminal en la España del siglo XXI.

Con razón, la autora afirma que “la absoluta disociación entre el texto de la Ley y la realidad social del tiempo en el que ha de ser aplicada resulta ya irreconciliable” ya que se omite “la regulación de modernos medios probatorios que pueden afectar

⁶⁴⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 162/1999, de 27 de septiembre de 1999, FD 5º. Ponente: VIVES ANTÓN, T.

⁶⁴¹ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 37.

⁶⁴² ASECIO MELLADO J. M., *La posición del fiscal en la investigación...* op. cit., pág. 178.

seriamente a Derechos Fundamentales” y, también, la de “las nuevas formas de delincuencia transnacional”, quedando “absolutamente huérfanas de respuesta procesal”. A mayor abundamiento, “el sistema de recursos ha merecido la reiterada condena del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por vulneración sistemática de la exigencia de doble instancia penal” y “nuestro nivel de ejecución” de sentencias penales “resulta inconciliable con un Estado que lo quiera ser de Derecho”⁶⁴³.

En este sentido, el PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA suscrito por el partido Socialista y por el partido Popular el 28 de mayo de mayo de 2001 dispuso que: “se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales”, que abordará:

- La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas.
- La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular.
- Fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales, incluido en el ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.
- La reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- La extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un Tribunal Superior.
- La delimitación precisa de los sujetos durante el proceso: imputado, acusado y condenado.
- El establecimiento de los métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño.
- La adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos.

⁶⁴³ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el fiscal en un nuevo...op. cit., págs. 163–164.

—La readaptación del sistema de jurado a la luz de la experiencia observada en su funcionamiento.

—La delimitación precisa de los derechos del detenido, en línea con la Resolución 43/173, de 1 de diciembre de 1988, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

—La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable, y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del juez como juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales”⁶⁴⁴.

Respecto de la palpable ambigüedad de la declaración, con razón, FUENTES afirma que posiblemente, como al pacto “había de llegarse de forma consensuada, no se pudo alcanzar un mayor compromiso con respecto al futuro papel del fiscal en el proceso”, si bien, la autora advierte que, sin duda, la “decidida y medida ambigüedad anuncia una profunda discusión en cuestiones esenciales que afectan no sólo al Ministerio Fiscal sino a la estructuración y desarrollo del propio proceso penal” y que, posiblemente, por tal razón su discusión fue, también, relegada a la publicación de una nueva ley procesal criminal⁶⁴⁵.

En congruencia con la anterior declaración de principios, en el año 2004 se creó, dentro de la Comisión General de Codificación, una Subcomisión para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de redactar un nuevo texto procesal penal actualizado al momento histórico, que fue auspiciado por el Presidente José Luis Rodríguez Zapatero y por el Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar que culminó en la formulación de un Borrador de ley procesal con un fiscal investigador⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴ PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA de 28 de mayo de 2001, apartado 17.

⁶⁴⁵ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 7.

⁶⁴⁶ Cfr. FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.163.

Sobre la base de este Borrador y, después de operarse cambios tanto el titular ministerial como en los miembros de la Subcomisión, el 27 de julio de 2011 se publicó finalmente el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento de Ley Criminal, que fue acompañado por el Anteproyecto de Ley Orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal, que hubiera tenido como objeto regular las materias del proceso criminal sobre las que existe reserva constitucional por razón de desarrollar derechos fundamentales y que, por tanto, su aprobación, modificación o derogación hubiera requerido ser regulada por una ley con rango orgánico que exige mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto⁶⁴⁷.

La lentitud con que fue acometida la labor reformadora, unida al juego de las mayorías parlamentarias, dio lugar a la paradójica situación de que los anteproyectos nacieran sabiéndose muertos, ya que al tiempo de su elaboración definitiva no gozaban de oportunidad alguna de transformarse en ley⁶⁴⁸. Ello no obstante, ha de elogiarse, especialmente, su regulación en cuanto a la previsión de que la investigación criminal fuese ejercitada por el Ministerio Fiscal. Por otro lado, justo es destacar, que el Borrador de ley procesal penal de 2013 —también, con resultado infructuoso— bebió generosamente de la regulación del Anteproyecto de 2011 que se surgió gracias al Borrador de 2004.

El segundo intento de ley procesal criminal fue protagonizado por el nuevo Gobierno entrante en el año 2012 e impulsado por el Ministro de Justicia del momento Alberto Ruiz–Gallardón. Por Acuerdo de Consejo de Ministros de 8 de marzo de 2012 se creó una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se materializó en un Borrador muy

⁶⁴⁷ Vide arts. 53.1 y 81 de la CE

⁶⁴⁸ CAAMAÑO, Ministro de Justicia del momento, no oculta su pesimismo sobre el éxito de la tramitación parlamentaria: “al escribir esta breve introducción me consta que esta iniciativa legislativa decaerá antes de ser debatida en las Cortes Generales como consecuencia de la convocatoria anticipada de elecciones. No importa. Lo más importante ya está hecho. Estos anteproyectos contienen una regulación completa y coherente de un procedimiento penal concebido desde la Constitución, que nos permitirá pasar del debate político al jurídico, de la especulación al examen de soluciones concretas, de lo indefinido a lo detallado, de los debates parciales a un tratamiento sistemático, de conjunto. Nuestra democracia aguardaba pacientemente desde hacía treinta años por un texto así. Fin de la espera”. Vide Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal, Prólogo de CAAMAÑO, DOMÍNGUEZ F, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011.

criticado por el Ministerio Fiscal. En este sentido, TORRES–DULCE LIFANTE, actuando como Fiscal General del Estado, en el Acto de Apertura Judicial del año 2013 subrayó que “incurre en la fase preparatoria en una grave inconsecuencia: atribuir la dirección de la investigación criminal al fiscal y negarle, al mismo tiempo, la capacidad de maniobra precisa para llevarla a buen término. Particularmente grave es el recelo que muestra hacia la figura del fiscal, pues le somete a un constante escrutinio de su actividad investigadora por el Tribunal de Garantías y por las partes personadas desconocido en el derecho comparado e incompatible con cualquier perspectiva de eficacia”⁶⁴⁹. El Fiscal General del Estado, volvió a referirse al Borrador al año siguiente para anunciar su conocida falta de tramitación: “el Borrador de Código Procesal Penal de 2013 anunciaba un giro histórico que iba a transferir la investigación de los delitos al Ministerio Fiscal. Su difusión, pese a lo debatible de algunos de sus aspectos, resultó estimulante pues animó el debate doctrinal y social sobre un nuevo modelo de Justicia penal”⁶⁵⁰.

Una investigación penal como la actual, basada en órganos judiciales autónomos —denominados juzgados de instrucción— que han sido configurados como compartimentos estancos encargados de la instrucción de la causa penal, distorsiona el buen fin del procedimiento de investigación y acusa dos graves problemas; a saber, en primer lugar, el procedimiento instructorio se hace innecesariamente dilatado, a ello coadyuva la propia esencia del principio de independencia judicial del artículo 117.1 de la Constitución desarrollado en los artículos 12, 13 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que impide absolutamente, como es obvio, que la organización judicial se estructure en unidades especializadas, lo que conlleva a su vez un uso no enteramente racionalizado o no maximizado de recursos materiales y humanos puestos a disposición del juzgado en la persecución del delito; y en segundo lugar, las actuaciones de los distintos jueces o magistrados titulares de los juzgados en cuyos senos se instruyen los procedimientos, carecen, también por esencia, de unidad de actuación, ya que tal principio, también en aras de la independencia judicial, es un principio enteramente ajeno a la función juzgadora —sin perjuicio, de la función unificadora de las

⁶⁴⁹ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, discurso de Apertura Judicial, 16 de septiembre de 2013.

⁶⁵⁰ FISCAL GENERAL DEL ESTADO, discurso de Apertura Judicial, 10 de septiembre de 2014.

resoluciones de las Audiencias Provinciales y Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA., de la jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala II del Tribunal Supremo y, particularmente, de la doctrina emanada del Tribunal Constitucional—.

El principio de independencia judicial produce una enorme distorsión o diferenciación material de las resoluciones judiciales dictadas sobre la base de supuestos de hecho similares que, en ocasiones, viola el principio constitucional de seguridad jurídica (9.3 CE) y, en general, el sentido abstracto de Justicia material que reside en cada individuo que, evidentemente, goza de mayor estabilidad que los vaivenes ideológicos característicos de las leyes y de las constituciones que surcan el firmamento jurídico histórico de las naciones, así como de las cambiantes directrices interpretativas de los tribunales. Con frecuencia, el justiciable ha de observar una diversidad de criterios entre resoluciones de diferentes juzgados, propio de un sistema criminal que descansa en primar el derecho a la independencia judicial por encima de del principio de seguridad jurídica.

Evidentemente, la solución no puede recaer en la limitación de uno de los dos principios, seguridad versus independencia, puesto que los ya repetidos principios constitucionales no se encuentran en conflicto y, por tanto, no ha lugar a limitación recíproca sino que, por el contrario, la raíz de la colisión se halla en la deficiente asignación indebida o inexacta de funciones no judiciales a los miembros del Poder Judicial, ya que la investigación del procedimiento penal no exige atribución de funciones investigadoras a manos juzgadoras sino únicamente, que los incidentes relativos a la autorización relativa a la restricción de derechos fundamentales con reserva judicial de rango constitucional, se encuentre sujeta a tutela judicial. La instrucción requiere, por tanto, un juez que garantice la tutela de los derechos pero no se necesita ni resulta conveniente que el juez lleve a cabo la función investigadora.

4.1.1. DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL A LA NEUTRALIDAD FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL

El Anteproyecto de 2011 recoge el sentido profundo de la doctrina del TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS expresada en los casos

Piersack y De Cubber. La primera de las Sentencias, declara que el principio a un tribunal imparcial del artículo 6.1 del Convenio de 4 de noviembre de 1950, exige que el fiscal o el juez que haya participado en la instrucción del procedimiento no actúe después en otra fases resolutorias del procedimiento y, en este sentido, condena a Bélgica debido a que uno de los miembros del tribunal juzgador había sido el fiscal encargado de la investigación⁶⁵¹.

También, resulta básica en la materia la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, caso Vera Fernández—Huidobro c. España, en la que se afirma que las funciones jurisdiccionales no precisan extenderse a la función instructora:

“Es verdad que el artículo 6.1 del Convenio garantiza el derecho a un tribunal independiente e imparcial y que la noción de tribunal no se extiende al juez de Instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una acusación en materia penal”⁶⁵².

Desarrolla el Anteproyecto esta misma idea en su Exposición de Motivos, al señalar que “son verdaderos actos jurisdiccionales los que versan sobre la adopción de las medidas cautelares, sobre la autorización de actuaciones de injerencia en derechos fundamentales 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 los estadios previos al proceso y los que, en exigencia de la mayor imparcialidad, no deben ser encomendados al mismo sujeto que dirige e impulsa las investigaciones”.

En este sentido, el TEDH ha diferenciado entre funciones investigadoras y funciones cautelares, exigiendo —sólo para estas últimas— que la resolución de

⁶⁵¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, recurso: núm. 8692/1979, fundamento 30. Texto original: “in this area, even appearances may be of a certain importance (...) any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw. What is at stake is the confidence which the courts must inspire in the public in a democratic society”. Vide, también, TEDH caso De Cubber contra Bélgica, Sentencia de 26 de octubre de 1984, recurso: núm. 9186/1980.

⁶⁵² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Vera Fernández—Huidobro, Sentencia de 6 de Enero de 2010, recurso: núm.74181/2001, fundamento 110.

adopción provenga de un tribunal imparcial: “el Tribunal resalta a este respecto, que el Tribunal Constitucional reconoció en su sentencia, que el juez de Instrucción era por una parte el director de la instrucción, y por otra parte, Juez de garantías; la adopción por el Juez de Instrucción de ciertas medidas provisionales que afectan a los derechos fundamentales de la persona sometida a una instrucción penal, requiere que este juez, como cualquier otro, sea objetiva y subjetivamente imparcial”⁶⁵³.

Debe en todo caso advertirse que ni la Constitución española ni el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos exigen una resolución judicial para todas y cada una de las medidas que restrinjan los derechos personales o pecuniarios del imputado o los responsables civiles sino, únicamente para las más relevantes, particularmente las que afectan a la libertad y a las intromisiones más importantes en los derechos a la integridad y a la intimidad—. Este asunto, es relevante ya que afecta a la estructura instructoria de un sistema con fiscal investigador y se halla íntimamente unido con la duplicidad de diligencias y la dilación procesal. Esta cuestión es tratada, en profundidad, en el Capítulo III del presente trabajo.

El Anteproyecto se hace tributario de la repetida Sentencia del Tribunal Constitucional 145/1988, que dispone que el sistema de instrucción judicial no es el único sistema posible en el marco constitucional⁶⁵⁴. El Tribunal Constitucional, se pronuncia, por tanto, en sentido concurrente con la Sentencia del TEDH, caso Vera Fernández–Huidobro c. España.

El Tribunal Constitucional, destaca 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. Se introduce 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. Añade, más explícitamente, la posterior Sentencia

⁶⁵³ *Ibíd*em, fundamento 113.

⁶⁵⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm.145/1988, de 12 de julio. Ponente: LATORRE SEGURA A. El Tribunal estimó parcialmente las dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, declarando inconstitucional y nulo el párrafo segundo del art. 2 de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes (hoy derogada) por la que se establecía que el mismo juzgador instruyera y juzgase los mismos hechos.

162/1999, de 27 de septiembre, 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”⁶⁵⁵.

El juez, afirma la Exposición de Motivos del Anteproyecto, “no debe ser en adelante contemplado como el impulsor de la actividad pública investigadora sino como el garante de los derechos individuales”. Se parte de afianzar el sistema acusatorio mixto o formal, distinguiendo nítidamente la fase de investigación, —conocida como fase de sumario en el procedimiento ordinario y como diligencias previas o urgentes en los procedimientos especiales— de la fase de juicio oral o plenario. La Exposición de Motivos sostiene que es hora ya de desterrar el sistema inquisitorial de nuestro sistema procesal penal y acabar la labor que en 1882 comenzó el legislador.

En este mismo sentido, ASECIO afirma que “no parece adecuado que un juez orgánicamente independiente mantenga facultades de investigación, de elaboración o conformación de la acusación y, a la vez, haya de garantizar los derechos del imputado”, ya que “el juez investigador, pierde independencia e imparcialidad, de manera que el imputado queda privado de protección adecuada”⁶⁵⁶.

La inevitable contaminación psicológica que entraña el desempeño simultáneo de funciones procesales tan diferenciables, sólo puede salvarse si éstas se distribuyen entre sujetos orgánica y funcionalmente independientes, por lo que los modernos Códigos procesales penales europeos (Alemania, Italia, o Portugal), suprimiendo la figura del juez de instrucción napoleónico, han conferido al Ministerio Fiscal la investigación extraprocesal de los delitos y a un nuevo juez de garantías

⁶⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm.162/1999, de 27 de septiembre. Ponente: VIVES ANTÓN T. Vide, también, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm.60/1995, de 17 de marzo. Ponente: GIMENO SENDRA V.

⁶⁵⁶ ASECIO MELLADO J. M., *La posición del fiscal en la investigación penal...* op. cit., pág. 89.

constitucionales la misión de valorar la procedencia de acordar medidas limitativas de derechos fundamentales.

La acentuada faceta del fiscal como director de la investigación, de acuerdo con la Exposición de Motivos del repetido Anteproyecto, no habrá de eximir al fiscal del “deber de imparcialidad inherente a su especial posición constitucional como defensor objetivo de la legalidad” (art. 124.1 CE y 1 del EOMF)⁶⁵⁷.

Aún sin alcanzar el nivel conceptual de imparcialidad, un cierto deber de objetividad o neutralidad, ha acompañado tradicionalmente a la Pública Institución desde que el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 1835 señalara que a los fiscales “si bien les toca promover con la mayor eficacia la persecución y el castigo de los delitos y los demás intereses de la causa pública, tienen obligación de defender o prestar su apoyo a la inocencia (...) y de no tratar nunca a éstas sino como sea conforme a la verdad y la Justicia”⁶⁵⁸.

El texto articulado pretende cumplir con el —contradictorio— principio de imparcialidad consagrado en el artículo 124.2 de la Constitución, así como en el artículo 7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que dispone de conformidad con tal principio, que el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados, para lo cual, el artículo 59 del Anteproyecto dispone una triple garantía; a saber, en primer lugar, el Ministerio Fiscal estará obligado a actuar en el proceso en defensa de la legalidad con plena objetividad y a tal fin, solicitará el archivo de la investigación, el sobreseimiento de la causa o la absolución del acusado tan pronto como se ponga de manifiesto que no existen elementos bastantes para ejercitar la acción penal; en segundo término, el fiscal deberá

⁶⁵⁷ Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2011, apartado. XIII. En contra, FUENTES afirma que, en relación con “los miembros del Ministerio Fiscal, no rige, ni puede regir, el principio de imparcialidad”, sin perjuicio de que, “si se le otorga la investigación de los hechos, tenga éste la obligación de practicar todas aquellas diligencias instructoras que puedan arrojar tanto un resultado tanto inculpatario cuanto exculpatario en relación con el imputado, Vide FUENTES SORIANO O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado...op. cit.*, pág. 237.

⁶⁵⁸ El Reglamento Provisional para la administración de Justicia de 1835, es reproducido en el apartado XIII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2.011. Sobre el Reglamento, Vide en el Capítulo I del presente trabajo.

practicar, por iniciativa propia o a instancia de los interesados, las diligencias conducentes a esclarecer todas las circunstancias relevantes del hecho punible, sean favorables o desfavorables a la persona investigada, garantía que respecto de los jueces de instrucción recoge la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882⁶⁵⁹. Y, en tercer lugar, el Anteproyecto encomienda al fiscal el deber de informar a la persona a la que se atribuya la comisión de un delito o falta de los derechos que posibiliten su defensa, removiendo los obstáculos que impidan su efectividad. A mayor abundamiento, como garantía complementaria, dispone el deber de abstención del fiscal en los mismos supuestos contenidos artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la evidente excepción, de su apartado undécimo, relativa a la participación en la instrucción de la causa penal.

Resulta necesario criticar en este último punto al Anteproyecto. La protesta se dirige no a la ausencia, sino al exceso de garantías en el control de la imparcialidad del fiscal. El texto prelegislativo, regula acertadamente la recusación a través de un sencillo procedimiento que se resuelve por el superior jerárquico del fiscal y del que no puede conocer el juez de garantías; sin embargo, no prevé un contrapeso, tal como la posibilidad de que, por el fiscal jefe, puedan ser impuestas sanciones ante las recusaciones manifiestamente infundadas con ánimo dilatorio o, con fines, de cualquier otro modo ilícitos y, ciertamente, salvo que tal contrapeso se introduzca en futuras regulaciones procesales, coadyuvará a generar recusaciones fraudulentas⁶⁶⁰.

4.1.2. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY

Sin perjuicio, de remitir al lector al estudio que de tal principio aborda el Apartado primero del Capítulo I del presente trabajo, no es posible dejar de hacer una breve referencia a la regulación del principio de oportunidad en el Anteproyecto. El principio de discrecionalidad, se halla íntimamente relacionado y se posiciona en parcial oposición —aunque en ningún caso de forma incompatible— con el principio de legalidad (en su acepción negativa) que ha de presidir la actuación del Ministerio Fiscal

⁶⁵⁹ Vide art. 326 LECrim.

⁶⁶⁰ El procedimiento de abstención y recusación del fiscal se regula en el art. 60 del Anteproyecto.

por mor del artículo 124.2 de la Constitución, desarrollado en el artículo 6 del Estatuto orgánico de 1981. Su manifestación más evidente en nuestro Ordenamiento jurídico se muestra en los artículos 100 y 105 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. El primer precepto declara que de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible; que es completado por el segundo, que dispone que los representantes del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada⁶⁶¹.

Comparte el Anteproyecto con FUENTES, una posición favorable a la incorporación del principio de oportunidad reglada a la ley procesal criminal. En este sentido, cabe recordar, que la autora ha venido sosteniendo de forma pionera que “una mayor apertura hacia el principio de oportunidad reportaría enormes ventajas al sistema y dotaría de mayor coherencia a la institución del Ministerio Fiscal (...) siempre desde una óptica de discrecionalidad u oportunidad reglada”⁶⁶². Ahora bien, como ya se ha hecho referencia, la autora exceptúa de la regla discrecional a “los delitos de criminalidad o corrupción gubernamental” sobre los que “debe regir el más estricto cumplimiento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal”⁶⁶³.

El Anteproyecto, aborda con decisión el principio de oportunidad reglada en el punto XXVI de la Exposición de Motivos, declarando que “será el fiscal el que, —al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, permite

⁶⁶¹ Vide MORENO CATENA V., “El proceso penal español. Algunas...”, op. cit., pág. 51. Sostiene el autor, que el principio de oportunidad no se opone al principio de legalidad, para lo que recuerda que el propio Consejo del Poder Judicial en su informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992, mantuvo que el principio de legalidad concebido retributivamente coloca al Estado en la necesidad de reaccionar ante los delitos con la pena adecuada a la culpabilidad del autor, por más que pueda ser inútil o contraproducente; sin embargo, la legalidad “no se quebranta porque, allí donde la pena adecuada a la culpabilidad no cumple sus fines, pueda ser sustituida por otras más leves, o por medidas o simplemente pueda renunciarse a ella”.

⁶⁶² FUENTES SORIANO O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado...* op. cit., pág. 260.

⁶⁶³ *Ibídem*, págs. 317–318.

acudir a un archivo por oportunidad o a la imposición de una pena reducida— pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas”. Por su parte, el art. 59 dispone que el Ministerio Fiscal podrá abstenerse de ejercitar la acción penal por razones de oportunidad cuando así lo autorice expresamente esta ley y que en estos casos, la apreciación discrecional de los supuestos de oportunidad corresponderá en exclusiva al fiscal, sin perjuicio del control judicial de los elementos reglados que permiten su ejercicio, en los términos y forma legalmente previstos. Ciertamente, finalizada mi excursión por el articulado del meritado Anteproyecto ha de convenirse, oportuna y acertada, la adopción —efectuada por éste— de la institución de la discrecionalidad reglada, en su propuesta normativa de la fase instructora de un sistema de investigación fiscal.

Es cierto, que son viejos los problemas que trataron de resolverse con el nuevo Anteproyecto de Ley y, hasta cierto punto tampoco son nuevas las soluciones, baste para para afirmarlo, atender a los criterios seguidos en el derecho comparado.

4.2. EL FISCAL INVESTIGADOR EN EL DERECHO COMPARADO

El primer argumento en la tradicional defensa de la figura del juez instructor— investigador, en esencia, consiste en reclamar que el Derecho comparado no es de interés a los fines de regular la figura del juez instructor. En este sentido, MONTERO AROCA señala que “la apelación al llamado derecho comparado carece de utilidad a la hora de legislar sobre la instrucción penal y, de modo muy especial, cuando se trate de configurar las funciones del Ministerio Fiscal”⁶⁶⁴.

No obstante, ha de admitirse que existe una tendencia dominante en las naciones desarrolladas continentales dotadas de un sistema criminal acusatorio formal a reestructurar la fase de instrucción, encomendando la investigación al fiscal y las decisiones relativas a la adopción o revocación de medidas restrictivas de derechos fundamentales al juez de garantías o, alternativamente, a acercarse al sistema adversarial que, como es conocido, carece de fase de instrucción. En este sentido, GÓMEZ COLOMER afirma que “la tendencia clara hoy es fijarse en el modelo

⁶⁶⁴ MONTERO AROCA, J., “La investigación penal ¿jueces o fiscales...”, op. cit, pág. 30.

acusatorio que representa el proceso penal norteamericano” y que “no hacen falta muchos datos ni citas para corroborar esta afirmación, basta con atender a las reformas procesales penales más importantes que en nuestro entorno cultural se han producido para constatarlo”⁶⁶⁵.

ASENCIO destaca que “hoy no quedan sistemas que confieran en exclusiva a los jueces la investigación, ni siquiera Francia, la cuna del modelo” por lo que “debemos, aunque solo sea una vez, aprender de experiencias ajenas, máxime cuando sus textos legales son mucho más avanzados y eficaces que el nuestro, cuya inaplicación y sustitución por la jurisprudencia no ha hecho otra cosa que acercar nuestra práctica a aquellos códigos”⁶⁶⁶.

FUENTES afirma que, en lo que respecta a nuestro entorno jurídico–cultural, “el otorgamiento al fiscal de las potestades investigadoras de la fase de instrucción ha sido asumido”, entre otros, por “Portugal, Italia o Alemania; e igualmente también en numerosos países de América Latina tales Como Perú, Chile, Colombia, El Salvador, Ecuador, Bolivia o Guatemala”⁶⁶⁷. No en vano, el Anteproyecto es defendido por el Gobierno en su Exposición de Motivos del siguiente tenor: “como ocurre en la práctica totalidad de los Estados democráticos, la investigación del delito se encomienda al Ministerio Fiscal, del que dependerá la policía judicial”. Por otro lado, ha de distinguirse entre naciones que gozan de un sistema criminal adversarial, como Inglaterra y Gales o Norteamérica, que se caracterizan por una instrucción no judicial ejecutada principalmente por la policía judicial supervisados y controlados por el fiscal, tal como es estudiado en el apartado I de este Capítulo; y las naciones, que gozan del sistema criminal acusatorio formal, con un modelo instructorio de investigación fiscal, como Alemania o Italia⁶⁶⁸.

⁶⁶⁵ GÓMEZ COLOMER J. L., “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos...”, op. cit., págs. 26–27.

⁶⁶⁶ ASENCIO MELLADO J. M., *La posición del fiscal en la investigación penal*...op. cit., pág. 178. En el mismo sentido, Cfr. BACIGALUPO, E., *El debido proceso*...op. cit., pág. 52.

⁶⁶⁷ FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones*...op. cit., pág. 22.

⁶⁶⁸ Vide Exposición de motivos del Anteproyecto.

En Italia, el Código Procesal Penal —*Codice di Procedura Penale*—, dispone que las investigaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal serán llevadas a efecto por el fiscal, por sí, o a través de la policía impartiendo a ésta las ordenes necesarias para el desarrollo de la investigación (arts. 326 y 300 CPPI); para ello, el fiscal podrá —en caso de urgencia— ordenar la intervención y grabación de conversaciones en supuestos de urgencia con una validez de 48 horas si no fuera convalidado judicialmente (267 CPPI). También corresponde al fiscal la ejecución del fallo de las sentencias condenatorias (arts. 655 y 656 CPPI).

El sistema de instrucción italiano se muestra, respecto de la actividad del fiscal, altamente similar a la prevista en el Anteproyecto. Debe, en todo caso, partirse de la premisa establecida en el artículo 104 de la Constitución italiana⁶⁶⁹, y en su artículo complementario, el 106, que declaran la absoluta equiparación de jueces y fiscales que, denominados ambos con el nombre de magistrados, gozan en todo momento de la posibilidad, de cambiar su elección de carrera⁶⁷⁰.

Ahora bien, existe una diferencia, a nivel estatutario, entre el modelo español marcadamente jerárquico y el sistema de organización interna de la Fiscalía italiana ya

⁶⁶⁹ El artículo 104 de la vigente Costituzione della Repubblica italiana de 22 de diciembre de 1947 declara que: “la Magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquier otro poder. El Consejo Superior de la Magistratura estará presidido por el Presidente de la República. Formarán parte del mismo, como miembros natos, el Primer Presidente y el Fiscal General del Tribunal Supremo. Los demás componentes serán elegidos del siguiente modo: dos tercios por la totalidad de los magistrados ordinarios de entre los pertenecientes a las diversas categorías y un tercio por el Parlamento, en sesión conjunta, de entre los Catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y abogados con quince años de ejercicio. El Consejo elegirá un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo permanecerán en el cargo durante cuatro años y no serán inmediatamente reelegibles. No podrán, mientras permanezcan en el cargo, estar inscritos en los registros profesionales ni formar parte del Parlamento de un Consejo regional”. La traducción es del Tribunal Constitucional italiano.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, art. 106. Las designaciones de los magistrados se harán por oposición. La ley relativa al ordenamiento de la judicatura puede permitir que la designación de los magistrados honorarios se realice mediante elección; éstos serán competentes para todas las funciones atribuidas a los jueces individuales. Previa designación del Consejo Superior de la Magistratura podrán ser designados como consejeros del Tribunal Supremo, por concurrir en ellos méritos insignes, Catedráticos de Universidad en disciplinas jurídicas y abogados con quince años de ejercicio profesional que figuren inscritos en los registros especiales correspondientes a las jurisdicciones superiores. La traducción es del Tribunal Constitucional italiano.

que, ésta no se estructura funcionalmente en sentido jerárquico, de forma que el fiscal superior no tiene autoridad funcional sobre el inferior en materia de dirección de la investigación, con dos únicas excepciones, tal como indica NICASTRO: “sólo en el caso de inacción del fiscal titular de la investigación y sólo después de una instancia del defensor del imputado o de la persona ofendida por el crimen, el Fiscal General de la Corte de Apelación puede avocar las investigaciones. La otra única manifestación de potestad jerárquica es el poder del fiscal general del Estado para promover un juicio disciplinario contra un magistrado (fiscal o juez)”⁶⁷¹.

Indudablemente, el contraste en este punto, resulta evidente con respecto al Ministerio Fiscal español, que actúa bajo el principio de dependencia jerárquica como imperativo constitucional (art. 124.2 CE), que se manifiesta especialmente en el artículo 22.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal al disponer que el Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el territorio español y que a él corresponde impartir las órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución y, en general, la dirección e inspección del Ministerio Fiscal y también en su apartado quinto, que establece que el fiscal jefe de cada órgano ejercerá la dirección de éste y actuará siempre en representación del Ministerio Fiscal bajo la dependencia de sus superiores jerárquicos y del Fiscal General del Estado.

Insisto en este trabajo, que el principio jerárquico no constituye un pilar básico del principio de unidad, sino un instrumento justificado sólo en cuanto pueda ser necesario para el eficaz cumplimiento de las directrices generales como expresión del principio de unidad de actuación, sin que existan argumentos que permitan afirmar que un sistema no jerarquizado produce falta de eficacia en la dirección global de las investigaciones y, por tanto, detrimento en la eficacia de la lucha contra el crimen⁶⁷².

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el caballo de Troya que tradicionalmente ha afectado de forma más visible a la Fiscalía es precisamente su falta de imparcialidad y, no ha de caber duda, de que el sistema italiano asegura la

⁶⁷¹ NICASTRO G. M., “El sistema procesal italiano...”, op. cit., pág. 118.

⁶⁷² Cfr. GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero...* op. cit., págs. 328 y ss.

imparcialidad del fiscal. Por otro lado, la Ley 24/2007 de reforma del Estatuto Orgánico, ha tratado de paliar la falta de imparcialidad del Ministerio Fiscal español, dotando de adicionales garantías al nombramiento del Fiscal General del Estado, principalmente dos, la necesidad, en adición a la constitucionalmente preceptiva audiencia ante el Consejo General del Poder Judicial, de una audiencia ante la Comisión del Congreso de los Diputados que ésta designe (art.29.2. EOMF), y la eliminación de la posibilidad de cese sin causa por el presidente del gobierno hasta la finalización del mandato político (art.31.1. EOMF). A pesar de estas mejoras, el principio de jerarquía —garantizado por el art 124.2 de la CE y por el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal—, que sigue constituyendo una contundente maza que atenaza la imparcialidad fiscal, es repetido en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en su artículo 62.5, en el que establece que “en virtud de los principios de unidad orgánica y unidad de actuación, cualquier órgano o miembro del Ministerio Fiscal podrá hacerse cargo de la investigación, desde su inicio o en cualquier momento posterior, mediante designación del superior jerárquico que corresponda en los términos y con los requisitos previstos en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal”.

En cuanto al sistema procesal penal portugués, en primer término ha de señalarse que éste se encuentra regulado en el Código de Proceso Penal de 17 de febrero de 1987, aprobado por el Decreto-Ley 78/87. En este texto, se gira la tradición instructora judicial portuguesa, sustituyendo al anterior Código procesal que databa de 1919, como se ha pretendido hacer en España con el Anteproyecto, que pudo ser llamado a sustituir al vigente Código liberal aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882.

El nuevo Código portugués, fue muy criticado en su inicio, incluso desde el propio Ministerio Público, debido, principalmente, a que se entendía erróneo confiar la investigación del delito en exclusiva a los representantes del Ministerio Fiscal, por razón de que tal investigación exigía una serie de medios materiales y humanos de los que carecían las Fiscalías portuguesas —y carecen las Fiscalías españolas—. En este sentido, en 1988, transcurridos 10 meses desde de la entrada en vigor del Código Procesal penal portugués, PINTO DOS SANTOS afirmaba expresivamente que “el Ministerio Público, dada su manifiesta carencia de medios humanos y materiales, se ha vuelto titular meramente formal de competencias sin condiciones para ejercerlas” y, añadía, que “hoy es así, evidente, la razón del Sindicato de Magistrados del Ministerio

Público cuando afirmaba que no existían condiciones mínimas para la entrada en vigor del nuevo Código”⁶⁷³.

La segunda crítica, encontraba su fundamento en el hecho de que el principio de autonomía del Ministerio Público carece en Portugal de rango constitucional y, si bien, la autonomía si era reconocida en la ley que regula el Estatuto de sus miembros, algunos autores entendieron que tal rango legal no será suficiente para garantizar la autonomía, y que la asunción de la investigación criminal por el fiscal, finalmente derivaría en la pérdida de la autonomía que —eventualmente— sería sustraída por el Ejecutivo. Por último, también fue puesta de manifiesto la posible inconstitucionalidad del Código por ser contrario al art. 32.4 de la Constitución de la República Portuguesa que dispone que “la instrucción será competencia de un juez”⁶⁷⁴.

Respecto de las tres protestas aludidas, y habiendo transcurrido ya 25 años desde la entrada en vigor del Código portugués, pueden darse por muy acertadas las palabras de CUNHA RODRIGES, Procurador General de la República, cuando afirmó, en 1989, que las críticas provenían en su mayor parte de posiciones de índole corporativa que radican en conceptos sacralizantes de la función de los tribunales⁶⁷⁵. En este sentido, puede recordarse que el propio TEDH ha declarado que la instrucción no es una función jurisdiccional ya que, la noción de tribunal no se extiende al juez de Instrucción, que no está llamado a pronunciarse sobre lo procedente de una acusación, en materia penal.

Admitido ya el nuevo Código de forma pacífica, hoy se centra la discusión procesal penal portuguesa en determinar los límites del principio de oportunidad en cuanto al ejercicio del mismo por el Ministerio Público y, en este sentido, advierten —en forma, tal vez, excesivamente alarmante— DE MORAES ROCHA y CONDE CORREIA que “este concepto de legalidad abierta, dependiente de un nuevo planteamiento de la idea de acción penal, íntimamente identificado con los actuales

⁶⁷³ PINTO DOS SANTOS F. J. “El nuevo código de proceso penal portugués”, *Jueces para la Democracia*, diciembre 1988, pág. 61.

⁶⁷⁴ El artículo 32.4. de la Constitución portuguesa de 1976 declara que: “la instrucción será competencia de un juez y la ley especificará los casos en que aquélla deberá revestir forma contradictoria”.

⁶⁷⁵ CUNHA RODRIGES J. N., V Encuentro internacional de magistrados, ponencia, 1989, citado por RODRÍGUEZ GARCÍA N., *La justicia penal negociada*, Salamanca, 1997, pág. 228.

propósitos de la política criminal y con la forma de lograrlos, no implica la atribución de un poder ilimitado al Ministerio Público, creador de desigualdades y libre albedrío en la aplicación de la ley⁶⁷⁶.

Sin embargo, estos temores —nuevamente infundados—, que provocan discusiones estériles, contradicen la clara tendencia existente en el derecho europeo hacia un protagonismo cada vez más creciente del ejercicio por el Ministerio Fiscal del principio de oportunidad reglada con importante amplitud, sin que ello contradiga —aunque si module— el principio de legalidad penal comúnmente aceptado en los sistemas procesales penales continentales. El sistema procesal penal alemán es desde hace ya años, el sistema en que —en muchos aspectos— se fija doctrina y legislador como modelo a estudiar⁶⁷⁷.

En Alemania, la Ordenanza Procesal Penal —*Strafprozeßordnung*—, dispone que la investigación criminal ha de ser llevada a efecto por el fiscal y le encomienda a éste, incluso, la facultad para ordenar extracciones de sangre o la recogida de vestigios orgánicos u otras injerencias corporales en caso de urgencia (§ 81.1 StPO), la inspección ocular del cadáver y su obligada presencia en la autopsia (§ 87.1 y 2 StPO), la orden de exhumación del cadáver si existiere urgencia (§87.3 StPO), la potestad de acordar el secuestro de publicaciones (§100.2 StPO), el control y grabación de comunicaciones en caso de urgencia con una validez de 3 días si no fuera convalidado judicialmente (§100 b StPO) e, incluso, le autoriza para acordar el registro de una vivienda si hubiera urgencia par a ello (§ 105.1 StPO). El fiscal asume bajo el principio de legalidad, si bien con amplios poderes discrecionales, el ejercicio de la acción penal (§ 153 StPO) contemplándose la posibilidad de las partes de adherirse a su acusación. También le corresponden funciones relativas a la ejecución del fallo de las sentencias condenatorias (§ 451 StPO).

⁶⁷⁶ DE MORAES ROCHA J.L. y CONDE CORREIA J., “Sistema de procedimiento penal portugués”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002, pág. 210.

⁶⁷⁷ Vide Exposición de Motivos del Anteproyecto de 27 de julio de 2011.

En el sistema procesal penal alemán, con base en el sistema acusatorio formal y, dentro de éste, con la adopción del modelo de investigación del delito por la Fiscalía⁶⁷⁸, adquiere gran importancia el principio de oportunidad abordado por la Ordenanza de procedimiento criminal alemana (§§ 153 y ss. de la StPO), y ampliado, de forma importante, mediante la ley de 11 de enero de 1993, por la que se reformó el artículo 407 de tal cuerpo procesal⁶⁷⁹. El principio de discrecionalidad alemán, se fundamenta procesalmente —principalmente—, en la aplicación de criterios de individualización de la Justicia penal. Ha sido defendido en Alemania, entre otros, por ROXIN, que sostiene que “los fines de la pena, las finalidades extrapenales y los puntos de vista de la culpabilidad también pueden ser relevantes en el Derecho procesal, es algo que ponen de relieve, aparte de los presupuestos de procedibilidad, especialmente los supuestos del principio de oportunidad”⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Sistema de investigación asumido por la Fiscalía alemana desde la reforma introducida en la Ordenanza Procesal penal por la Ley de 9 de diciembre de 1974.

⁶⁷⁹ Strafprozeßordnung (§ 407 StPO). (1) Im Verfahren vor dem Strafrichter und im Verfahren, das zur Zuständigkeit des Schöffengerichts gehört, können bei Vergehen auf schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft die Rechtsfolgen der Tat durch schriftlichen Strafbefehl ohne Hauptverhandlung festgesetzt werden. Die Staatsanwaltschaft stellt diesen Antrag, wenn sie nach dem Ergebnis der Ermittlungen eine Hauptverhandlung nicht für erforderlich erachtet. Der Antrag ist auf bestimmte Rechtsfolgen zu richten. Durch ihn wird die öffentliche Klage erhoben.(2) Durch Strafbefehl dürfen nur die folgenden Rechtsfolgen der Tat, allein oder nebeneinander, festgesetzt werden: 1. Geldstrafe, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Fahrverbot, Verfall, Einziehung, Vernichtung, Unbrauchbarmachung, Bekanntgabe der Verurteilung und Geldbuße gegen eine juristische Person oder Personenvereinigung, 2. Entziehung der Fahrerlaubnis, bei der die Sperre nicht mehr als zwei Jahre beträgt, sowie 3. Absehen von Strafe. Hat der Angeschuldigte einen Verteidiger, so kann auch Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr festgesetzt werden, wenn deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird.(3) Der vorherigen Anhörung des Angeschuldigten durch das Gericht (§ 33 Abs. 3) bedarf es nicht.

⁶⁸⁰ ROXIN C., *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1997, pág. 991. El autor alemán, afirma que “cuando los §§ 153 y 153 a hacen depender el sobreseimiento de la escasa culpabilidad y de la ausencia de interés público en la persecución penal, tal interés público sólo puede precisarse según el criterio de los fines de la pena. Y cuando en otros casos puede producirse el sobreseimiento por razones políticas (§ 153 d), de estrategia de persecución (§§ 153 e, 154 c) o de economía procesal (§§ 154, 154 a), en ellos se imponen finalidades extrapenales frente a la necesidad de pena. Si los supuestos del principio de oportunidad pertenecen al Derecho procesal es sólo porque en tales constelaciones el legislador no ha querido recurrir al procedimiento de la subsunción para fijar la decisión sobre la imposición de una pena, sino que se la ha encomendado al arbitrio —que queda al margen del hecho— del Ministerio Fiscal y del tribunal. Por tanto, ha querido dejar mayor libertad a las autoridades encargadas de la persecución criminal mediante disposiciones meramente facultativas”.

Por otro lado, no cabe obviar la existencia de motivaciones económicas, que persiguen introducir ciertos límites al gasto público, por mor de los altos costes de administración de Justicia, ya que nada menos que, 20.000 jueces y 5.000 fiscales, integran la carrera fiscal y judicial alemana, lo que cuadruplica el número de jueces y duplica el número de fiscales españoles⁶⁸¹.

Es destacable, la acertada regulación del principio de oportunidad en el Anteproyecto español, que establece en su artículo 148.2 que corresponde al Ministerio Fiscal la apreciación discrecional de las causas que permiten concluir el procedimiento por razones de oportunidad mientras que al juez, le compete, de acuerdo con el apartado tercero del precepto anteriormente citado, el control del cumplimiento de los elementos reglados que permiten la aplicación del principio de oportunidad; por el contrario, el investigado, en ningún caso tendrá derecho a instar la conclusión del procedimiento por razones de oportunidad. La regulación del principio de oportunidad en el Anteproyecto de ley es, sin duda, acertada y, a buen seguro, hubiera podido coadyuvar a una mayor individualización de la Justicia penal y a la agilización del proceso criminal.

Resulta especialmente útil la experiencia alemana en el campo de la mediación penal, que fue introducida en el país centroeuropeo con la Ley de 28 de octubre de 1994 por la que se modificó el artículo 46 del Código Penal alemán, y que se consagró definitivamente por la Ley para la fijación de acuerdos compensatorios entre autores y víctimas de 20 de diciembre de 1999. Ciertamente, la mediación penal en Alemania, ha alcanzado importantes cotas de aceptación por las víctimas⁶⁸². Ha de tenerse en consideración, que el Anteproyecto español de 27 de julio de 2011 quiso introducir, por

⁶⁸¹ GÓMEZ COLOMER J. L., “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios...”, op. cit., pág. 254.

⁶⁸² Cfr. ALDONEY RAMIREZ R., “Mediación penal y Justicia...op. cit., pág 188. El autor, advierte que la mediación penal, al ser introducida en el derecho alemán, fue objeto de variadas y generosas críticas, y desde luego, “no puede negarse que a primera vista parece o puede parecer una invasión en el monopolio del *ius puniendi* estatal, pero tal perspectiva no resiste un segundo análisis”, pues “se observa que sólo podrá tenerse acceso a la mediación cuando, además de concurrir el consentimiento de víctima y autor, así lo decida el Ministerio Fiscal, por lo que aunque sea de forma no directa, lo cierto es que el *ius puniendi*, permanece íntegramente bajo custodia estatal”. Además, el Ministerio Fiscal, ejerce un segundo control sobre la actividad mediadora, ya que el fiscal, “valorando los acuerdos a los que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y el estado del procedimiento, podrá, decretar el archivo por oportunidad, o proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad”.

primera vez en el derecho español, la mediación en el proceso penal y, a tal efecto, dispuso en su artículo que 158, que el Ministerio Fiscal según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación.

Puede afirmarse que el concepto de fiscal investigador es común, también, a los sistemas japonés y coreano. En este sentido, deben destacarse las funciones que han de guiar la actuación del fiscal en el sistema criminal japonés, conforme a la Recomendación del CONSEJO PARA LA REFORMA DEL SISTEMA DE JUSTICIA de Japón para el siglo XXI, en la que se concluye que las obligaciones del fiscal, han de comprender, tanto la investigación criminal, como la acusación discrecional en monopolio y, también, la supervisión de la ejecución de las sentencias condenatorias.

La Recomendación, sostiene que “las funciones del fiscal, como el representante de lo público, consisten en ejercitar la autoridad en la investigación criminal —incluyendo tanto la de dirigir y supervisar la investigación primaria de órganos como la policía como la de asegurar la correcta llevanza de los casos—; presentar los cargos iniciales —el fiscal es la única autoridad que puede acusar e, incluso, cuando existe suficiente sospecha de un crimen para proceder con los cargos iniciales, sobre la base de un juicio ponderativo de la posibilidad de rehabilitación del ofensor y, otros factores, puede decidir no proceder con los cargos iniciales—; acusar y supervisar la ejecución del juicio de los tribunales. A fin de asegurar la confianza del pueblo en la realización apropiada de la autoridad penal y en el sistema criminal, el fiscal deberá siempre ejercitar estas autoridades estricta y justamente. Juzgando desde la importancia de las funciones del fiscal y desde el hecho de que la misión del sistema penal es encontrar la verdad en cada caso, bajo la garantía del proceso debido, el fiscal debe aceptar modestamente el peso de esa autoridad y responsabilidad sin caer en autocomplacencia, debe poseer abundante humanidad rica en apreciación de los derechos humanos, debe, por supuesto, tener un sentido común para la sociedad, debe tener un comprensión profunda de la delicada naturaleza de las relaciones humanas”⁶⁸³.

⁶⁸³ Recommendations, JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL for a justice system to support Japan in the 21st century, Tokio, 2001. Traducción del autor desde la versión oficial inglesa. Texto original: “the roles of the public prosecutor, as the representative of the public, are to exercise the authority for criminal investigation (including to direct and supervise the primary

Por su parte, el derecho procesal francés regula la pervivencia del juez instructor en el *Code de procédure pénale* al disponer que “el juez de instrucción podrá de oficio, a requerimiento del Ministerio Público o a petición de la parte civil, procederá a efectuar, conforme a la ley, cualquier actuación que le permita apreciar la naturaleza y la importancia de los perjuicios sufridos por la víctima o a recoger informaciones sobre la personalidad de ésta”⁶⁸⁴. En este sentido, ARMENTA DEU, afirma que del sistema francés se desprende que, sin eliminar el valor del argumento del derecho comparado, “la realidad de los diferentes países es plural y debe examinarse en el contexto del conjunto del sistema procesal penal de que se trate”⁶⁸⁵.

Ha de tenerse en consideración que la excepcionalidad, en términos de derecho comparado, del mantenimiento de la figura del juez instructor francés no es una cuestión que pueda afirmarse pacífica dentro del pensamiento de la doctrina francesa. En este sentido, BACIGALUPO señala que “este esclarecimiento de la sospecha está confiado en nuestro Derecho al juez de instrucción, una figura que proviene del Derecho francés, donde ha sido seriamente cuestionada su compatibilidad con las garantías del Estado de

investigative organs such as the police so as to secure the proper handling of cases), to institute prosecution (the public prosecutor is the sole authority that may institute prosecution, and even when there is sufficient suspicion of a crime to institute and pursue prosecution, the public prosecutor, based upon a comprehensive judgment as to the possibility of rehabilitation of the offender and other factors, may decide not to institute prosecution), to pursue prosecution, and to supervise the execution of the judgment of criminal courts. In order to secure people's confidence in the appropriate realization of penal authority and people's confidence in the criminal justice system, the public prosecutor must at all times exercise these authorities strictly and fairly. Judging from the importance of these duties of the public prosecutor, and from the fact that the mission of the criminal justice system is to find the truth of the case, under the guarantee of due process, the public prosecutor must modestly accept the weight of such authority and responsibility without falling into self-complacency, must possess abundant humanity rich in appreciation for human rights, must of course have common sense for society, must have deep understanding and discernment of the delicate nature and feelings of human relationships”.

⁶⁸⁴ Artículo 81 del *Code de procédure pénale* aprobado por la Ley núm. 516/2000, de 15 de junio.

⁶⁸⁵ ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., pág. 287. La autora explica que en Francia continúa vigente la instrucción judicial “no sólo por motivos tradicionales, sino también por las concretas experiencias históricas relacionadas con la falta de independencia del fiscal frente al ejecutivo y sus competencias respecto a la llamada *opportunité des poursuites* ex artículo 40 CPPF, recuérdese que en Francia no hay Fiscal General del Estado y la autoridad última corresponde al Ministro de Justicia y al práctico monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal”.

Derecho, dado que actúa por un lado como persecutor del acusado y, por otro, como juez que dispone medidas cautelares, como regla, de oficio”⁶⁸⁶.

4.3. LA DEPENDENCIA DE LA POLICÍA JUDICIAL DEL MINISTERIO FISCAL

Desde luego, no puede ser tildado de novedoso el interés que el Ministerio Fiscal ha prestado históricamente a la necesidad de contar con un cuerpo de policía judicial a su servicio, para poder garantizar la efectividad de sus funciones. Resulta preciso recordar que, la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 1886, puso ya de relieve que no bastaba “el concurso de la policía gubernativa al objeto de perseguir a los delincuentes” y que, resultaba preciso construir una policía judicial “distinta e independiente de la gubernativa, hábil, discreta y sagaz, puesta a las órdenes de los jueces instructores y de los fiscales que intervienen la formación de los sumarios” lo que constituiría —sostiene la Memoria— “una reforma utilísima y de precio inestimable”⁶⁸⁷.

La Constitución de 1978, dentro del Título VI relativo al Poder Judicial, otorgó la razón al Público Ministerio y declaró que la “policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente” (art. 126 CE). Tal precepto constitucional, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio del Poder Judicial (arts. 443 a 446), por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 286 y ss. y 786), y por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, a su vez, ha sido desarrollado por el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, sobre policía judicial⁶⁸⁸.

Ahora bien, en una investigación delictiva dirigida por el fiscal, se torna preciso que éste pueda dirigir de forma efectiva a la policía judicial. En este sentido, GIMENO

⁶⁸⁶ BACIGALUPO, E., *El debido proceso...* op. cit., pág. 52.

⁶⁸⁷ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Madrid, 1886, págs. 19–20.

⁶⁸⁸ Sobre la policía judicial trata la Instrucción núm. 2/1988, y la Circular de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, núm. 1/1989, relativa al procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, págs. 425–428.

afirma que en el nuevo modelo de investigación fiscal “la dependencia de la policía judicial con respecto al MF es plena”, por lo que su colaboración ya no quedaría ceñida a la práctica de diligencias concretas, sino que se extiende a lo largo de toda la investigación sumarial, “que ha de ser dirigida por el MF y ejecutada por la policía judicial”⁶⁸⁹. Por su parte, MORENO CATENA señala que no parece posible articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces en el actual modelo de proceso penal, “porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de ellos, organizados precisamente de acuerdo con el principio de independencia en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, de modo que una adscripción de ese tipo sería sencillamente un caos. Otra cosa bien distinta sucedería si la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, que actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art.124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Así pues, una solución de este tenor permitiría al tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico, suprimiendo

⁶⁸⁹ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...” op. cit., pág. 93. En el mismo sentido, MORENO CATENA V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación...”, op. cit., págs. 80–81. El autor afirma que el modelo actual policial de dependencia funcional de los jueces y del Ministerio Fiscal, “preciso es reconocerlo, funciona con notables carencias” y “lo cierto es que no cabe articular una dependencia real de la policía judicial respecto de los jueces, en concreto, de los jueces de instrucción, porque toda la policía estaría subordinada al criterio de todos y cada uno de los miembros del Poder Judicial con responsabilidades penales, ya que éstos están organizados de acuerdo con el principio de independencia, de modo que una adscripción de ese tipo sería sencillamente un caos. Sin embargo, otra cosa distinta sería que la dependencia se estableciera respecto del Ministerio Fiscal, pues éste actúa de acuerdo con el principio de unidad y dependencia jerárquica (art. 124 CE), de modo que los superiores en rango podrían determinar los criterios y dictar las órdenes que rigieran la actividad de la policía judicial. Una solución de este tenor permitiría a un tiempo atribuir en exclusiva las funciones de investigación criminal a un cuerpo específico y erradicar las graves intromisiones o interferencias que en ocasiones ha provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal”. En contra, una corriente doctrinal minoritaria ha afirmado que, del estudio del derecho comparado, se desprende que el fiscal investigador no es capaz de controlar a la policía judicial. En tal sentido, DE URBANO CASTRILLO E., “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo...”, op. cit., pág. 36, señala que “de la literatura sobre esta materia [derecho comparado sobre sistemas criminales donde la investigación es encomendada al fiscal], se desprende que el control de la Fiscalía sobre la Policía, en materia de investigación, no funciona debidamente, produciéndose de hecho, un deslizamiento desde la autonomía funcional hacia un poder real investigador propio de la Policía, y ello debido, a tres razones, al menos: la insuficiente plantilla del Ministerio Fiscal, su deficiente organización y su mentalidad sedentaria”.

las intromisiones o interferencias que en ocasiones han provocado la competencia entre distintos cuerpos policiales en detrimento de la persecución penal”⁶⁹⁰.

El Anteproyecto de 2011, apuesta claramente por la unificación de la dirección funcional de la policía judicial bajo la dependencia del Ministerio Fiscal, manteniendo la organización y dependencia orgánica de aquella bajo el Ministerio del Interior. Con ello se persiguen tres objetivos: en primer lugar, obtener la unificación de criterios en la investigación del delito, en segundo lugar, lograr una maximización de recursos humanos y materiales y, en tercer término, evitar la duplicidad de solicitudes de intervención de comunicaciones y de entrada y registro por la policía judicial.

En el Título Primero del Anteproyecto, dentro Libro Primero, el pre-legislador dedica el Capítulo II al Ministerio Fiscal y, en concreto, el artículo 55 en su párrafo II, dispone que corresponde al Ministerio Fiscal la potestad de dirigir la investigación de los hechos punibles y la de ejercitar la acción penal contra quienes deban responder criminalmente de los mismos. Este precepto, se completa con el artículo 443 del mismo texto articulado, en el que se establece que en el desarrollo de su actividad investigadora, la policía judicial actuará siempre bajo el control del Ministerio Fiscal en la forma establecida en tal ley y, cabe así mismo resaltar el artículo 456, que declara que una vez que el Ministerio Fiscal haya asumido la dirección de la investigación los funcionarios de la policía judicial estarán obligados a ejecutar cuantas órdenes o instrucciones les imparta el fiscal responsable de dicha investigación.

A mayor abundamiento, debe destacarse que el fiscal asume la dirección de la investigación en todo caso, ya sea desde que, en virtud de una denuncia o atestado, llegue a su conocimiento la noticia de la comisión de una infracción penal perseguible de oficio, ya sea que, el fiscal —de oficio— venga a saber de la comisión de una infracción penal. En ambos supuestos, el fiscal habrá de dictar un Decreto acordando iniciar el procedimiento de investigación. Además, éste toma el control sobre la pertinencia o no de iniciar o continuar la actividad investigadora, ya que al recibir el atestado o la denuncia podrá decretar el archivo por no ser el hecho constitutivo de infracción penal o por haberse extinguido la responsabilidad criminal.

⁶⁹⁰ MORENO CÁTENA V., “El proceso penal español. Algunas alternativas...”, op. cit., pág. 37.

Esta facultad encuentra su contrapeso en el artículo 462 del Anteproyecto, que otorga al juez de garantías potestad, en cualquier estado del procedimiento y, previa petición del investigado, para acordar el sobreseimiento cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal, si bien esta resolución requerirá la previa audiencia del Ministerio Fiscal, que podrá interponer contra ella recurso de apelación.

El control funcional que ejerce el fiscal sobre la actividad investigadora, se manifiesta especialmente en el hecho que, si bien se admite que el fiscal delegue ciertas actuaciones investigadoras en la policía judicial, al efectuar dicha delegación, el fiscal deberá indicar a los funcionarios policiales el tiempo y forma en que debe ser informado de las actuaciones que lleven a cabo, y podrá señalar, además de las que establece esta ley, aquellas diligencias que no podrán practicarse sin su autorización o conocimiento previos. La supervisión del fiscal en la investigación delictiva no se configura, por tanto, de forma facultativa, sino obligatoria. Esta dependencia funcional de la policía judicial respecto del Ministerio Fiscal se desarrolla de forma minuciosa, a los fines de evitar vacíos legales, a lo largo del texto articulado⁶⁹¹.

En el mismo sentido, TORRES–DULCE LIFANTE sostiene que es requisito necesario para la instauración del sistema instructor fiscal, “la creación de un policía judicial dependiente funcionalmente de la Fiscalía”, por ser una exigencia de

⁶⁹¹ Destáquense, entre otros, los siguientes preceptos del Anteproyecto de Ley en relación a la dependencia funcional de la Policía Judicial del Ministerio Fiscal: artículo 448.1. Practicadas las primeras diligencias, la Policía Judicial continuará su actividad investigadora bajo la dirección del fiscal hasta el total esclarecimiento de los hechos.

449.1. Cuando en el curso de la investigación se haya identificado al presunto responsable de la infracción penal, se elaborará un atestado que será inmediatamente entregado al Ministerio Fiscal sin necesidad de esperar a que la persona investigada sea detenida o localizada.

450.2. 2. Mediante relación periódica la policía informará al fiscal de las denuncias recibidas y de las investigaciones realizadas.

451.2 Igualmente podrá el Ministerio Fiscal ordenar en cualquier momento a la Policía Judicial la elaboración y entrega de atestado relativo a cualquier investigación que esté llevando a cabo.

452.1. Cuando se haya remitido el atestado al Ministerio Fiscal, continuará la actividad investigadora de la policía bajo el control y la dirección del fiscal responsable de la misma, al que se dará cuenta de las actuaciones que se practiquen y de su resultado.

452.2. Cuando el fiscal inicie el procedimiento de investigación mediante decreto, sólo se realizarán las actuaciones que éste expresamente ordene.

“credibilidad y de eficiencia”⁶⁹². De igual forma, el autor sostiene, que para el buen fin de la investigación, resulta preciso que al Ministerio Público le sean adscritas unidades de peritos técnicos y científicos.

En mi opinión, la mera dependencia funcional no resulta suficiente para garantizar una investigación eficaz sino que es preciso, también, establecer un sistema de vinculación orgánica parcial de la policía judicial al fiscal. No ha de haber duda de que para hacer frente a la criminalidad del siglo XXI, si la investigación del delito fuera a ser finalmente confiada al fiscal, la Pública Institución, necesariamente deberá disponer ésta de un cuerpo de policía judicial que dependa de la misma, no sólo de forma funcional sino, también orgánicamente o —como mínimo—deberá ostentar potestad sancionadora directa sobre los agentes policiales en materia disciplinaria, a fin de poder garantizar que los recursos humanos y técnicos de la policía judicial se encuentren exclusivamente adscritos al servicio del Ministerio Fiscal y, de este modo, evitar que se deriven a funciones de seguridad en el marco de las directrices gubernamentales que guían la actuación del Ministerio del Interior. Este es, precisamente, el sentido de la Recomendación 2000 (19), del COMITÉ DE MINISTROS del CONSEJO DE EUROPA, de 6 de octubre, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal, al disponer que “en los Estados donde la policía es colocada bajo la autoridad de la acusación pública o donde las investigaciones criminales son conducidas o supervisadas por la acusación pública, el Estado debe tomar medidas efectivas para que el fiscal pueda:

1. Dar instrucciones a la Policía para una efectiva implementación de las prioridades en política criminal, notablemente con respecto a decidir que categoría de casos han de ser acometidos primero, la forma de buscar pruebas, el personal que debe ser empleado, la duración de las investigaciones, la información que debe darse al fiscal.
2. En el supuesto de que haya varias agencias de policía, decidir respecto de los casos individuales la agencia que debe efectuar la investigación.
3. Llevar controles sobre la Policía para comprobar que cumplen las instrucciones del fiscal y la Ley.

⁶⁹² Cfr. TORRES–DULCE LIFANTE E., “La reforma de la instrucción en el proceso penal y el fiscal investigador”, *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005, pág. 86.

4. Sancionar o promover que sean sancionados los agentes policiales, por las eventuales violaciones de las instrucciones del fiscal o la Ley⁶⁹³.

En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES sostiene que el modelo no ha de fundarse en una dependencia orgánica general sino especializada, en áreas de delincuencia económica o corrupción pública, entre otras, “creando secciones especializadas en las Fiscalías territoriales que tuvieran adscritas unidades de investigación policial”⁶⁹⁴.

En último término, debe destacarse que la asunción de la investigación criminal por el Ministerio Fiscal exigirá que éste sea designado como autoridad investigadora judicial a los efectos de cooperación policial internacional, particularmente en cuanto a lo prevenido en el art. 40.1 del Acuerdo de Shenguen⁶⁹⁵, que declara que los agentes del Estado que, en el marco de una investigación judicial, estén vigilando a una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo que pueda dar lugar a extradición, estarán autorizados a proseguir tal vigilancia en el territorio de otro Estado, siempre que éste haya autorizado la vigilancia transfronteriza a raíz de una solicitud de asistencia judicial presentada previamente que deberá dirigirse a una autoridad designada por cada uno de los Estados y competente para conceder o transmitir la autorización solicitada⁶⁹⁶.

⁶⁹³ Recomendación 2000 (19), del COMITÉ DE MINISTROS del CONSEJO DE EUROPA, de 6 de octubre, sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, apartado 22.

⁶⁹⁴ CASTILLEJO MANZANARES R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías...”, op. cit., pág. 54.

⁶⁹⁵ CONVENIO DE APLICACIÓN DEL ACUERDO DE SCHENGEN de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. España se adhirió al Convenio por Acuerdo de adhesión, hecho en Bonn el 25 de junio de 1991.

⁶⁹⁶ Sobre las funciones del Ministerio Fiscal en cooperación policial internacional, Vide MORENO CATENA V. y CASTILLEJO MANZANARES R., *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, Valencia, 1999, págs. 67-71.

CAPÍTULO TERCERO

HACIA UNA INSTRUCCIÓN DIRIGIDA

POR EL MINISTERIO FISCAL

“El fiscal, que no debe acusar por sistema, sino promover la aplicación de la Ley, viene más obligado todavía a conocer y ponderar todos los hechos y a procurar una investigación completa”⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1933, pág. 37.

1. SOBRE LAS POTESTADES INVESTIGADORAS DEL MINISTERIO FISCAL

Con razón, ASECIO afirma que “es una realidad que los jueces de instrucción cumplen con una función inquisitiva y que, por ello, su imparcialidad es meramente teórica”⁶⁹⁸. El desarrollo humano ha puesto de manifiesto que, más tarde o más temprano, los pueblos y sus leyes tienden a actuar de acuerdo con parámetros próximos al razonamiento lógico y, por ello, comparto con FUENTES, que en la actualidad, “consciente o inconscientemente, nos encontramos inmersos en una evolución jurídica que lenta e inevitablemente se encamina a la finalidad última de configurar un sistema de enjuiciamiento criminal para nuestro país en el que la dirección de la investigación penal se otorgue, definitivamente, al Ministerio Fiscal”⁶⁹⁹. En este sentido, GIMENO sostiene que el modelo de reforma respeta absolutamente nuestra Ley Fundamental siempre que la “prueba preconstituida y anticipada, la prisión provisional, entrada y registro e intervención de las comunicaciones, han de seguir siendo un patrimonio exclusivo de la jurisdicción”⁷⁰⁰.

⁶⁹⁸ ASECIO MELLADO J. M. “La reforma del sistema de medidas cautelares”, *La reforma del proceso penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011, pág. 302. El autor afirma que: “es la función la que determina la garantía, no la cualidad de quien la ejerce”.

⁶⁹⁹ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 196.

⁷⁰⁰ GIMENO SENDRA V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional...”, op. cit., doc. electr. CENDOJ, págs. 7 y 14. También, GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...” op. cit., pág. 89. El autor afirma que “la instauración de este modelo no conllevaría, ni mucho menos tal y como proclaman sus detractores, la desaparición del juez de la instrucción, sino la reducción de su competencia a funciones estrictamente jurisdiccionales, de tal suerte que tan sólo la práctica de los actos investigatorios sería encomendada al MF y la policía judicial”. En contra, MARTÍN PALLÍN propone que “dejemos que la historia permanezca con sus actuales protagonistas [juez instructor] porque lo contrario

En los mismos términos, FUENTES afirma que atribuir la dirección de la investigación al Ministerio Fiscal resulta “constitucionalmente posible —e incluso preferible— y legalmente deseable atribuir al Ministerio Fiscal aquellas facultades instructoras que no tienen naturaleza estrictamente judicial siendo por tanto estas últimas competencia exclusiva de jueces y magistrados”⁷⁰¹.

Sobre la base de admitir como premisa cierta, la inevitabilidad futura de un cambio legislativo, a través del cual, la fase instructora del proceso penal español será estructurada con arreglo a un sistema de investigación fiscal, procuro en el presente Capítulo, trazar determinadas líneas directrices a fin de alertar del peligro de ineficacia de cualquier futura ley que fuera temerosa —a semejanza del Borrador de la Ley procesal penal de 2013— de empoderar al fiscal con las herramientas necesarias para realizar una correcta investigación⁷⁰².

Ha de ser afirmado, que la salvaguardia de los derechos de imputados y acusados y la protección del derecho de defensa han de constituir —en todo caso— el punto de partida de cualquier regulación procesal criminal. Ahora bien, legislar no puede significar ceder a temores injustificados. El Borrador de 2013 de ley procesal penal, ha sido presa del anunciado temor al fiscal investigador y, por querer satisfacer a las voces críticas con la eliminación del juez instructor, ha propuesto una ley colmada de duplicidades instructorias y ha diseñado una figura del fiscal incapaz de investigar con eficacia ya que, el ejercicio de sus funciones, se halla lastrado por la necesidad de acudir al juez para cualquier restricción de derechos —aunque fuera mínima—,

sería introducir un cambio, en mi opinión, peligroso, inútil e incluso inconstitucional, por romper el principio de igualdad de armas y el derecho a un juicio con todas las garantías”, Vide MARTÍN PALLÍN J.A., “¿Tiene futuro el juez de instrucción...”, op. cit., pág. 161.

⁷⁰¹ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., págs. 247.

⁷⁰² Ya han sido reproducidas en el presente trabajo las palabras —que comparto— formuladas por TORRES–DULCE, actuando como Fiscal General del Estado, por las que subraya que el Borrador de 2013 “incurre en la fase preparatoria en una grave inconsecuencia: atribuir la dirección de la investigación criminal al fiscal y negarle, al mismo tiempo, la capacidad de maniobra precisa para llevarla a buen término. Particularmente grave es el recelo que muestra hacia la figura del fiscal, pues le somete a un constante escrutinio de su actividad investigadora por el tribunal de garantías y por las partes personadas desconocido en el derecho comparado e incompatible con cualquier perspectiva de eficacia”, Vide TORRES–DULCE LIFANTE, discurso del Fiscal General del Estado en el acto de apertura del año judicial, 16 de septiembre de 2013.

llegando al absurdo de exigir que el fiscal necesite acudir al juez hasta para tomar coercitivamente las huellas dactiloscópicas al sospechoso (art. 284.4). Sin perjuicio de la —injustificada e incomprensible— falta de confianza en el fiscal que muestra el Borrador de 2013 que, paradójicamente, ha sido elaborado principalmente por fiscales, ha de afirmarse que una ley con tales directrices, no puede servir a su función de ser el cauce de un proceso ágil y eficaz.

En definitiva, el Borrador de 2013, diseña un proceso colmado de duplicidades decisorias cuya eliminación es, precisamente, uno de los motivos principales para sostener la conveniencia de asumir el sistema de investigación fiscal en el que se evite incurrir en la duplicidad de actuaciones.

En este sentido, afirma FUENTES que la ineficacia de nuestro actual sistema de instrucción “reside, básicamente, en la duplicidad de la práctica de diligencias de investigación”⁷⁰³.

Precisamente, el exceso de *cautelae contra fiscal* fue la causa de la deficiente regulación de las actuales diligencias de investigación fiscales caracterizadas por su incertidumbre temporal (art. 773.2 LECrim. y art. 5 EOMF). No sin razón, la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO sostiene que la “facultad de investigación que se concede al fiscal, carece en la práctica de las condiciones necesarias para ser ejercida con toda efectividad y hasta sus últimas consecuencias”⁷⁰⁴. Por ello, FUENTES alerta que sólo

⁷⁰³ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 201.

⁷⁰⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 4/2013, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, pág. 3. Vide también: F.G.E., Circular 1/1989, de 8 de marzo sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre. F.G.E., Instrucción 1/1995, de 29 de diciembre, sobre atribuciones y competencias de los fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios. F.G.E., Consulta 2/1995, de 19 de abril, sobre dos cuestiones de las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad. F.G.E., Consulta 1/1999, de 22 de enero sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones. F.G.E., Consulta 1/2005, de 31 de marzo sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas. F.G.E., Instrucción 9/2005 en materia de incendios forestales. F.G.E., Instrucción 11/2005 sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE. F.G.E., Instrucción 12/2005, sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus fiscales delegados. F.G.E., Instrucción 4/2006, de

un buen entendimiento de estas diligencias, podrá otorgarles “el valor y la relevancia” que les corresponde en la agilización del proceso que habrá de ir de la mano de la adecuada comprensión del principio de presunción de autenticidad de las actuaciones del fiscal (art. 5.3 EOMF). Esta presunción posibilita que, —judicializado sea el asunto— las diligencias practicadas por la Fiscalía se incorporen al sumario con presunción *iusris tantum* de “verdad formal”, siempre con la comprensión de que sólo es prueba la que se practica en el juicio oral sin perjuicio de la anticipada que pueda practicarse ante el juez de garantías⁷⁰⁵.

El peligro de discordancia entre norma procesal y norma aplicable, se cierne —desde antiguo— sobre el legislador español. Cabe recordar que, sólo unos años después de que fuese aprobada la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal por los Reales Decretos de 14 de septiembre y de 14 de octubre de 1882, el modelo de plazos instructorios diseñado por la misma, se mostró —de *facto*— de imposible cumplimiento. El legislador —decimonónico y contemporáneo— yerra, con frecuencia, por no tener en consideración que las leyes han de fundamentarse en hechos posibles y no en meros deseos. En este sentido, la Memoria de 1888 de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO afirma:

“Con razón quiere la Ley de enjuiciamiento criminal acortar la duración de los sumarios, porque la Justicia es más temida por su rapidez que por su severidad; y sin embargo, pocos son los que terminan dentro del plazo del mes que fija el art. 324, ni aún antes de los tres, plazo mayor a que se refiere el art. 302; y esto sin culpa de los jueces instructores ni de los fiscales, cuyo celo suele estrellarse contra obstáculos insuperables”⁷⁰⁶.

13 de julio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada. F.G.E., Instrucción 1/2008, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial. F.G.E., Circular 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos. F.G.E., Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis.

⁷⁰⁵ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado...* op. cit., pág. 42

⁷⁰⁶ Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, 1888, pág. 11.

Sin perjuicio de la corporativa referencia hecha al celo de instructores y fiscales, la cuestión que subyace en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, radica en que el sistemático incumplimiento de los plazos de la ley procesal española no trae solamente su causa en hechos posteriores a su creación sino que, por el contrario, el problema ha de encontrarse en su origen como consecuencia de la una falta de previsión de los elementos concurrentes en la dilación de los procesos, de lo que se desprende que pueda afirmarse que el modelo de plazos de nuestra Ley criminal nació sin voluntad de cumplimiento.

Pues bien, al peligro general de discordancia entre lo que se regula y lo que resultará de los medios que sean dispuestos para llevar a efecto lo regulado; se une un segundo riesgo, que puede definirse como el tradicional exceso de precaución del legislador a la hora de otorgar potestades instructorias al fiscal, ya sean restrictivas de derechos, ya sean relativas a la decisión sobre la apertura de juicio oral. Hoy, ese exceso precautorio se halla plasmado —de forma expresa— en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal que dispone que éste “para el esclarecimiento de los hechos (...) puede llevar a cabo u ordenar aquellas diligencias para las que esté legitimado según la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales no podrán suponer la adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos” (art. 5.2 EOMF).

Este temor de empoderar al fiscal con las herramientas necesarias para acometer correctamente la función investigadora, se halla íntimamente unido a la ausencia de deseo del legislador por diseñar orgánicamente un verdadero fiscal imparcial. Ello dificulta que el Ministerio Público, —por razón de su vinculación gubernamental con designación discrecional de sus jefaturas, y de la concesión de poderes omnímodos al Fiscal General de Estado sobre los asuntos particulares— adquiera determinadas potestades instructoras avanzadas. Esta amputación competencial del fiscal, contrasta con los sistemas instructorios comparados de investigación fiscal, particularmente, con aquellos regulados por la Ordenanza procesal alemana —*Strafprozeßordnung*— (StPO) y por el *Codice di Procedura Penale* italiano.

Si el enfermizo compromiso del legislador por evitar la evolución del Ministerio Fiscal hacia una estructura que garantice la neutralidad de sus miembros ha de inclinar a aquél, —por deseo de acallar el temor popular a la parcialidad del fiscal— a crear una

ley procesal criminal —sin modificar simultáneamente su Estatuto orgánico— con un sistema de investigación fiscal colmado de impedimentos de actuación que imposibiliten al Ministerio Público la ejecución de una auténtica función investigadora, consagrando la percepción histórica del fiscal como figura en permanente sospecha de parcialidad; ciertamente, debe cuestionarse la conveniencia de cambiar nuestro sistema instructorio de rasgos napoleónicos contenido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de resultados —sin duda insatisfactorios—, por otra ley procesal que vaya a producir resultados tan cuestionables como los anteriores. No obstante, es evidente, que el camino a seguir no puede tener como destino el inmovilismo legislativo ni, tampoco, la reforma parcial. En este sentido, ha de compartirse con FUENTES que la disociación entre el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 y la realidad social actual, es ya “irreconciliable”⁷⁰⁷.

En el presente Capítulo III, se esbozan las líneas básicas que, a mi juicio, han de estructurar la fase instructoria de nuestro sistema criminal acusatorio formal, haciendo de éste un modelo avanzado de investigación fiscal, con parámetros similares a los contenidos en las legislaciones alemana e italiana, que consagren un fiscal investigador que pueda adoptar decisiones limitativas de derechos y cautelares en tanto no exista para ello reserva judicial de carácter constitucional, a fin de poder diseñar una investigación criminal rápida y garantista.

⁷⁰⁷ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.163.

2. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS

El corazón del sistema procesal penal se halla constituido por el derecho de defensa en su significado más extenso incluyendo en el mismo, tanto las garantías procesales del imputado —tales como, el derecho a ser informado de la acusación que pende contra él, el derecho a no confesarse culpable o a no declarar contra sí mismo, el derecho a la asistencia de letrado, el derecho de defensa en sentido estricto y el derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa— así como, también, los principios generales del proceso penal de intervención mínima, —legalidad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, *ne bis in idem*, contradicción e igualdad de armas procesales—. La responsabilidad en la tutela de todos estos derechos y garantías se halla compartida entre el Ministerio Fiscal, los tribunales y la defensa del imputado.

Lo cierto es que, como —con acierto— aprecia ROXIN, ha de reputarse falsa la creencia de que existen dos fuerzas en conflicto llamadas Estado y ciudadano, la primera tratando de garantizar la seguridad a cualquier precio y la segunda pretendiendo que no se violen sus derechos apelando a sus garantías constitucionales⁷⁰⁸. En este sentido, FUENTES afirma que no debe olvidarse que el Ministerio Fiscal “es un órgano del Estado cuya función principal es sostener la acusación en la búsqueda y con el fin de alcanzar la paz social” y que ésta “se altera tanto cuando no se persigue al delincuente, cuanto cuando se pide la condena de un inocente presentando como sospechoso a sabiendas de la falta de fundamentación o de solidez de la pretensión” y, es por ello, que el fiscal “habrá de practicar todas aquellas diligencias de investigación que puedan servir tanto para la acusación cuanto para la exculpación del imputado”⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., pág. 258.

⁷⁰⁹ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado*...op. cit., págs. 252–253.

La realidad de la praxis judicial no es de enfrentamiento sino de confluencia de intereses ya que, el primer garante en la observancia de los derechos fundamentales ha de ser el propio Estado en el ejercicio de sus tres poderes, como legislador, como ejecutor y como juzgador. Y, el Ministerio Fiscal, ocupando ese lugar —indefinido e indefinible— entre el segundo y el tercer poder, ostenta una obligación —de rango constitucional— de “promover la acción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos” (art. 124.1 CE). Por su parte, el Estatuto orgánico de 1981 insiste en las funciones protectoras y defensivas de la Pública Institución al disponer que ésta ha de “velar por el respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa” (art. 3.3 EOMF). A mayor abundamiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que el fiscal “velará por el respeto de las garantías procesales del imputado” (art. 773.1 LECrim).

En este sentido, ROXIN se pregunta “para que se necesita, después de todo, un defensor especial, si ya la fiscalía y el tribunal están obligados a investigar de oficio todas las circunstancias de descargo”. El autor alemán no puede ofrecer otra respuesta a la presencia del abogado defensor en el sistema procesal alemán (acusatorio formal con investigador fiscal) que no sea la de mitigar el riesgo de que “la fiscalía y el tribunal puedan pasar por alto circunstancias de descargo o no apreciarlas debidamente en toda su extensión, a pesar de poner de sí su mejor voluntad para reunir todos los elementos de la investigación”, lo que para el autor es razón suficiente para justificar que haya de rechazarse cualquier limitación a la posición del defensor —especialmente en los delitos graves—⁷¹⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de tenerse presente que existe un sentimiento de preocupación en la doctrina española más autorizada ante el peligro de lesión del principio de igualdad de armas procesales en el supuesto de que recaiga en el Ministerio Fiscal la función de investigar y de acusar —o, en su caso, de no acusar—. En este sentido, con razón, FUENTES afirma que “uno de los grandes temores que provoca tanto en la doctrina, cuanto en la totalidad de operadores jurídicos el otorgar la dirección de la instrucción procesal al Ministerio Fiscal reside en el desequilibrio que podría

⁷¹⁰ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., págs. 131–132.

llegar a darse entre las distintas partes del proceso (fundamentalmente entre el Ministerio Fiscal —como acusación pública— y la defensa)⁷¹¹.

De forma básica, la Constitución dispone que se garantiza el derecho a la “defensa y a la asistencia de letrado” (art. 24.2 C.C.). Con una redacción más amplia, que incluye —acertadamente— en derecho a la autodefensa, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales declara que toda persona tiene derecho a “disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa” y, también, a “defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la Justicia lo exijan”(art. 6.3 b, c).

Es doctrina consolidada del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, que la vigencia del derecho de defensa, en fase instructoria, conlleva una triple exigencia:

1. “Nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad, declarado judicialmente imputado, (...) para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación”.

2. “Nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía (...) que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia”.

3. “La imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación

⁷¹¹ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág. 202.

(art. 118 LECr.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el juez de instrucción retrasa arbitrariamente su puesta en conocimiento, razón por la cual dicha actuación procesal habrá de estimarse contraria al art. 24 CE, y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la prueba prohibida (art. 11.1 LOPJ)⁷¹².

El Tribunal Constitucional, ha declarado que el derecho de defensa se halla integrado o ínsito en el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías, también denominado derecho a un proceso justo o, —en términos anglosajones—, derecho al debido proceso, cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de contradicción y de igualdad de armas. En este sentido, el Tribunal ha afirmado que “entre el haz de garantías que integran el derecho a un proceso justo, se incluye el derecho a la defensa y a la asistencia letrada que el art. 24.2 CE reconoce no sólo para el proceso penal sino también, con las oportunas especialidades, para el resto de los procesos, y cuya finalidad es la de asegurar la efectiva realización de los principios de contradicción y de igualdad de armas que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes, o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas un resultado de indefensión, prohibido en todo caso en el inciso final del art. 24.1 CE”⁷¹³.

De ello se desprende, que devenga inaplazable precisar, con exactitud, el significado del principio de igualdad de armas a fin de poder determinar qué requisitos son exigidos por tal principio en las distintas etapas investigatorias de la fase de instrucción del proceso penal. El TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS define este principio como una de las facetas del más amplio concepto de juicio justo, por el que a cada parte ha de serle otorgada una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no le coloquen en una situación de desventaja frente a su oponente⁷¹⁴. Más recientemente, el Tribunal ha reiterado que el principio de

⁷¹² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 129/1993, de 19 de marzo, FD 2º. Ponente: GIMENO SENDRA V.

⁷¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 105/1996, de 11 de junio, FD 2º. Ponente: GIMENO SENDRA, VICENTE.

⁷¹⁴ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Foucher* contra Francia, Sentencia de 18 de marzo de 1997, recurso núm. 22209/1993. El fundamento 34 declara: “the principle of equality of arms, as one of the features of the wider concept of a fair trial, each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case in conditions that do not

igualdad de armas es un elemento del concepto más amplio de proceso justo, cuyo contenido se integra en el art. 6.1 del Convenio que exige un equilibrio justo entre las partes, de forma que cada parte debe tener una oportunidad razonable de presentar su caso bajo condiciones que no le coloquen en una desventaja sustancial con su oponente⁷¹⁵.

Por último, el Tribunal de Estrasburgo, sostiene que el principio de igualdad de armas ha de manifestarse en el proceso incluso cuando la independencia o imparcialidad del fiscal no pueda ser objeto de crítica, exigencia que es consecuencia de la creciente sensibilidad del público hacia una administración de Justicia justa, que justifica la importancia de las apariencias⁷¹⁶.

Ahora bien, ello no significa que la situación procesal del Ministerio Fiscal pueda ser —materialmente— la misma que la del defensor, ya que mientras aquél ha de dirigir la investigación, a éste no le compete obligación alguna sobre la buena marcha de la misma. A mayor abundamiento, el propio Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del CONSEJO DE EUROPA únicamente recomienda el establecimiento de un régimen absoluto de igualdad procesal en el que el fiscal no posea privilegios procesales, en sus actuaciones en las jurisdicciones no penales⁷¹⁷.

place him at a disadvantage vis-à-vis his opponent”. El Tribunal declara que la violación del principio de igualdad de armas vulnera el art 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece, en lo que aquí interesa que: “en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil o de cualquier acusación penal formulada contra él, todo el mundo tiene derecho a ser oído públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley”.

⁷¹⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Korolev contra Rusia (2), Sentencia de 1 de marzo de 2010, recurso núm. 5447/2003. El fundamento 29 declara: “the Court reiterates that the principle of equality of arms is one element of the broader concept of fair trial, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. It requires a fair balance between the parties, each party must be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent”.

⁷¹⁶ *Ibidem*, fundamento 31. En el mismo sentido, TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Vide caso Borgers contra Bélgica, Sentencia de 30 de octubre de 1991, recurso núm. 12005/1986, fundamento 24.

⁷¹⁷ Opinión 2008 (3) del CONSEJO CONSULTIVO DE FISCALES EUROPEOS del CONSEJO DE EUROPA. En el fundamento 38 f declara: “when acting outside the criminal law field, prosecutors should enjoy the same rights and obligations as any other party and should not enjoy a privileged position in the court proceedings (equality of arms)”.

En síntesis, el Tribunal de los Derechos Humanos sostiene el principio de igualdad de armas, constreñido al proceso penal, requiere que la defensa no sea sometida a una desventaja sustancial con respecto del Ministerio Fiscal. Y, en segundo término, que aunque *de facto* no se discrimine a la defensa del imputado o acusado por la posición preponderante del fiscal, sea necesario —a fin de no vulnerar el art. 6.1 del Convenio—, además, que *en apariencia* tampoco pueda afirmarse la existencia de desventaja procesal sustancial.

Con razón, FUENTES afirma que en un sistema de investigación fiscal, “el debido respeto a la igualdad de armas en el proceso y con ella, en paralelo, al derecho de defensa, obliga a arbitrar mecanismos que garanticen una investigación objetiva del fiscal y no centrada, exclusivamente, en la búsqueda de elementos de cargo” ya que “resulta así consustancial a este sistema de instrucción el establecimiento de vías a través de las cuales el imputado —su defensa— pueda solicitar del fiscal la práctica de aquellas diligencias de investigación que a su derecho convengan”⁷¹⁸. Por otro lado, ha de destacarse que la igualdad procesal es un principio cuyo cumplimiento no exige el mismo rigor en todas las fases del proceso. En la fase de plenario, el equilibrio de armas ha de ser exigente, sin embargo, en la fase instructora tal necesidad de equilibrio es inferior y, en la fase de investigación preliminar —si la hubiere—, la igualdad podrá ser, incluso, menor. En todo caso, ha de afirmarse que, no obstante la diferente intensidad, un cierto equilibrio procesal ha de existir en todas las fases del proceso.

Sin embargo, BACIGALUPO muestra una visión crítica sobre el proceso penal moderno en relación con el equilibrio procesal. El autor, se queja de que el principio de igualdad de armas opere reducidamente en el proceso español, ya que aquél “se limita prácticamente a la posibilidad de ofrecer pruebas y de interrogar a los testigos”, especialmente en la instrucción, en la que —afirma— rige “la desigualdad de armas”⁷¹⁹. Es mi juicio, que —en la actualidad— las facultades de la defensa son ciertamente amplias, e incluyen, la posibilidad de presencia en todas las diligencias judiciales, proposición de prueba y un completo haz de recursos. En este sentido, ARMENTA DEU considera que, si bien la vigencia del principio de igualdad de armas presenta

⁷¹⁸ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 207.

⁷¹⁹ BACIGALUPO E., *El debido proceso...* op.cit., pág. 35.

diferente intensidad en las fases del proceso, la creciente ampliación del derecho de defensa y de la existencia de contradicción en la fase instructora ha acrecentado “la igualdad de las partes acusadora y acusada, a partir del momento en que ésta última adquiere dicha condición de parte”⁷²⁰.

Las principales cuestiones que han de ser tratadas en relación con el principio de igualdad de armas —en una futura e hipotética— fase procesal instructoria de investigación fiscal son tres: la primera, referida a la necesidad de asistencia letrada; la segunda, sobre al acceso de ésta al expediente de la Fiscalía y; la tercera, atinente a la articulación de recurso judicial por el imputado en caso de que su solicitud de diligencias haya sido denegado por el fiscal.

2.1 ASISTENCIA LETRADA ANTE LA FISCALÍA

En un sistema acusatorio formal avanzado de investigación fiscal, el derecho del sospechoso a la asistencia letrada en la fase embrionaria del proceso criminal, deviene necesario desde la primera comparecencia del imputado ante el fiscal investigador y, además, la asistencia de abogado habrá de ser provista de oficio, si el imputado no gozase de recursos económicos para satisfacerla privada o —incluso— si aún gozando de recursos, el imputado no quisiera satisfacer su propia defensa ya que, en la jurisdicción penal, la defensa es un derecho irrenunciable. En este sentido, comparto con BLASCO SOTO que “en el proceso penal el turno de oficio prescinde de tomar en consideración el estado de fortuna de los imputados” a fin de “garantizar el proceso debido”⁷²¹.

A mayor abundamiento, esta solución es la acogida por el legislador español en la regulación de las diligencias de investigación pre procesal del art. 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5 del Estatuto orgánico de 1981, que disponen que el Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos

⁷²⁰ ARMENTA DEU T., “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables...”, op. cit., págs. 264–265.

⁷²¹ BLASCO SOTO C., “El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pág. 265.

establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración y que se observarán las mismas garantías previstas para la declaración judicial, de lo que se desprende la aplicabilidad en la primera comparecencia del imputado ante el fiscal en un proceso de diligencias de investigación fiscal de las mismas garantías procesales comprendidas los arts. 767, 118 y 520 de la LECrim, que se exigen en la primera comparecencia judicial del imputado en el actual sistema de instrucción judicial, que incluyen, no solo derecho de asistencia letrada sino, también, la obligación por el órgano fiscal de provisión de asistencia jurídica gratuita⁷²².

En este sentido, la Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, ya estableció que “los Colegios de Abogados remitirán una copia de la lista de colegiados ejercientes del turno de oficio al Fiscal, lista que los señores Fiscales deberán, en otro caso, reclamar”⁷²³.

En adición a ello, el art. 5 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal dispone, respecto de las diligencias de investigación pre procesal del fiscal, que éste recibirá declaración al sospechoso, que “habrá de estar asistido de letrado”. La Circular 4/2013, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, declara que “si el sospechoso comparece sin asistencia letrada, habrá de dirigirse un oficio con la solicitud dirigida al Decano del Colegio de Abogados para la designación de Letrado del turno de oficio”. Además, deberá “darse al investigado y a su letrado la posibilidad de leer su declaración a efectos de que puedan solicitar la modificación de lo que entienda no ha sido correctamente transcrito” y, en caso de desacuerdo con el fiscal, “deberán consignarse en el acta de la declaración las

⁷²² La profesora FUENTES sostiene que la expresión del art. 5 del EOMF que declara que el sospechoso “habrá de estar asistido de letrado”, ha de ser entendida en el sentido de que en las diligencias de investigación del fiscal, la asistencia de letrado es un derecho irrenunciable, Vide FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado...* op. cit., pág. 53. Sobre las diligencias de investigación fiscal, Vide, también, ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 3.

⁷²³ Circular 1/1989, de 8 de marzo, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, pág. 14.

eventuales protestas que efectúe el letrado, así como la resolución que al efecto dicte el fiscal⁷²⁴.

El mismo régimen legal articulado por el art. 773 de la LECrim y por el art. 5 del EOMF, rige en la jurisdicción militar respecto de las diligencias de investigación del fiscal togado. El art. 123 de la Ley orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar que declara que, la Fiscalía jurídico–militar, en el ámbito de su jurisdicción, podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta ley para la prestada ante el juez togado o tribunal militar.

Si se atiende al actual modelo de instrucción judicial, debe tenerse en consideración que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, exige la presencia de letrado no ya desde la primera comparecencia del imputado ante el juez instructor sino, incluso, desde el momento de la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada imponiendo la obligación a la policía judicial, al Ministerio Fiscal o la autoridad judicial de recabar de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado (art. 767 LECrim). El anterior precepto sirve para complementar al art. 520.1 c) del mismo cuerpo procesal, que otorga el derecho a designar abogado, así como a su designación de oficio, para que asista al imputado en las diligencias policiales y judiciales de declaración a los detenidos y a los presos. Insiste la Ley de Enjuiciamiento Criminal en garantizar el derecho de asistencia letrada con su art 118 en el que declara que la admisión de una denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados, que deberán ser representadas por procurador y defendidas por letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y, en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo⁷²⁵.

⁷²⁴ Circular 4/2013, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, pág. 15.

⁷²⁵ Vide, también, art. 775 de la LECrim.

Como es conocido, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha elaborado una doctrina que distingue claramente el derecho a la asistencia letrada del art 17.3 de la CE, cuyo fin es garantizar la protección de los derechos fundamentales del procesado ante ataques u omisiones a los mismos por la policía judicial, los tribunales o el fiscal, y el derecho de defensa en sentido estricto del art. 24.2 cuyo fin es equilibrar la posición procesal del imputado o acusado debido a la tecnicidad procesal y material del proceso y del derecho que en su seno se debate. El Tribunal Constitucional, ha puesto de manifiesto que “el derecho del detenido a la asistencia letrada en las diligencias policiales y judiciales, reconocido en el art. 17.3 CE adquiere relevancia constitucional como una de las garantías del derecho a la libertad protegido en el apartado primero del propio artículo” y que “su función consiste en asegurar que los derechos constitucionales de quien está en situación de detención sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma”⁷²⁶.

Por el contrario, respecto del derecho a la defensa reconocido en el art. 24.2 CE, la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional afirma que su relevancia constitucional —diferente a la del derecho de asistencia letrada del art. 17.3— posee una doble dimensión, según sea preceptiva o potestativa. En el supuesto en que la intervención de letrado sea legalmente preceptiva, esta garantía constitucional se convierte en una exigencia estructural del proceso tendente a asegurar su correcto desenvolvimiento, cuyo sentido es satisfacer el adecuado desarrollo del proceso como mecanismo instrumental introducido por el legislador con miras a una dialéctica procesal efectiva que facilite al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a Derecho.

⁷²⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, núm. 199/2003, de 10 de noviembre, FF.DD. 4º y 5º. Ponente: CACHÓN VILLAR P. M.

En los supuestos en los que la defensa con abogado no sea legalmente preceptiva, como en los juicios de faltas, el Tribunal Constitucional ha declarado que la garantía del derecho de defensa “no decae como derecho fundamental de la parte procesal” y “exige que, cuando se opte por la defensa técnica de un abogado de oficio por carencia de medios económicos y se ponga de manifiesto esa circunstancia con las debidas formalidades legales ante el órgano judicial, éste se pronuncie expresamente sobre su pertinencia, ponderando si los intereses de la Justicia así lo exigen”, para ello deberá atender el órgano judicial “a las concretas circunstancias del caso, con especial atención a la mayor o menor complejidad del debate procesal, a la cultura y conocimientos jurídicos del solicitante y a si la contraparte cuenta con una asistencia técnica de la que pueda deducirse una situación de desigualdad procesal”⁷²⁷.

En la actualidad, la norma de referencia en lo que respecta de la asistencia de abogado en el proceso, se encuentra constituida por Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales⁷²⁸. La Directiva europea, en su art. 3 dispone que:

“1. Los Estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo:

- a) el derecho a tener acceso a un abogado;
- b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla;
- c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el art. 6;
- d) el derecho a interpretación y traducción;
- e) el derecho a permanecer en silencio.

2. Los Estados miembros garantizarán que la información establecida en el apartado 1 se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables”.

⁷²⁷ *Ibidem*, FD 6º.

⁷²⁸ Diario Oficial Unión Europea 142/2012, de 1 de junio de 2012

De este precepto se desprenden dos conclusiones, a saber; en primer término, la absoluta aplicabilidad directa de la Directiva, sin que tal aplicabilidad quede afectada por el hecho de no haber sido traspuesta al derecho interno español ya que, de conformidad con su art. 11.1, “los Estados miembros se hallan obligados a aprobar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 2 de junio de 2014”. Ello significa que, de conformidad con el efecto directo vertical de las Directivas europeas, los ciudadanos tienen derecho desde esa fecha a invocar tal efecto directo de los preceptos de esta Directiva en cuanto les confieran derechos frente a las administraciones públicas⁷²⁹. La segunda conclusión que puede ser extraída del precepto reproducido es que, en la actualidad, ya no puede ser concebida la posibilidad de regular una fase de investigación preliminar en la que el sospechoso comparezca, ya sea ante la policía judicial, ante el fiscal o ante el juez en calidad de sospechoso, sin que se le asegure, al menos, la posibilidad de ser asistido por abogado.

El fundamento constitucional puede hallarse en la necesidad de garantizar el acceso al proceso en condición de imputada de toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, para garantizar la plena efectividad del derecho a su defensa y evitar que puedan producirse contra ella, situaciones materiales de indefensión⁷³⁰. En este sentido, —con acierto— el fallido Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, dispuso que “desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible a una persona determinada, el fiscal la convocará a una primera comparecencia para comunicarle que la investigación se dirige contra ella. En la citación que se realice se le informará de que deberá comparecer asistida de letrado, advirtiéndole que si no lo hace le será designado de oficio”⁷³¹.

⁷²⁹ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto Franz Grad, Sentencia núm. 9/70, de 6 de octubre de 1970, fundamento 10. La conocida Sentencia, dispuso que las Directivas europeas “pueden producir efecto directo en las relaciones entre los Estados miembros y sus justiciables, generando en favor de éstos el derecho a invocarlas ante los tribunales”. Vide También, TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asunto Van Gend Loos, Sentencia núm. 26/62, de 5 de febrero de 1963

⁷³⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 273/1993, de 20 de septiembre, FF .DD. 1º y 5º. Ponente: GARCÍA–MON Y GONZÁLEZ–REGUERAL, F.

⁷³¹ En igual sentido, Vide el Borrador de Ley procesal penal de 2013, art. 263.

2.2 ENTREVISTA LETRADA ANTERIOR A LA DECLARACIÓN POLICIAL

El derecho a una entrevista reservada del detenido con el letrado en sede policial con anterioridad a la declaración, no se encuentra garantizada en el Ordenamiento jurídico español, salvo en los supuestos regulados por la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal del menor en la que se dispone que “el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración” (art. 17.2).

Esta comprensión avanzada de protección integral del imputado fue la elegida por el Borrador de 2004 de Ley de Enjuiciamiento Criminal con fiscal investigador. En este sentido, FUENTES afirma que “el derecho de defensa en su manifestación de derecho a la asistencia letrada, nacerá según ese Borrador de texto procesal penal, en el mismo momento en el que surja la primera imputación, es decir, desde el momento en el que el sujeto es interrogado como sospechoso” y que, ese sistema, no sólo respeta las cotas de garantismo alcanzadas por el Tribunal Constitucional en el desarrollo del derecho de defensa “sino que, en cierta medida, se superan éstas al preverse ya desde la primera toma de declaración al imputado, la posibilidad de entrevista reservada entre éste y su abogado”⁷³². Este posicionamiento doctrinal del Borrador de 2004, fue acogido por el Anteproyecto de 2011 que estableció que la asistencia del abogado en sede policial comprende “entrevistarse reservadamente con el detenido antes y al término” para prestarle el asesoramiento que proceda (art. 173.4).

La Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, consagra el derecho del sospechoso a una entrevista reservada antes de prestar declaración en sede judicial. Debe tenerse presente, que esta Directiva tampoco ha sido traspuesta al Ordenamiento jurídico español, sin embargo, a diferencia de la Directiva 2012/13/UE

⁷³² FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 221.

antes referida, la Directiva 2013/48/UE se encuentra en plazo de trasposición por lo que no produce todavía efecto directo y no puede exigirse su vigencia ante las administraciones públicas hasta que se transponga al ordenamiento interno o, en su defecto, hasta el 27 de noviembre de 2016⁷³³. En espera de que se produzca alguno de los dos acontecimientos, actualmente resulta aplicable el art. 526.6 c) de la LECrim que dispone que la entrevista reservada solo podrá llevarse a efecto después del interrogatorio policial o, en todo caso, después de que el sospechoso se acoja a su derecho de no declarar⁷³⁴. Ha de excepcionarse, desde luego, el supuesto en el que el imputado se halle sometido a incomunicación (art. 527 c. LECrim), en cuyo caso tampoco gozará de entrevista reservada después del interrogatorio policial.

La Directiva 2013/48/UE ha de aplicarse a los sospechosos o acusados en procesos penales desde el momento en que las autoridades competentes hayan puesto en su conocimiento, mediante notificación oficial u otro medio, que son sospechosos o que se les acusa de haber cometido una infracción penal, y con independencia de si están privados de libertad. En concreto, declara que el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales comprenderá el derecho a ser asistidos por un letrado en el momento y del modo que les permita ejercer sus derechos de defensa en la práctica y de manera efectiva, que ha de incluir, al menos:

1. El derecho a ser asistido por un letrado sin demora injustificada y, en cualquier caso, a partir del momento que antes se produzca de entre los que se indican:

⁷³³ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad, art. 15: “transposición 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 27 de noviembre de 2016. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión”.

⁷³⁴ La Consulta 2/2003 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido, declara que: “en caso de detención se impone la necesidad de contar con la asistencia de un Letrado en sede policial, aun cuando el detenido haya manifestado su intención de no declarar” y, que “el detenido, salvo en los supuestos de incomunicación, puede entrevistarse reservadamente con su Letrado, tras su declaración policial o tras su negativa a declarar debidamente documentada”.

- Antes de que el sospechoso sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales.
- En el momento en que las autoridades de instrucción u otras autoridades competentes realicen una actuación de investigación o de obtención de pruebas.
- Sin demora injustificada tras la privación de libertad.
- Con la suficiente antelación antes de que el sospechoso citado a personarse ante el tribunal competente en materia penal se presente ante dicho tribunal.

2. El derecho entrevistarse en privado y a comunicarse con el letrado que lo represente, incluso con anterioridad a que sea interrogado por la policía u otras fuerzas o cuerpos de seguridad o autoridades judiciales, a estar presente e intervenir de manera efectiva durante el interrogatorio y el derecho, al menos, a que su letrado esté presente en las siguientes actuaciones de investigación o de obtención de pruebas, si dichas actuaciones están previstas en la normativa nacional y se exige o permite que el sospechoso o acusado asista a dicho acto: ruedas de reconocimiento, careos, reconstrucciones de los hechos.

La Directiva, no obstante la declaración del anterior haz de derechos, arbitra un régimen de excepciones que permite que, en circunstancias excepcionales y únicamente en la fase de instrucción, los Estados miembros puedan dejar de aplicar temporalmente la entrevista reservada con anterioridad a la declaración judicial sobre la base de una necesidad urgente de evitar graves consecuencias adversas para la vida, la libertad o la integridad física de una persona o de una necesidad urgente de una actuación inmediata de las autoridades de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal (art. 3).

En mi opinión, el derecho a una entrevista reservada con anterioridad a prestar declaración, forma parte del derecho constitucional de asistencia letrada ya que, de poco sirve que el funcionario de policía lea al sospechoso su derecho a no declarar en sede policial, si el sujeto pasivo desconoce que opción concreta —declarar o no— en relación con los hechos cometidos, es la más beneficiosa para su defensa.

2.3. RECURSO JUDICIAL ANTE LA DENEGACIÓN DE DILIGENCIAS

El principio de igualdad de armas —como manifestación del derecho de defensa— puede verse lesionado en la fase de investigación fiscal si no se articulan medios para que, ante una solicitud de diligencias denegada por éste, pueda revisarse tal decisión denegatoria a través de un recurso judicial.

En este sentido, ha de destacarse que FUENTES se muestra favorable a la regulación de un sistema que permita la revisión de la decisión fiscal sobre la base comprensiva de que, en el principio de igualdad de armas, se integra el derecho a la igualdad en la práctica de diligencias investigadoras. En este sentido, la autora afirma que “el equilibrio de las partes dentro del proceso no solo debe ser entendido como igualdad de oportunidad en la actuación procesal, sino, también, como igualdad en el momento concreto de la práctica de una determinada diligencia instructora”⁷³⁵.

Esta posición doctrinal, es respaldada por la literalidad del primer párrafo del art. 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que “toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia (...)”. Ha de afirmarse que ejercitar el derecho de defensa actuando en el procedimiento, ha de comprender no solo la asistencia de abogado sino, también, la posibilidad de petición de diligencias y la potestad de impugnar la denegación de su práctica.

La cuestión a determinar no es, por tanto, si debe poder solicitarse por el imputado la práctica de diligencias en esta fase procesal y, ni tan siquiera, si ha de poderse impugnar la denegación de la solicitud sino que, el asunto debatido, consiste en concretar la forma de impugnación y el órgano resolutorio. En este sentido, FUENTES afirma que “si solicitada por la defensa la práctica de una concreta diligencia investigadora resultare ésta denegada por el fiscal”, será preciso “arbitrar mecanismos

⁷³⁵ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fisco en el proceso penal abreviado...* op. cit., pág. 253. Sin embargo, no es posible compartir con MARTÍN, la posibilidad de que el propio órgano judicial de garantías pudiera acordar prueba ex officio. En este sentido, el autor señala que si el Ministerio Fiscal no archiva, un órgano jurisdiccional podría acordar la práctica de diligencias complementarias de oficio o a petición del imputado, Cfr. MARTÍN PASTOR J., “*El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial...* op. cit., págs. 199, 200 y 204.

para que pueda reiterar su solicitud ante el juez de la instrucción. Así, si el juez de la instrucción, ubicado ahora en una verdadera posición de garante, sin interés alguno en la instrucción y desde una total equidistancia respecto de ambas partes del proceso, considerase la conveniencia de su práctica, la misma devendrá obligatoria para el Ministerio Fiscal”⁷³⁶. Esta ha sido, también, la solución acogida por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011⁷³⁷.

Respecto del órgano resolutorio, ha de sostenerse que para resolver las impugnaciones del fiscal denegatorias de diligencias, el órgano judicial —sea colegiado o unipersonal— habrá de constituirse en garante del control de la legalidad del proceso, invirtiendo la función de defensor de la Ley y vigilante de la imparcialidad judicial que en la actualidad ejerce el Ministerio Fiscal como supervisor del sumario (art. 124.1 CE, 306 LECrim).

2.4 ACCESO DEL IMPUTADO AL EXPEDIENTE INSTRUCTOR

Con razón, FUENTES sostiene que ha de plantearse como una “verdad incontestable” que la investigación no puede llevarse a efecto al margen de los intereses del imputado, y ello “con independencia del órgano oficial sobre el que recaiga su dirección; ya sea el juez instructor o, en su caso, el Ministerio Fiscal”⁷³⁸.

⁷³⁶ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 207.

⁷³⁷ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011: artículo 494. “una vez practicadas todas las diligencias de investigación acordadas por el fiscal, y, en todo caso, cuando concluya el plazo de la investigación del fiscal establecido en esta ley, éste dará traslado de todo lo actuado a la defensa y a los acusadores personados para que, a la vista del resultado de la investigación, en el plazo común de diez días propongan la práctica de las diligencias complementarias que consideren necesarias, reiterando en su caso la solicitud de las que hubieran interesado con anterioridad y no hayan llegado a practicarse.

2. El fiscal, a la vista de lo solicitado, practicará todas aquellas diligencias que sean útiles para la investigación, denegando las demás.

Artículo 495. Impugnación La persona investigada y los acusadores personados en el procedimiento podrán impugnar en el plazo de cinco días ante el Juez de Garantías el decreto que hubiere denegado las diligencias propuestas”.

⁷³⁸ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.182.

La Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, dispone que cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, la legalidad de la detención o de la privación de libertad (art. 7.1).

Se impone, por tanto, una primera obligación respecto de la persona imputada, que exige que la autoridad investigadora —ya sea fiscal o judicial— facilite al defensor los materiales en poder de la autoridad competente en los que concurra una doble condición: que se hallen relacionados con el expediente específico y que resulten fundamentales para la impugnación de la situación de detención o privación de libertad. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto del procedimiento de juicios rápidos, ha previsto un sistema de superior garantía al declarado por la Directiva europea que, a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa —declara el precepto— exige que el juez, una vez incoadas diligencias urgentes, dé traslado de copia del atestado y de cuantas actuaciones se hayan realizado o se realicen en el juzgado de guardia (art. 797.3).

La Directiva, en segundo término, impone a los Estados miembros de la Unión Europea la obligación de garantizar que la persona acusada o sospechosa o su abogado tenga acceso, al menos, a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa. El acceso a los materiales probatorios habrá de concederse con la debida antelación a fin de permitir el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal.

Se observa, por tanto, que el nivel de garantía de acceso al expediente marcado por la Directiva europea es similar al establecido en el modelo procesal criminal actual español, ya que el acceso a las pruebas sólo se garantiza antes de que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal, que es la solución adoptada por

la LECrim al disponer que cuando se mande abrir el juicio oral, el secretario judicial comunicará la causa para la calificación de los hechos a los procesados (art. 652 en el proceso ordinario) o imputados (784.1 en el proceso abreviado) y dispondrá lo que considere conveniente a fin de que éstos puedan examinar la correspondencia, libros, papeles y demás piezas de convicción, sin peligro de alteración en su estado (art. 654). En adición a la comunicación de la causa para formular el escrito de defensa, el imputado ha de poder tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento en el órgano judicial durante toda la tramitación de la causa; sin perjuicio de que, además, se le notifique y de traslado de los escritos y documentos de la acusación particular o popular, si las hubiere, y de los recursos e incidentes de nulidad (arts. 302 y 768). No es posible formular razones que puedan fundamentar en un sistema de investigación fiscal cualquier limitación al acceso del defensor al expediente fiscal y en este sentido, se pronuncia el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 en el que se regula un sistema de investigación fiscal con pleno acceso del imputado al expediente investigador, al disponer que “desde la primera comparecencia, salvo declaración de secreto, el abogado del investigado tendrá derecho a acceder al procedimiento y a examinar las piezas de convicción” (art. 469).

No obstante, el acceso al expediente investigador —tanto en una investigación judicial como en una fiscal— puede ser objeto de restricción mediante la declaración de secreto sumarial cuando ello sea necesario para el buen fin de la investigación. La regulación actual establece que “si el delito fuere público, podrá el juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario” (art. 303). En caso de que el sumario se declare secreto, ordinariamente siempre tendrá acceso al mismo el juez instructor y el fiscal y, excepcionalmente, puede otorgarse también acceso total o parcial a alguna de las partes, a pesar de ser denegado a otras.

Respecto de la declaración de secreto sumarial en la instrucción —o en su fase contradictoria si estuviera dividida en dos fases—, se ha sostenido que con tal práctica se merman significativamente las posibilidades de defensa del sospechoso. En este sentido, BACIGALUPO afirma que “es evidente que la Fiscalía y la Policía tienen

durante la instrucción posibilidades para la obtención de pruebas de las que no dispone la defensa; ésta inclusive, puede ser excluida del conocimiento de las actuaciones mediante la declaración del secreto y, a causa de ello, puede perder posibilidades de obtener determinadas pruebas que le sean favorables y decisivas”⁷³⁹.

Mención especial, ha de hacerse a los sistemas instructorios configurados con una investigación preliminar de carácter secreto y otra ordinaria contradictoria. En este sentido, FUENTES pone de relieve que, en el Derecho comparado, en los sistemas que optan por conferir al Ministerio Fiscal la dirección de la investigación, en una instrucción dividida en dos fases, no resulta infrecuente (Alemania o Inglaterra) que la primera —destinada únicamente a determinar la verosimilitud de la *notitia criminis*—, tenga carácter secreto para el imputado. Sin embargo, la autora afirma que conviene alertar de la delicada posición en la que pondría quedar el derecho de defensa si se optara por esta posibilidad, ya que ello exigiría extremar las garantías procesales en relación con las medidas de “declaración al imputado antes de la finalización de esta primera fase investigadora con nombramiento —en su caso— de abogado de oficio y con derecho a una información exhaustiva de la imputación y la toma de conocimiento de todo lo actuado. Y, aún así, la posición seguiría siendo delicada en relación con el efectivo cumplimiento de los postulados del derecho de defensa”⁷⁴⁰.

La Directiva europea 2012/13/UE acepta —con condiciones— la declaración de secreto de las diligencias, al disponer que “siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal (art. 7 apdos. 3 y 4).

⁷³⁹ BACIGALUPO E., *El debido proceso...* op.cit., pág. 35–36.

⁷⁴⁰ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.181. Cfr., también, FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 208.

Por otro lado, la Directiva impone reserva judicial parcial a la declaración de secreto sumarial, al disponer que los Estados miembros garantizarán que sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial. En un hipotético sistema de investigación fiscal, ciertamente, ha de señalarse que la opción más eficaz es la que faculta al fiscal para acordar por sí el secreto de las actuaciones siempre que se reúnan las condiciones descritas y que, el acuerdo fiscal, pueda ser impugnado —vía recurso— por la defensa del imputado ante el juez o tribunal de garantías. La razón por la que es preferible el sistema descrito es la eficacia, la rapidez y el conocimiento de la causa. Una decisión de secreto de sumario adoptada a destiempo es inservible y, a mayor abundamiento, quien conoce la investigación es el fiscal por lo que la decisión judicial exige que el juez tome conocimiento detenido de la causa, que —en las diligencias complejas o extensas— es algo que no puede hacerse de forma efectiva y garantista si la decisión ha de estar sometida a criterios de urgencia.

Debe calificarse de acertada la regulación del secreto contenida en el Anteproyecto de 2011 en el que se dispuso que el fiscal podría acordar el secreto total o parcial del procedimiento de investigación en los supuestos de riesgo cierto de que el conocimiento o acceso a su contenido puede suponer la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba y, en general, cuando resultase imprescindible para garantizar la eficacia de las diligencias de investigación; si bien, el juez de garantías debía confirmar o alzar la decisión del fiscal de declaración de secreto en el plazo de cuarenta y ocho horas (arts. 485-486).

En este sentido, puede destacarse que, en el primer Borrador elaborado para la reforma del EOMF del año 2007, se incluyó un párrafo que establecía que cuando resulte imprescindible para preservar la continuidad o asegurar el éxito de la investigación, “el fiscal podrá, mediante resolución motivada, decretar el secreto total o parcial de las actuaciones por tiempo no superior a un mes, que podrá prorrogarse con las mismas condiciones si subsiste el motivo para ello”, si bien, este párrafo resultó

finalmente suprimido del texto definitivo aprobado por la Ley 24/2007, de 9 de octubre de reforma del Estatuto orgánico de 1981⁷⁴¹.

2.5 EL DERECHO A UNA INVESTIGACIÓN FISCAL SIN DILACIONES

Como es conocido, el derecho a un proceso ausente de dilaciones indebidas se encuentra expresamente reconocido en el art. 24.2 de la Constitución española, que trae causa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, que declara el derecho de toda persona a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable (art. 6.1), y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que establece que durante el proceso, toda persona acusada de un delito, tendrá derecho a ser juzgada sin dilaciones indebidas (art. 14.3).

De la abundante doctrina del TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, es preciso destacar la Sentencia dictada en 1982 en el caso de *Eckle* contra Alemania, en la que se declara, no sólo la violación al art. 6.1 del Convenio concretado en el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas sino, también, el efecto compensador en su culpabilidad⁷⁴². La Sentencia confirmó la jurisprudencia emanada del Tribunal Federal alemán, que sostenía que la duración excesiva de un procedimiento penal puede constituir una circunstancia atenuante especial, si bien, en la causa objeto del recurso, había entendido tribunal germano que la pena impuesta, a pesar del retraso injustificado, no debía ser reducida⁷⁴³. Más recientemente, conviene traer a la memoria la Sentencia de 2012, asunto Serrano Contreras contra España, de la que, particularmente, ha de destacarse el recordatorio que el Tribunal Europeo hace de su propia doctrina sustentada que, de forma reiterada, rechaza la sobrecarga de trabajo de los tribunales españoles como justificación de la violación de derecho a que toda

⁷⁴¹ Vide Circular 4/2013 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, pág. 28.

⁷⁴² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso *Eckle* contra Alemania, Sentencia de 15 de julio de 1982, recurso núm. 8130/1978, fundamentos 68–72. Vide, también, TEDH, caso *Zimmermann* contra Suiza, de 30 de julio de 1983, recurso núm. 8737/1979, TEDH, caso *Sánchez* contra España, Sentencia de 16 de noviembre de 2004, recurso núm. 72773/2001, TEDH, caso *Frotal–Aluguer de Equipamentos S.A.* contra Portugal, Sentencia de 4 de diciembre de 2003, recurso núm. 56110/2000.

⁷⁴³ *Echtscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, vol. 24, p. 239.

causa criminal sea conocida en un plazo razonable contenido en el art. 6.1 del Convenio⁷⁴⁴.

El fundamento teórico que permite compensar la culpabilidad del sujeto por el menoscabo sufrido en su derecho a un proceso sin dilaciones no razonables, se halla inserto en el propio concepto de culpabilidad como reprochabilidad de la conducta del condenado. La culpabilidad es definida por WELZEL como “el poder evitar” que genera “responsabilidad de la persona por haber formado antijurídicamente su voluntad” que fundamenta “el reproche personal contra el sujeto que no omitió la acción antijurídica aunque pudo omitirla”⁷⁴⁵. Ha de tenerse en consideración, que siempre que el goce del sujeto de su derecho constitucional a un proceso sin dilaciones indebidas haya sido violado por el Estado, el daño producido habrá de ser reparado, ya sea reduciendo la pena, ya sea por medio de una indemnización estatal. En este sentido, ROXIN sostiene que “la sensación de Justicia, a la cual le corresponde un gran significado para la estabilización de la conciencia jurídico-penal, exige que nadie pueda ser castigado más duramente que lo que se merece; y merecida es sólo una pena acorde con la culpabilidad”⁷⁴⁶. Por su parte, RUIZ VADILLO afirma, que la culpabilidad “no es un elemento estático que se fija de manera invariable en el momento de la acción, esto es, en el momento de realizarse la infracción penal, sin posibilidad de ulteriores matizaciones y consideraciones” sin que, por el contrario, “es un concepto dinámico”. El autor, insiste en que “el tiempo excesivo e indebido que dura la investigación, instrucción, acusación y proceso, de la tensión que supone estar sometido a un procedimiento penal, sin hacer durante estos años nada contrario al comportamiento de

⁷⁴⁴ España ha sido condenada reiteradamente por dilaciones indebidas. Cfr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso González Doria Durán de Quiroga contra España, Sentencia de 28 de octubre de 2003, recurso núm. 59072/2000. También, TEDH, caso Serrano Contreras contra España, Sentencia de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 49183/2008. Ha de destacarse su fundamento 57 que declara que “por lo que se refiere a los argumentos formulados por la Audiencia Provincial para justificar el retraso en dictar sentencia, en concreto la sobrecarga de trabajo, el Tribunal recuerda que, según una reiterada jurisprudencia el atasco crónico en los asuntos atribuidos a un tribunal no es una explicación válida (Probstmeier c. Alemania, 1 de julio de 1997, § 64, Recopilación 1997-IV). Por consiguiente, incumbe a los Estados parte organizar su sistema judicial de modo que sus órganos jurisdiccionales puedan garantizar a todos el derecho a obtener una resolución definitiva en un plazo razonable”.

⁷⁴⁵ WELZEL H, *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1947, pág. 140, citado por ROXIN C., *Derecho penal...* op. cit., pág. 799.

⁷⁴⁶ ROXIN C., *ibidem*, pág. 100.

mínimos exigibles en una vida social, que en eso consiste precisamente el Derecho penal, es decir actuando dentro o fuera de la prisión con normalidad en una pacífica convivencia, es otro ejemplo. La culpabilidad, por así decirlo, se atenúa, se disminuye, teniendo en cuenta una especie de proyección hacia el pasado con efectos a presente y al futuro”⁷⁴⁷.

El TRIBUNAL SUPREMO español, tras un tiempo de indefinición en el que sostuvo que la reparación de las dilaciones debía efectuarse vía recurso de amparo, por el indulto o por la compensación económica; finalmente acogió la tesis mantenida por su homólogo alemán, y aceptó que las dilaciones indebidas causan un efecto reductor en la culpabilidad y, por tanto, un efecto reductor en la duración de la pena⁷⁴⁸. El Alto Tribunal, a partir de 1999, comenzó a aplicar la compensación culpabilística a través de la figura de la atenuante analógica. En este sentido, declaró que: “dado que la pena es, por sí misma, una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta. Si la ley compensa las pérdidas legítimamente

⁷⁴⁷ RUIZ VADILLO E., “Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1690, Madrid, 1993, pág. 125. El autor señala que las gentes “contemplando estas situaciones de dilaciones indebidas, en las que una persona debe ingresar en la cárcel después de muchos años de espera, por unas u otras circunstancias, si no les son imputables, están expresando, sin duda, movidas muchas veces por sentimientos hermosos de compasión y de piedad, algo que nace del fondo del alma humana: el ansia de justicia en cuanto armonía, equilibrio y proporcionalidad”.

⁷⁴⁸ Cfr. TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia 2127/1992, de 14 de octubre, ponente: DELGADO GARCÍA J. La concepción jurisprudencial del momento se expresa en su FD 4º, que declara: “con la legislación vigente en estos momentos, como una manifestación más del principio de sumisión del Poder Judicial al imperio de la Ley” en los casos de dilaciones indebidas “no cabe otra opción que imponer la condena que corresponda conforme a las normas penales existentes (con su correlativa ejecución, desde luego) midiendo la pena con arreglo a los preceptos que nuestra Ley penal nos proporciona y, a lo sumo, si se entendiera que la sanción pudiera ser excesiva, solicitar al Gobierno indulto parcial, o total en los casos extremos, sin perjuicio de reservar al interesado su derecho a reclamar del Estado lo que crea que pudiera corresponderle como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia”. Vide, también, el Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO de 2 de octubre de 1992.

ocasionadas por el Estado en el curso de un proceso penal, es también evidente que, con más razón, debe proceder de la misma manera cuando la lesión jurídica no está justificada, por ejemplo, en el caso de las dilaciones indebidas del proceso que es objeto de esta sentencia. Si el proceso ha durado más de lo razonable, el acusado ha sufrido una lesión jurídica que afecta a un derecho fundamental” que “tiene que ser abonada por el Tribunal en la determinación de la pena, pues, como se dice en la doctrina moderna, mediante los perjuicios anormales del procedimiento, que el autor ha tenido que soportar, ya ha sido (en parte) penado. Como se ve, el paralelismo es total: si toda legítima privación de derechos producida por el proceso debe ser abonada para el cumplimiento de la pena, tanto más se deberá proceder de esta manera cuando la lesión sufrida por el acusado carezca de justificación”⁷⁴⁹. Este cambio de doctrina se cristalizó con el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala II del Alto Tribunal de 21 de mayo de 1999.

Por la reforma operada por la Ley orgánica 5/2010, fue incluida en el Código Penal, la atenuante específica del art. 21.6ª de tal norma sustantiva, que declara que la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, constituye una circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal, siempre que la dilación procedimental, no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa.

Por su parte, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, ha reiterado que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no ha supuesto la constitucionalización del derecho a los plazos procesales establecidos por las leyes. El Tribunal ha destacado la condición de tal derecho “de concepto jurídico indeterminado o abierto, equivalente al plazo razonable al que se refiere el art. 6.1 del citado Convenio” y, conforme a esta doctrina, sostiene que “el carácter razonable de la duración de un proceso debe ser apreciado mediante la aplicación a las circunstancias del caso concreto de los criterios objetivos, consistentes esencialmente en la complejidad del litigio, la duración normal de procesos similares, el interés que en aquél arriesga el demandante de amparo y el comportamiento de los litigantes y del órgano judicial actuante” y que, también, “se

⁷⁴⁹ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 934/1999, de 8 de junio, FD 1º. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER, E.

requiere que quien solicita el amparo por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y asimismo haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación, al objeto de respetar el carácter subsidiario del recurso de amparo”. Por ello, solamente “en los casos en los que, tras la denuncia del interesado, los órganos judiciales no hayan adoptado las medidas pertinentes para poner fin a la dilación en un plazo prudencial o razonable entendiéndose por tal aquél que le permita adoptar las medidas necesarias para poner fin a la paralización denunciada podrá entenderse que la vulneración constitucional invocada no ha sido reparada en la vía judicial ordinaria y, por tanto, podrá ser examinada por este Tribunal, incluso aunque haya recaído resolución que ponga fin al proceso durante la tramitación del recurso de amparo”⁷⁵⁰.

El TRIBUNAL SUPREMO, en sintonía con el Constitucional, ha puesto de relieve que las dilaciones indebidas “no pueden ser apreciadas si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa”. Sin embargo, el Alto Tribunal sostiene que “en esta materia no se deben extremar los aspectos formales”, ya que, “en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial” y, “porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad” ya que el “derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el artículo 24 sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza” y por ello, “la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (artículo 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le

⁷⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia, núm. 177/2004, de 18 de octubre, FD 2º. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.

atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables”⁷⁵¹.

La doctrina científica, no ha dejado de resaltar la importancia del tiempo en el proceso penal y, particularmente, en la fase de instrucción, a fin de evitar vulneraciones en los derechos fundamentales de los encausados. En este sentido, BACIGALUPO sostiene “el tiempo de duración de la instrucción en la práctica debe ser motivo de gran preocupación. Una situación como la actual, en la que la instrucción supera notoriamente el tiempo que lleva el juicio oral muestra una preponderancia de los aspectos inquisitivos del proceso, con las limitaciones de derechos que eso conlleva, que no puede sino inquietar”⁷⁵². RUIZ VADILLO afirma que “una decisión judicial tardía es, por este sólo hecho, injusta”⁷⁵³. En igual sentido, MORENO CATENA señala que “ningún fin constitucionalmente legítimo, tampoco la represión de las conductas delictivas, autoriza para que al imputado se le grave con la carga de soportar la falta de recursos, la ineficacia o la desidia de los órganos públicos encargados de la investigación penal. Antes al contrario, la tutela del derecho a la dignidad y al honor del imputado, y la proporcionalidad de su sometimiento al poder público en el marco de un proceso penal, exigen el cierre de las actuaciones tan pronto como las diligencias acordadas finalicen y si éstas no permiten la apertura del juicio oral contra él, si la investigación no ha tenido éxito, no se puede tolerar que el imputado padezca una dilación que le causa inmediatos y ciertos perjuicios, y que se puede convertir en insoportable, pues en ocasiones no existe expectativa alguna de proporcionar nuevos elementos para el avance o la conclusión de las investigaciones”⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 858/2004, de 1 de julio, FD 1º. Ponente: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, M.

⁷⁵² BACIGALUPO E., *El debido proceso...op.cit.*, pág. 90.

⁷⁵³ RUIZ VADILLO E., “Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal...”, *op. cit.*, pág. 114.

⁷⁵⁴ MORENO con firmeza, considera necesario “dejar sentadas de forma meridianamente clara al menos tres cosas: —en primer lugar, que cuando exista una persona imputada en las actuaciones, la instrucción debe concluirse en el preciso instante en que finalicen las diligencias ordenadas; —en segundo lugar, que se debe concluir total o parcialmente la instrucción para todos o algunos de los imputados cuando aparezcan indicios relativos a los hechos o a la responsabilidad que desvanezcan la inicial imputación y apertura del procedimiento y, —en tercer lugar, además de eso, que se debe dictar una expresa resolución levantando la imputación que sujetó a una persona al proceso penal en cuanto aparezcan elementos que la justifiquen. El gratuito mantenimiento de una instrucción vacía, o la falta de una desimputación expresa, deben

El deseo de que la Justicia se lleve a efecto en un tiempo razonable ya fue consagrado en nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre 1882, que declaró que los sumarios, de forma ordinaria, debían de ser instruidos en un plazo no superior a un mes y, a fin de evitar dilaciones, dispuso que “cuando al mes de haberse incoado un sumario no se hubiere terminado, el secretario judicial dará parte cada semana a los mismos a quienes lo haya dado al principiarse aquél, de las causas que hubiesen impedido su conclusión. Con vista de cada uno de estos partes, los Presidentes a quienes se hubiesen remitido y el Tribunal competente acordarán, según sus respectivas atribuciones, lo que consideren oportuno para la más pronta terminación del sumario. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, los Jueces de instrucción están obligados a dar a los Fiscales de las Audiencias cuantas noticias les pidieren, fuera de estos términos, sobre el estado y adelantos de los sumarios” (art. 324). Es notorio, que este precepto —prácticamente desconocido en la práctica del foro— es sistemáticamente incumplido ya que, ni tan siquiera en supuestos extraordinaria eficacia y diligencia, la tramitación de un sumario de procedimiento ordinario o de unas diligencias previas de procedimiento abreviado concluye antes de transcurridos varios meses o años.

El motivo del incumplimiento de los tiempos por ella marcados, no trae causa en el aumento de delincuencia ocurrido en el siglo XX, ni en el comienzo del siglo XXI sino, más bien, en los defectos estructurales de la ley y en la tradicional asfixia económica de la administración de Justicia. Por ello, tan pronto fue aprobada en 1882 la vetusta Ley procesal, la vulneración del plazo para su conclusión fue continua y generalizada.

Es cierto, que la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 1883, sonrió a la nueva Ley procesal y de su lectura podría presagiarse que, sus imposibles plazos sumariales, habrían de cumplirse. En este sentido, baste recordar sus palabras:

conducir no sólo a la exigencia de una responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de Justicia, sino a la exigencia de responsabilidad personal de los jueces de instrucción y de los miembros del Ministerio Fiscal que realicen o toleren ilegítimas intromisiones en la libertad, en el honor o en el patrimonio de quien se ve sometido a un proceso penal”, Vide MORENO CATENA V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación...”, op. cit., págs. 62–64.

“Justamente, pues, ha sido recibida en esta nación con general aplauso la reforma de esta parte del derecho procesal. Sus primeros y naturales frutos han consistido en facilitar la acción de la Justicia, dotándola de de numerosos y eficaces medios, dado los resortes que el juicio oral pone en manos de los tribunales y la celeridad del procedimiento que ha permitido, en la mayoría de los casos, que a los pocos días de cometerse un delito, háyase terminado un sumario y abierto las sesiones públicas del citado juicio”⁷⁵⁵.

No obstante, al año siguiente, la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 1884, ya expresa —con dureza— las primeras sombras sobre el nuevo proceso, y sostiene:

“Si dijese que los sumarios se instruyen hoy de mejor manera y con más seguro éxito que en la época anterior a la reforma, faltaría a mi conciencia y a la exactitud de los hechos que se ponen de manifiesto”⁷⁵⁶.

En 1886, la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, advierte que:

“La administración de Justicia criminal distará mucho de la perfección apetecida, mientras la sustentación de las causas no fuere breve, para que la pena siga de cerca al delito, como la sombra al cuerpo que la produce”⁷⁵⁷.

En la Memoria de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 1887, se pone de manifiesto, sin ambages, que el plazo de conclusión del sumario es incumplido de forma regular:

“La Ley fija un mes en la duración regular de los sumarios” y “sin embargo, no siempre se logra dictar el auto de conclusión dentro de este corto plazo; y no por falta de

⁷⁵⁵ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria de 1883, pág. 4.

⁷⁵⁶ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria de 1884, pág. 10.

⁷⁵⁷ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria de 1886, pág. 13.

celo y actividad de jueces de instrucción o municipales en su caso, ni por culpa de los fiscales, sino por causas superiores a su voluntad que motivan la tardanza”⁷⁵⁸.

En 1888, el incumplimiento de los plazos de la Ley se torna ya manifiesto y constitutivo de motivo de preocupación para la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, que afirma:

“Pocos son los que terminan dentro del mes que fija el art. 324, ni aún antes de los tres, plazo mayor a que se refiere el art. 302; y esto sin culpa de jueces instructores no de los fiscales, cuyo celo suele estrellarse contra obstáculos insalvables”. La Memoria cita como causas de las dilaciones, a las que considera “no todas de fácil enmienda”, la tardanza en el cumplimiento de los exhortos, particularmente en ultramar o en el extranjero, la lentitud de los laboratorios de medicina legal, “de personal escaso y material mezquino”, la morosidad “por descuido” de algunos centros administrativos y la “ausencia de procesados cuyo paradero se ignora”⁷⁵⁹.

En el diseño de un sistema instructorio con fiscal investigador, la doctrina científica ha puesto de relieve la necesidad de que la nueva estructura atienda a la exigencia constitucional de que la instrucción concluya en un plazo razonable. Incluso el PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA, de 28 de mayo de 2001, en su punto 17, declaró que “la tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el fiscal o por el juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable”. No obstante el tiempo transcurrido desde que fuera adoptado el Pacto de Estado, la declaración del año 2014 de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de España, en su punto 4, insiste en la necesidad de introducir cambios procesales “en el orden jurisdiccional penal, lastrado en su funcionamiento y con una exasperante lentitud en múltiples asuntos, atribuible en parte a la vigente legislación”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria de 1887, pág. 13.

⁷⁵⁹ FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, Memoria de 1888, págs. 1–12.

⁷⁶⁰ Declaración institucional anual de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de España, octubre de 2014, pág. 3.

Las causas del problema endémico de la lentitud de la Justicia se centran, en mi opinión, en varios factores que pueden ser estructurados conforme a la siguiente clasificación:

1. Ausencia de control del cumplimiento de los plazos.
2. Insuficiencia de medios materiales.
3. Ausencia de reconocimiento del principio de oportunidad reglada en la investigación fiscal
4. Falta de potenciación del principio de intervención mínima del Derecho penal.
5. Pluralidad de partes acusadoras.
6. Concentración de los recursos de la defensa.
7. Extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito.
8. Excesivo celo del juez instructor.

2.5.1. AUSENCIA DE CONTROL DEL CUMPLIMIENTO DE LOS PLAZOS

Con razón, GIMENO califica de “irónico” al mandato contenido en el Ley de Enjuiciamiento Criminal. El autor, afirma que “frente a la histórica e irónica dicción del artículo 324 LEC, que obliga a los jueces de instrucción a concluir el sumario en el plazo de un mes, lo cierto es que la fase instructora alcanza una duración desmesurada de meses e incluso años de retardo, lo que suele acontecer siempre que, en la causa, comparezca un acusador particular”. Ello es debido, no solo a la sobrecarga de los juzgados de instrucción o a la escasa preparación investigadora los jueces “sino también a la existencia de la independencia judicial, que impide que se le pueda al juez someter a apremios o a correcciones disciplinarias por dilaciones indebidas, que, a la larga, podrían atentar a su independencia”. El autor sostiene, que el incumplimiento de los tiempos que la Ley estableciera, permitiría, no solo la determinación de la oportuna responsabilidad disciplinaria sino también, la interposición por la parte gravada de un recurso, del que conocería el juez de instrucción, tal y como acontece en los ordenamientos portugués e italiano⁷⁶¹.

⁷⁶¹ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...”op. cit., págs. 90–91. Sobre las causas de las dilaciones y sus soluciones, Vide GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...*op. cit., págs. 54–59.

En definitiva, se afirma que la aplicación coercitiva de plazos puede coadyuvar al cumplimiento de los tiempos del proceso. Resultando ello cierto, a mi juicio, el establecimiento de plazos coercitivos no ha de estar vedado a la actual figura del juez instructor en el ejercicio de funciones investigadoras, ya que éste, en tales funciones inquisitivas, no expresa una labor judicial sometida al principio de exclusividad jurisdiccional que exija respeto a la independencia del juzgador sino que, por el contrario, ejerce una función investigadora informada por el principio de imparcialidad no más allá de lo que se hallan informadas por tal principio las funciones fiscales investigadoras por mor del art. 124.2 de la CE; al igual que el juzgador tampoco ejerce funciones jurisdiccionales cuando acomete labores electorales o de Registro Civil y, precisamente, por motivo de ajeneidad jurisdiccional, en ejercicio de las mismas, se halla compelido a cumplir las órdenes e instrucciones —incluso directas— que reciba de la Dirección General de Registros y Notariados, dependiente del Ministerio de Justicia.

En lo que respecta a un hipotético futuro modelo de investigación fiscal, ha de afirmarse que si bien es preciso tomar una posición favorable al establecimiento de plazos instructorios, debe tenerse en consideración que, a fin que un sistema de plazos resulte efectivo, es necesario que éste sujete coercitivamente a todos los participantes en la fase instructoria —con excepción del juez de garantías— ya sean laboratorios científicos de la policía judicial, institutos de medicina legal, otros peritos, servicios ordinarios de comunicaciones, o administraciones públicas en el cumplimiento de los requerimientos y, también, al fiscal, no sólo en el ejercicio de sus funciones en los procedimientos que conozca sino, también, en la tramitación de auxilios fiscales o comisiones rogatorias. En síntesis, no es suficiente que el fiscal proceda a ordenar la práctica de una diligencia, a dictar un Decreto o a tomar declaración a un imputado con eficacia y rapidez, si el resto de los partícipes en la investigación carecen de sujeción coercitiva a plazos de actuación y, si, además, —establecido fuera un sistema general de plazos— al Ministerio Fiscal no se le otorgara capacidad orgánica para controlar y sancionar administrativamente el retardo en la actuación de la policía judicial, el médico forense, los responsables de los laboratorios de análisis, los peritos y, en general, al resto personas y organismos —públicos y privados— que participan en la función investigadora que se lleva a efecto en el marco de la instrucción criminal.

En la determinación de los plazos instructorios, han de ser diferenciadas dos fases: la denominada fase de investigación previa o preliminar, que fue acogida por el Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2004, y la fase instructora ordinaria. La investigación preliminar o previa —si fuera regulada— ha de ser acompañada por el establecimiento de un sistema de plazos cortos, ya que esta fase tiende a someter al proceso a ciertas limitaciones en el principio de contradicción y, por tanto, en el derecho de defensa. En este sentido, FUENTES advierte que para la salvaguarda efectiva del derecho de defensa durante primera fase investigadora, es necesario fijar unos plazos breves de estricto cumplimiento a partir de los cuales habría que proceder a la apertura de la investigación en sentido amplio⁷⁶².

Con razón, la autora afirma que, en el marco del proceso pre-legislativo, “de conformidad con estas exigencias impuestas por la propia lógica del derecho de defensa, la fase de investigación preliminar en el Borrador de LECrim [de 2004] se concibió como una fase coyuntural que cuando se diera, debería durar el tiempo mínimo imprescindible y, como regla general, nunca más de 30 días” y que se entendió, también, que “en dicha etapa primaría el principio de secreto frente a las partes salvo por lo que respecta a la toma de declaración al imputado y a las diligencias que, autorizadas por el Juez de la Instrucción, supusieran limitación de sus derechos fundamentales. La autora sostiene que “la restricción del normal funcionamiento del derecho de defensa puede hacer ver excesivo el plazo de 30 días con que se pretendió dotar a esta fase procesal, aún tratándose éste de un plazo máximo” y entiende “que cabría plantearse plazos más breves aún siendo consciente de que tanto la policía cuanto el Ministerio Fiscal necesitan unos márgenes mínimos de tiempo para investigar” y, en este sentido, “quizás el plazo de 15 días (20 días contempla para este mismo período el CPP Peruano) fuera, posiblemente, más razonable”. En todo caso —señala la autora— que el hecho de que se admita la contradicción en las actuaciones convierte el plazo de máximo de 30 días en razonable, aunque, cuestionable⁷⁶³.

⁷⁶² FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág. 181.

⁷⁶³ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 205.

En cuanto a la duración de de la fase ordinaria de la instrucción cuando no hubiere fase de investigación preliminar o, ésta hubiere concluido, puede tomarse como referencia el *Codice di Procedura Penale* italiano regula un plazo ordinario de 6 meses (art. 405), que se amplía hasta 18 meses en el supuesto de que la investigación afecte a los delitos enumerados en el art. 407⁷⁶⁴. Por su parte, GIMENO se muestra favorable al establecimiento de una duración de la Instrucción menor, “de entre tres o seis meses” en función de la gravedad y complejidad del delito⁷⁶⁵.

El Anteproyecto español de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 dispuso un sistema de plazos amplio, con arreglo a la siguiente norma: “el procedimiento de investigación no podrá durar más de doce meses contados desde la fecha de la primera comparecencia de la persona investigada”, salvo “cuando se trate de investigaciones de la Fiscalía de la Audiencia Nacional o de las Fiscalías Especiales el plazo será de dieciocho meses” (art. 481). Además, se articula un sistema de solicitud de prórrogas que podrán ser acordadas por el juez de garantías, y cuya duración máxima no podrá exceder de la establecida para el plazo inicial (art. 483).

La Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma que el cumplimiento de los plazos “depende de la diligencia de los órganos de investigación en el ejercicio de sus funciones”⁷⁶⁶. Si bien es cierto, que resulta necesario proceder al establecimiento de

⁷⁶⁴ Cfr. GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero...* op. cit., págs. 187 y ss.

⁷⁶⁵ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...” op. cit., págs. 90–91.

⁷⁶⁶ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal de 27 de julio de 2011, Exposición de Motivos, Apdo. LII: “En este punto, existen dos opciones fundamentales. Una primera posibilidad consiste en introducir un sistema que no establezca un límite temporal expreso pero que sujete la duración de la investigación a un examen judicial periódico. En un principio, esta opción, basada en el control efectivo que supone la intervención de un Juez de Garantías que se encuentra completamente desvinculado al éxito de las indagaciones, puede presentar ventajas frente a la fijación expresa de un límite máximo. Previene, por ejemplo, frente a posibles estrategias dilatorias de las partes que obligarían, aparentemente, al legislador a introducir complejas y difusas reglas de interrupción o suspensión de su curso, de difícil interpretación y aplicación. Pero un examen más detenido de la cuestión conduce a la solución de un plazo prorrogable hasta un límite final infranqueable. 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

plazos instructorios, no basta con declarar legalmente tiempos máximos generales para la investigación sino que, es preciso, ir más allá y procurar una solución integral que, como se ha indicado anteriormente, configure un sistema de plazos para todos los partícipes en la investigación y empodere al fiscal para el control de su observancia. De nada servirá un fiscal diligente, si no puede controlar los plazos —de varios meses de duración— requeridos para la elaboración de determinados informes periciales, que han de efectuarse en los laboratorios centrales del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil o del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

En este sentido, resulta especialmente significativo el modelo italiano ya que, a pesar del establecimiento del sistema plazos instructores de carácter general que efectúan los arts. 405 y 407 de su Ley procesal criminal, ha sido calificado por la COMISIÓN EUROPEA para la eficiencia de la Justicia, del CONSEJO DE EUROPA, en su Informe sobre los Sistemas Judiciales Europeos, como uno de los 3 sistemas procesales —junto con Chipre y Letonia— con mayor retraso en la tramitación y juicio de los procesos criminales en primera instancia.

El Informe declara, que Italia necesita una media de 386 días para la tramitación de un asunto criminal en primera instancia, que supera a los 330 días de España y los 286 de Portugal, quedando todos estos sistemas procesales muy alejados de la tasa temporal alemana de 110 días para la instrucción y conocimiento en primera instancia de sus casos criminales⁷⁶⁷. Por otro lado, debe tenerse en consideración, que estos datos no individualizan los tiempos de tramitación de juicios de faltas y delitos —ni las diferentes formas de enjuiciamiento de estos últimos— en los distintos sistemas criminales europeos.

Ha de sostenerse, que el establecimiento de un sistema de plazos de instrucción es una opción encomiable y necesaria y, al tiempo, debe advertirse que si ello no se acompaña por la declaración de plazos para a todos los actores de la investigación y se

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 (...)

⁷⁶⁷ Informe sobre los sistemas judiciales europeos, COMISIÓN EUROPEA para la eficiencia de la justicia, CONSEJO DE EUROPA, edición 2014, pág. 222. Los datos se corresponden a la información aportada a la Comisión por 42 Estados pertenecientes al Consejo de Europa, a 31 de diciembre de 2012.

empoderara al fiscal para el control de su cumplimiento, la Ley quedará en *papel mojado*, como ya ocurrió —justo después de su entrada en vigor— con el plazo de un mes para la instrucción de los sumarios, declarado por el artículo 324 de nuestra vieja Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.5.2. INSUFICIENCIA DE MEDIOS MATERIALES

A la insuficiencia de medios materiales, que —es notorio— constituye un mal endémico del sistema criminal español, ha de unirse, como recuerda FUENTES, la necesidad de realizar un “esfuerzo de medios personales y materiales” para modificar, con garantías, el sistema actual o el nuevo papel diferenciado del juez como juez de garantías⁷⁶⁸.

Sin perjuicio, de reafirmar la necesidad de que sean incrementados los medios materiales asignados a la administración de Justicia, incluyendo en tal concepto a la policía judicial y a la medicina forense, a fin de evitar que las diligencias encomendadas a los laboratorios centrales de los cuerpos policiales y forenses, requieran para determinados análisis —o para el cumplimiento de otras diligencias— plazos que hayan de contarse en meses y, no obstante insistir en la necesidad de reestructuración de los elementos funcionales y orgánicos que afectan a las unidades de policía judicial y a las unidades periciales judiciales, a fin de que queden asignadas —específicamente— al cumplimiento funcional de las necesidades fiscales y sometidas al control orgánico del Ministerio Fiscal; ha de afirmarse, que el aumento de los medios económicos a favor de la administración de Justicia y la vinculación funcional y orgánica de unidades policiales y periciales a la Pública Institución, no podrán constituir —por sí solas— medidas suficientes para evitar la vulneración sistemática del derecho del imputado a no sufrir dilaciones en la fase de instrucción.

⁷⁶⁸ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 198. En igual sentido, CABEZUDO RODRIGUEZ N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal”, *Sobre la reforma de la justicia penal*, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008.

En primer lugar, no puede dejar de observarse que la asignación de unidades policiales y periciales al Ministerio Fiscal coadyuvará en mayor medida a la agilización y eficacia de la administración de Justicia que una mera *inyección* económica que mantenga al fiscal ajeno al control orgánico y sancionatorio de los intervinientes en la investigación criminal. Esta petición, ha sido formulada por TORRES–DULCE LIFANTE quien sostiene que la “creación de una policía judicial dependiente funcionalmente de la Fiscalía, parece exigencia de credibilidad y eficiencia, como otro tanto sucede con la colaboración de peritos y especialistas”⁷⁶⁹.

Y, en segundo término, no es posible exigir a la sociedad que omita la natural sensibilidad que ha de tener respecto de las necesidades sociales que, precisamente por su carácter humanitario, han de ser atendidas con los fondos públicos, siempre con preferencia a la Justicia.

A mayor abundamiento, parte de la doctrina se muestra contraria al incremento indefinido de recursos personales atendiendo, no ya a la dificultad económica, sino a la conveniencia ya que considera que a mayor número de profesionales, menor será su cualificación. En este sentido, DÍEZ PICAZO–GIMÉNEZ afirma que “no es posible aumentar el número de buenos profesionales de la Justicia penal (policía, fiscales, jueces, etcétera) de manera indefinida. El aumento indefinido del personal al servicio de la administración de Justicia conduciría a una disminución de su calidad profesional y, por esta vía, a un deterioro de la calidad de la propia Justicia penal y de las garantías de los ciudadanos”⁷⁷⁰.

Ha de afirmarse, en definitiva, que siendo siempre importante y deseable un incremento en los medios materiales en la administración de Justicia y, resultado obvio que, sin una inversión adecuada es ilusorio iniciar la transformación del proceso instructorio napoleónico a un sistema de investigación fiscal; las solución a las continuas vulneraciones del derecho del imputado a que el proceso sea instruido en un

⁷⁶⁹ TORRES–DULCE LIFANTE E., “La reforma de la instrucción en el proceso penal y el fiscal...”, op. cit., pág. 86.

⁷⁷⁰ DÍEZ PICAZO–GIMÉNEZ L. M., *La posición del fiscal en la investigación penal...* op. cit., pág. 19.

tiempo razonable, no han de buscarse exclusivamente en la anemia económica histórica que aqueja a juzgados y fiscalías.

2.5.3 AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADA EN LA INVESTIGACIÓN FISCAL⁷⁷¹

La dilación procedimental en el sistema criminal, es connatural al principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal —en su aspecto negativo— como limitador o excluyente del principio de oportunidad. La herramienta procesal más importante para mitigar el exceso de tiempo en la tramitación de las causas penales, radica en el establecimiento de un modelo de discrecionalidad fiscal ya que, el problema principal responsable de la dilación de la instrucción de las causas criminales, se halla constituido por la ausencia de reconocimiento del principio de oportunidad reglada a favor del fiscal investigador.

Comparto con FUENTES, la comprensión de que es necesario establecer un orden de prioridades que permita racionalizar la persecución de los delitos. En este sentido, la autora afirma que “ante la imposibilidad material de enjuiciar la totalidad de los hechos punibles que se cometen y la conveniencia en determinados casos de ofrecer soluciones alternativas a las penas cortas privativas de libertad así como de atender y ponderar otros intereses junto al interés público del Estado en la persecución delictiva, resulta necesario flexibilizar nuestro estricto entendimiento de la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal buscando fórmulas de oportunidad reglada bien al inicio (introduciendo condiciones de procedibilidad), bien durante la tramitación del procedimiento”⁷⁷². En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES afirma que, para la descongestión del proceso penal, uno de los puntos esenciales de la reforma del proceso penal lo constituye el papel en el proceso de la figura del Ministerio Fiscal como director de la investigación, en adición a “la necesaria introducción del principio de oportunidad, y la limitación del ejercicio de la acusación popular”⁷⁷³.

⁷⁷¹ Sobre este particular, puede verse el Apartado primero del Capítulo I.

⁷⁷² Cfr. FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., págs. 37–38.

⁷⁷³ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14953/2010, pág. 3. También, CASTILLEJO MANZANARES R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías...”, op. cit., pág. 68.

En armonía con las anteriores posiciones doctrinales, se pronuncia la COMISIÓN EUROPEA para la eficiencia de la Justicia, del CONSEJO DE EUROPA, en su Informe sobre los Sistemas Judiciales Europeos, en el que sostiene que la medida más eficaz para combatir las dilaciones en la instrucción penal es el reconocimiento del principio de discrecionalidad fiscal⁷⁷⁴. Tres son las conclusiones que pueden extraerse de su Informe, a saber:

1. Las dilaciones indebidas son un problema particularmente importante en la protección de los derechos humanos especialmente en los supuestos en los que el imputado se halla en situación de prisión provisional, y su vulneración es el derecho del art. 6.1 del CED.H que más sentencias estimativas ha dictado el TEDH
2. Las fiscalías (en sistemas de investigación fiscal) tienen dificultades tramitando todos los casos que reciben
3. La corrección de las dilaciones depende principalmente del establecimiento del principio de oportunidad fiscal.

Como es sabido, mientras que la Ordenanza procesal alemana *Strafprozeßordnung* (StPO) dispone para el fiscal un grado elevado de discrecionalidad penal (§ 153)⁷⁷⁵, la *Costituzione della Repubblica* italiana declara el ejercicio obligatorio de la acción penal por el fiscal (art. 112).

⁷⁷⁴ Informe sobre los sistemas judiciales europeos, COMISIÓN EUROPEA para la eficiencia de la justicia, CONSEJO DE EUROPA, edición 2014, pág. 483. El Informe declara: “difficulties in processing criminal cases lay mainly at the level of the prosecution services. As regards criminal cases, the lengths of procedure for handling judicial cases is of particular importance for the protection of fundamental rights, including serious criminal cases where deprivation of liberty may be at stake. The caseload of the courts depends greatly on the possibilities afforded to the prosecution to hold or not to hold the power to non-suit a case or to propose a negotiated sanction, with or without the intervention of a judge. It is at the level of the prosecution service that the main difficulties in the handling of criminal cases reside. At the European level, the number of cases which prosecutors receive and bring before the courts can be a good indication, requiring qualification in the light of the foregoing remarks, as to the respective workloads of judges and prosecutors by comparison with the ratio of their respective number to the population. It is clear that in some countries the burden on the prosecution is heavy. In most member states, prosecutors are not able to cope with the volume of cases to be addressed”.

⁷⁷⁵ Afirma ROXIN que, sin perjuicio de que la Ordenanza procesal alemana establezca formalmente la obligación del Ministerio Fiscal de formular acusación si las investigaciones le llevan a la conclusión de que existe sospecha suficiente (§ 171.1), el § 153 se impone como

Sin perjuicio de la institución del *patteggiamento* o conformidad limitada, regulada en el *Codice di Procedura Penale* italiano (arts. 444 y ss.), puede fácilmente deducirse que, la principal causa por la que dos Estados europeos —Italia y Alemania— con sistema procesal acusatorio formal de investigación fiscal, y con normas procesales relativamente similares (con independencia del Estatuto orgánico de sus fiscales) arrojen tal extraordinaria diferencia en el tiempo de tramitación de sus respectivas causas criminales en primera instancia, ha de hallarse —en gran medida— en el diferente reconocimiento otorgado por cada uno de ellos al principio de discrecionalidad.

2.5.4. FALTA DE POTENCIACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA DEL DERECHO PENAL

La potenciación del principio de intervención mínima del derecho penal participa de la misma naturaleza que el principio de oportunidad en cuanto a que ambas instituciones pretenden reducir el número de casos penales a instruir y a enjuiciar. En el sistema español, el pre-legislador ha propuesto eliminar la figura de los juicios de faltas regulados en el Libro III del Código Penal. Es cierto, que si bien —en puridad— los juicios de faltas carecen de fase instructoria, en la práctica han de ordenarse diligencias tales como informes forenses, tasaciones periciales o inspecciones oculares y, desde luego, exigen notificaciones que ocupan el tiempo de los funcionarios y los medios de la administración de Justicia, por lo que no es extraño que la tramitación de un proceso de faltas exija un despliegue de tiempos y medios similar al requerido para las causas de sencilla tramitación por delitos menos graves⁷⁷⁶.

En este sentido, el Proyecto de Ley orgánica de 2013 de reforma del Código Penal, sostiene en su Exposición de Motivos que “una buena parte de los operadores jurídicos viene reclamando la supresión de las infracciones penales constitutivas de falta: por la notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento; pero también por la

auténtica excepción consagrando el principio de oportunidad, Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit, pág. 89.

⁷⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 54/1988, de 18 de abril. Ponente: LÓPEZ GUERRA L.

dudosa necesidad de que conductas carentes en muchos casos de gravedad suficiente, deban ser objeto de un reproche penal” y que “en tal sentido se viene pronunciando la Fiscalía General del Estado, que aboga porque las actuales infracciones consideradas como faltas penales queden al margen del Código Penal por su escasa gravedad” y “también el Consejo General del Poder Judicial, que de forma reciente ha propuesto despenalizar ciertos comportamientos tipificados como faltas penales como medida adecuada para reducir los elevados niveles de litigiosidad, que son especialmente altos en el orden jurisdiccional penal”⁷⁷⁷.

No ha de caber duda de que la supresión o disminución del número de tipos penales de faltas constituirá un elemento positivo en aras a la disminución del tiempo de tramitación instructoria de las causas por delito, si bien, como se ha afirmado, el elemento más importante que está llamado a ser la solución principal a las dilaciones en la tramitación instructoria, lo constituye el establecimiento del principio de oportunidad reglada.

2.5.5. PLURALIDAD DE PARTES ACUSADORAS

La doctrina ha puesto de manifiesto la relación entre la existencia de pluralidad de partes acusadoras y la desaceleración del proceso. BACIGALUPO sostiene que “probablemente la instrucción por el Ministerio Fiscal no favorecerá la celeridad del proceso”, ya que la causa de las demoras en el proceso penal no guarda relación con el sujeto investigador, sino que encuentran su origen en tres elementos característicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, la pluralidad de partes acusadoras, el sistema de recursos previstos para la fase de instrucción y “la extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito”⁷⁷⁸. CASTILLEJO MANZANARES afirma que “lo relevante quizá no sea quien instruye sino como se realiza la instrucción” y, en este sentido, “el problema está en la dilación de la administración de Justicia y ello no depende exclusivamente del sujeto que la lleve a cabo”, ya que “el fiscal tampoco podrá acelerar el proceso penal si las verdaderas causas de dilación siguen estando presentes,

⁷⁷⁷ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (B.O.E. de 4 de octubre, de 2013).

⁷⁷⁸ BACIGALUPO E., “La posición del fiscal en la investigación...”, op. cit., pág. 22.

así la pluralidad de partes acusadoras, el sistema de recursos durante la instrucción, y el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal”⁷⁷⁹.

Como es sabido, el sistema procesal español presenta ciertas peculiaridades si ha de compararse con los sistemas extranjeros⁷⁸⁰. En primer lugar, la existencia de la acusación popular que se configura como una *rara avis* en el panorama procesal europeo y que, no obstante, constituye una institución enormemente apreciada por la doctrina y por el pueblo soberano. No en vano, ALMAGRO NOSETE la denomina: “escuela de ciudadanía y signo inequívoco de democracia”⁷⁸¹. Es cierto, sin embargo, que —en ocasiones— la acusación popular dificulta la tramitación de las causas penales dilatando innecesariamente los procedimientos en perjuicio del derecho constitucional del imputado a que su causa sea conocida en un tiempo razonable.

Resulta notoria la constitucionalidad de la institución de la acusación popular, ya que el art. 125 de la Carta Magna declara que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular”. Si bien, el mismo precepto, dispone que el ejercicio solamente habrá llevarse a efecto “en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine” y, por tanto, la cuestión debatida respecto de la acusación popular ha de ser regulada queda limitada a la extensión legal de su legitimación. La regulación actual, se halla desarrollada en el art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, como únicas

⁷⁷⁹ CASTILLEJO MANZANARES R., “El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías...”, op. cit., pág. 54.

⁷⁸⁰ En este sentido, CABEZUDO afirma que “sin perjuicio de la necesidad de incrementar los medios humanos y los recursos económicos destinados a la Justicia, sobre todo la penal, dada la inflacionaria actuación legislativa en la penalización de conductas, hemos de valorar la incidencia de factores estructurales, derivados de las peculiaridades del modelo procesal vigente en España, en la probada dilatación que sufre habitualmente la instrucción de las causas. El potencial retardador de instituciones procesales tales como la intervención de una pluralidad de partes en el proceso con intereses muy diversos, ya antes aludida, quienes lejos de permanecer inactivos confiados del criterio del instructor son una fuente continua de peticiones atinentes tanto a la práctica de diligencias como también a la adopción o revocación de cautelas; un sistema de recursos profundamente garantista, del que se hace un uso abusivo; o la eventual acumulación de acciones civiles y penales en la misma causa”, Vide CABEZUDO RODRÍGUEZ N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio...”, op. cit., pág. 201.

⁷⁸¹ ALMAGRO NOSETE, “La investigación del Ministerio Fiscal y la acción popular”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 226. El autor atribuye a CALAMANDREI —sin citar el origen— la conocida expresión: “la acción popular es el lujo del Derecho”.

restricciones, la reserva el ejercicio de la acción popular a los ciudadanos españoles y la exigencia del depósito previo de una fianza⁷⁸². El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha reconocido la conexión entre el ejercicio de la acción popular y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, afirmando que una interpretación restrictiva de las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el ejercicio de la acción popular puede reputarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión dado que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción y, en este sentido, —a los efectos de legitimación activa— se ha interpretado el término ciudadanos del art. 125 de la CE como personas físicas y jurídicas —privadas y públicas—⁷⁸³.

Por otro parte, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de mantener la institución en cuanto a los delitos relacionados con la corrupción a fin de evitar que un Ministerio Fiscal condescendiente con los delitos políticos pueda provocar su impunidad. En este sentido, ASECIO, con razón, afirma que la acción popular “es una garantía frente a la inactividad del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que el mismo muestre pasividad ante los delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con el Poder Ejecutivo”⁷⁸⁴. En el mismo sentido, OCHOA MONZÓ señala que “la presencia de la acusación popular sería de especial relevancia en supuestos de delitos que

⁷⁸² Vide art. 19.1 de la LOPJ y arts. 101, 102, 270 y ss. de la LECrim.

⁷⁸³ El Tribunal Constitucional ha declarado que, el art. 125 de la CE, no concibe la acción popular en términos absolutos e incondicionales, sino en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine y ha destacado la amplia disponibilidad del legislador para regular el ejercicio de la acción popular, hasta el punto de que puede incluso prescindir de ella en algunos ámbitos, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Auto, Pleno, 186/2009, de 16 de junio. No obstante, en desarrollo de su teoría interpretativa del art. 24.1 CE *pro actione*, ha otorgado el amparo, reconociendo legitimidad activa para el ejercicio de la acusación popular, a las asociaciones privadas, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Auto núm. 34/94, de 31 de enero, y a los organismos públicos, como a la Generalitat Valenciana, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 311/2006, de 19 de octubre, ponente: CASAS BAAMONDE M. E., al Gobierno de Cantabria, Vide Sentencia núm. 8/2008, de 21 de enero, ponente: GAY MONTALVO E., o a la Delegada del Gobierno contra la violencia de género, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 67/2011, de 11 de junio, ponente: ORTEGA ÁLVAREZ L. I. Para un análisis exhaustivo la evolución doctrinal y jurisprudencial de la institución de la acusación particular, Vide el de CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., págs. 47 y ss.

⁷⁸⁴ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 3. En similar sentido, Vide FUENTES SORIANO O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones...* op. cit., pág. 34.

pertenecen a la esfera o patrimonio social y en otros de riesgo abstracto o en aquellos en donde el perjuicio es generalizado y puede afectar a toda la sociedad, tales como el tráfico de influencias, medio ambiente, corrupción”, ya que “el posible escaso celo del Ministerio Fiscal puede ser suplido por el ejercicio de la acusación popular”⁷⁸⁵.

La solución adoptada por el Anteproyecto de Ley del año 2011, fue la de ampliar subjetivamente la legitimación activa a todas las personas físicas y jurídicas de la Unión Europea siempre que éstas gocen de la plenitud de sus derechos civiles y que no hayan sido condenadas en sentencia firme por delito contra la administración de Justicia o por estafa procesal. Por otro lado, el Anteproyecto limitó la legitimidad activa a los miembros de las carreras judicial o fiscal y a las administraciones públicas, a los partidos políticos y a los sindicatos (art. 82).

Por su parte, el Borrador de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2013, además de reproducir casi en su totalidad los presupuestos subjetivos contenidos en el Anteproyecto, propone una reducción objetiva del número de delitos, a los de prevaricación judicial, delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y por particulares partícipes en los mismos, delitos de cohecho de los arts. 419 a 427 del Código Penal, delitos de tráfico de influencias de los arts. 428 a 430 del Código Penal, delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo de los arts. 319 y 320 del Código Penal, delitos contra el medio ambiente de los arts. 325 a 331 del Código Penal, delitos electorales de los arts. 139, 140, 146, 149 y 150 de la L.O. 5/1985, de 19 de junio, de Régimen electoral General, delitos provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones o difusión de información injuriosa sobre grupos o asociaciones del artículo 510 del Código Penal y delitos de terrorismo (art.71).

La lista de infracciones criminales resulta, desde luego, criticable por su extraño método de selección, puesto que no se comprende la inclusión, entre ellos, de los delitos de terrorismo que ninguna relación guardan con la corrupción política que es, precisamente, donde nace el riesgo de influencia vil —gubernamental o política— en

⁷⁸⁵ OCHOA MONZÓ V., “La acción popular”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASENCIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011, pág.121.

los representantes del Ministerio Fiscal. La selección no resulta explicable, salvo que se haya pensado en favorecer *ad hoc* la legitimación de las asociaciones de víctimas, en aras a compensar el sufrimiento de éstas. Igualmente, resulta criticable la inclusión en la lista de los delitos del art. 510 del Código Penal.

Si lo que se quiere es encontrar un compromiso entre la necesidad de garantizar la persecución de los crímenes relativos a la corrupción política o pública y asegurar el derecho de los ciudadanos a una instrucción en un plazo razonable, la institución de la acusación popular ha de limitarse a los delitos que puedan ser cometidos por las personas que ocupan cargos políticos o públicos de designación discrecional y a las organizaciones, sociedades o agrupaciones que reciban subvenciones públicas o contratos públicos y, también, a los particulares que coadyuven o se beneficien de la comisión delictiva de esta clase de delitos. Ahora bien, también entiendo que resulta necesario que la acusación popular subsista en cuanto a los delitos de siniestralidad laboral y, particularmente, respecto de los medioambientales como consecuencia de la especial naturaleza jurídica del bien jurídico protegido. En este sentido, ha de compartirse con CASTILLEJO MANZANARES que “no debería desaparecer en ningún caso la intervención del actor popular en la persecución de los delitos ecológicos” por razón de que el bien jurídico protegido es “colectivo o supraindividual, indisponible, de evidente naturaleza pública”⁷⁸⁶.

En cuanto a la acusación particular, institución de carácter meramente legal, mi posición —vaya por delante— es moderadamente contraria⁷⁸⁷. Es causa de atascos judiciales, querellas chantajistas, y recursos innecesarios. La entrada de la acusación

⁷⁸⁶ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., pág. 70.

⁷⁸⁷ Su regulación no es constitucional sino legal. Vide arts. 106, 270, 281, 761, 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha reiterado que “el derecho de acceso a la jurisdicción penal que ostenta la víctima para el ejercicio de la acusación particular no supone un derecho fundamental, constitucionalmente protegido, a la condena penal de otra persona, sino que se concreta esencialmente en un *ius ut procedatur*, lo que implica el derecho a poner en marcha un proceso, substanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho, que también queda satisfecho con una decisión de inadmisión o meramente procesal que apreciara razonadamente la concurrencia de un óbice fundado en un precepto expreso de la ley”, Vide TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 190/2011, de 12 de diciembre, FD 2º. Ponente: PÉREZ TREMP S P.

particular supone una automática dilación del procedimiento y, ha de afirmarse, que la pretensión real —en numerosas ocasiones— es meramente económica. La supresión de esta institución, coadyuvaría generosamente a la celeridad de los procedimientos y, ciertamente, ha de afirmarse que el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva se halla a salvo con la protección otorgada por el Ministerio Público a la que se encuentra obligado en virtud de su carácter de promotor de la Justicia.

Por otro lado, debe destacarse que el equilibrio procesal resulta —en ocasiones— lesionado cuando el imputado, procesado o acusado, ha de defenderse simultáneamente —con frecuencia armado únicamente con un abogado de oficio designado por la Comisión de Justicia gratuita— no sólo del representante del Ministerio Fiscal sino, también, de varias acusaciones particulares o populares. La desproporción es dramática y, también, cuestionable si ha de tenerse en consideración el debido respeto al principio de igualdad de armas.

A mayor abundamiento, si para poder reducir las dilaciones ha de fortalecerse el principio de discrecionalidad, ha de advertirse que su mero establecimiento convertiría a la institución de la acusación particular en un elemento contrario al principio de igualdad procesal y sustantiva, puesto que impediría la aplicación objetiva e igual de los efectos del principio de oportunidad por otra parcial y distinta en función de los intereses particulares —ajenos al principio de seguridad e igualdad— de quien tuviera medios económicos para sostener una acusación particular cuando no hubiere pública.

Es cierto, que puede resultar técnicamente posible conjugar discrecionalidad fiscal y acusación particular. Para ello, es necesario distinguir entre supuestos de incoación o sobreseimiento fiscal por razón de oportunidad, en cuyo caso, no ha de aceptarse legitimación a la acusación particular para impugnar la decisión archivadora del fiscal; y supuestos de sobreseimiento por motivos de falta de tipicidad de los hechos, en cuyo caso, se podría admitir que la acusación particular formulase impugnación judicial del decreto del fiscal.

Este es el sentido de la propuesta de reforma legislativa de los arts. 19 y 27.4 de la Ley orgánica de responsabilidad penal del menor, efectuada por la FISCALÍA

GENERAL DEL ESTADO en lo que respecta, obviamente, a la jurisdicción de menores. La Memoria distingue entre los supuestos en los que el fiscal desiste o interesa el sobreseimiento del expediente por razones de oportunidad, respecto de los no puede reconocerse que la acusación particular tenga “facultades para sostener por sí sola la acusación” y los casos en los que el motivo del sobreseimiento “se apoya en lo previsto en los arts. 641.1 y 641.2 de la LECrim”, donde la Memoria acepta pacíficamente la legitimidad de la acusación particular para sostener por sí misma la acción penal”⁷⁸⁸.

La acusación particular —salvo que sea implementada conforme a los anteriores criterios— supone en numerosas ocasiones la consagración de la fractura de la Justicia en dos grupos, compuestos —el primero— por las personas que gozan de recursos económicos para litigar y —el segundo— por las que no y, a mayor abundamiento, lesiona la eficacia, la rapidez y el respeto por los derechos del imputado o el acusado que sufren tanto por la ralentización del proceso que produce la acusación particular, cuanto por el desequilibrio procesal que se expresa en la necesidad de enfrentarse a varias acusaciones de forma simultánea. De ello, se desprende que la acción particular, ciertamente, no convenga ni a la eficacia, ni al equilibrio procesal.

⁷⁸⁸ Cfr. Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2014, págs. 752–756. La Memoria declara que es necesario diferenciar aquellos casos en que el sobreseimiento se produce a instancia del fiscal por el juego del principio de oportunidad, conforme a los arts. 19 o 27.4 de la LORPM, de aquellos supuestos en que la solicitud del fiscal se basa en motivos de legalidad, conforme al art. 30.4 de la LORPM. “En la segunda de las hipótesis, el motivo del sobreseimiento solicitado por el Fiscal se apoya en lo previsto en los arts. 641.1 y 641.2 de la LECrim, esto es, por no reputar debidamente acreditados los hechos o la participación en los mismos de quienes hubiesen resultado imputados. En esta clase de supuestos, no se suscitan dudas sobre la legitimidad de la acusación particular para sostener por sí misma la acción penal en la jurisdicción de menores. Distintos son los casos en que el fiscal solicita el sobreseimiento del expediente por razones de oportunidad. Puede ser con base en el art. 19 de la LORPM, por haberse realizado satisfactoriamente por el menor expedientado la conciliación, reparación o actividad educativa extrajudicial; o puede ser apoyado en lo dispuesto en el art. 27.4, esto es, a instancia del equipo técnico por entender suficiente el reproche transmitido al menor con los trámites del procedimiento, o por estimarse inadecuada la intervención debido al tiempo transcurrido. En los casos referidos en último lugar, esto es, el sobreseimiento interesado por el fiscal al amparo de lo dispuesto en los arts. 19 o 27.4 LORPM, no puede reconocerse que la acusación particular tenga idénticas facultades para sostener por sí sola la acusación y, desde luego, una interpretación sistemática de los preceptos que la regulan conduce a diferente conclusión”. Vide también, Circular 1/2007 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006.

Ha de estimarse idóneo, el sistema adoptado por la Ordenanza procesal alemana que permite —de forma única— el ejercicio de la acusación particular como coadyuvante a la acusación del fiscal y dependiente del mantenimiento de la acusación por éste, en lo que se ha venido a denominar “acusación adhesiva”, en la que el compromiso entre el desajuste temporal y la acentuación del derecho a la tutela efectiva, resulta razonable (§§ 395–402). Los derechos del acusador adhesivo alemán son los siguientes: podrá estar presente en el juicio oral (§ 378), dirigirse al juez (§§ 24, 31), o a un perito (§ 74) preguntar a los testigos (§ 240), hacer objeciones a las preguntas y proponer prueba (§ 240), y presentar recursos independientemente de la Fiscalía (§ 401).

Debe destacarse que, a pesar de que la posición de la acción particular alemana se halla subordinada al fiscal, la doctrina germana critica la institución de la acusación adhesiva por entender que, la condena a las costas del juicio hace que, la existencia de las acusaciones particulares sea difícilmente conciliable con el fin rehabilitador de la pena. En este sentido, ROXIN afirma que “dado que la idea de retribución, vinculada a la función de desagravio, y las costas de la acción adhesiva resultantes para el imputado son contrarias a la resocialización, de *lege ferenda* se debería incluir a la acción adhesiva en un procedimiento de compensación entre autor y víctima, que lleve a un primer plano los intereses de reparación del ofendido”⁷⁸⁹.

En definitiva, por razones de eficacia de la instrucción y de equilibrio procesal, estimo que la institución de la acusación particular española ha de configurarse en términos similares a la acusación adhesiva regulada por la Ordenanza procesal alemana.

2.5.6. CONCENTRACIÓN DE LOS RECURSOS DE LA DEFENSA

Coincido con FUENTES que, en un sistema de investigación fiscal, resulta conveniente, en aras de potenciar la tramitación ágil de los recursos procesales contra los decretos del fiscal denegatorios de solicitud de práctica de diligencias procesales —de los que conocerá el juez de garantías— la limitación temporal de su presentación a un único momento procesal que ha de situarse a la finalización de la fase

⁷⁸⁹ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit, págs. 533–534. También, Cfr. ESER A., *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Buenos Aires, 1992, págs 185 y ss.

investigatoria. La autora, con acierto, afirma que “razones de economía procesal aconsejan unificar las distintas solicitudes de la defensa al órgano judicial en un único y concreto momento procesal”, ya que lo contrario podría llevar a una situación, “en la que la tramitación del procedimiento podría verse sometido a continuas interrupciones” provocadas por la necesidad de emitir las correspondientes resoluciones judiciales⁷⁹⁰. Este modelo de concentración fue el escogido por el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 (arts. 494–495).

2.5.7. EXTENSIÓN DEL OBJETO PENAL A LAS CONSECUENCIAS CIVILES DERIVADAS DEL DELITO

Afirma FONT SERRA que “cuando se utiliza la expresión responsabilidad civil *ex delicto*, se significa la responsabilidad originada por un acto ilícito, que es considerado así mismo delictivo, diferenciando este sector de la responsabilidad del resto de la responsabilidad civil extracontractual”⁷⁹¹.

La institución de la acumulación de acciones civiles y penales en el seno del proceso penal es una figura propia del derecho español, que goza de un gran arraigo popular. La separación de la responsabilidad *ex delicto* del proceso penal sin duda habría de producir una reducción de los tiempos instructorios; no obstante, simultáneamente podría originar el efecto contrario en cuanto a los plazos de tramitación de los procesos civiles y, a mayor abundamiento, obligaría a la víctima a realizar un indeseable peregrinaje de jurisdicciones⁷⁹².

Por otro lado, ha de ponerse en tela de juicio la constitucionalidad del imperativo legal de condenar al acusado a las costas procesales originadas por la acusación particular —o popular— en el marco de un proceso penal ya que, no puede obviarse,

⁷⁹⁰ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.183.

⁷⁹¹ FONT SERRA E., *La acción civil en el proceso penal. Tratamiento procesal*, Madrid, 1991, pág. 11.

⁷⁹² La extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito es tratado —en lo que respecta a su aseguramiento— en el Apartado relativo a las medidas cautelares reales del presente Capítulo III.

que la amenaza de condena a las costas si el acusado no se allana a la pretensión condenatoria, puede encontrarse en conflicto el derecho de éste a no confesarse culpable. Se estima, por tanto, que los preceptos relativos a la condena a las costas en la jurisdicción penal (arts. 243 y concordantes de la LECrim y 109 y ss. del C. P.) pueden dar lugar —en ocasiones— a situaciones de en conflicto con el art 24.2 de la CE que declara el derecho del inculgado a no confesarse culpable.

2.5.8. EXCESIVO CELO DEL JUEZ INSTRUCTOR

Se afirma, que la introducción del fiscal investigador dotará de rapidez y eficacia a la instrucción penal como consecuencia de que se advertirá, de forma natural, que el fin instructorio no es sino la preparación de la acusación. En este sentido GIMENO sostiene “que uno de los factores que puede explicar las dilaciones en la fase de instrucción lo constituye un factor psicológico consistente en el temor del juez de instrucción a que el sumario le sea revocado por la Audiencia, lo que le induce a ser exageradamente exhaustivo en la inclusión de material probatorio y a admitir todas las diligencias que propongan las partes y sostiene que la eliminación del juez instructor aceleraría sustancialmente la tramitación de la fase instructora, sobre la base el fiscal no sufre del deseo de exhaustividad presente en el juez instructor”⁷⁹³.

Es necesario atender a la finalidad de la instrucción para determinar la medida en que el juez o el fiscal han de coadyuvar a la agilización de la investigación en el seno del proceso penal. BACIGALUPO señala que la instrucción tiene la finalidad de esclarecer una sospecha, y el juicio tiene como misión obtener una convicción. El *Codice di Procedura Penale* italiano encomienda expresamente el esclarecimiento de la sospecha al órgano acusador: “il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale (art 326. 1.) Con precisión, FUENTES afirma que el fiscal debe poder realizar “libre y autónomamente, toda aquella labor de investigación fáctica que le permitiera formular dicha acusación”, de forma que

⁷⁹³ GIMENO SENDRA V., “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional...”, op. cit., doc. electr. CENDOJ, pág. 5. Vide, también, FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 254.

“debiera ser decisión suya no sólo qué y cómo se investiga sino, lo que casi es más importante, hasta cuándo se investiga”⁷⁹⁴.

La doctrina muestra su convencimiento de que la introducción del fiscal investigador aportará, además de mayor coherencia al proceso, una disminución en el tiempo de tramitación de los expedientes en el marco de la instrucción penal. En este sentido, MORENO CATENA sostiene que “el modelo de investigación penal a cargo de Ministerio Fiscal introduce, no sólo mayor agilidad en la tramitación del procedimiento, suprimiéndose duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión”⁷⁹⁵. En el mismo sentido, FUENTES afirma que “las ventajas de otorgar la investigación de los hechos al Ministerio Fiscal, por lo que a celeridad y eficacia del proceso respecta, resultan difícilmente cuestionables”⁷⁹⁶.

Han de rechazarse los atajos, como el propuesto en la Declaración institucional de 2014, de los Presidentes de los Tribunales Superiores de España al Ministerio de Justicia, en la que se interesa una reforma parcial de los artículos 284, 772 y 773 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de incluir un nuevo párrafo que declare que “en los casos en que no existiere autor conocido, se remitirá el atestado únicamente al Ministerio Fiscal”. Este tipo de soluciones, sólo sirve para maquillar, pero nunca para sanar las dilaciones indebidas, cuya fortaleza descansa en un sistema de instrucción judicial napoleónico anclado en el siglo XIX y fundamentado en el principio de obligatoriedad del ejercicio de la acción penal⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 201.

⁷⁹⁵ MORENO CATENA V., “La necesidad de un nuevo modelo de instrucción...”, op. cit., pág. 212.

⁷⁹⁶ FUENTES SORIANO O., *La investigación por el Fiscal...* op. cit., pág. 254. En contra, BACIGALUPO sostiene que “probablemente la instrucción por el Ministerio Fiscal no favorecerá la celeridad del proceso”. El autor afirma que la causa de las demoras en el proceso penal no guarda relación con el sujeto investigador, sino que encuentran su origen en tres elementos característicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a saber, la pluralidad de partes acusadoras, el sistema de recursos previstos para la fase de instrucción y “la extensión del objeto penal a las consecuencias civiles derivadas del delito, Vide BACIGALUPO E., “La posición del fiscal en la investigación penal”, *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, (con AA.VV.)*, Navarra, 2005, pág. 22.

⁷⁹⁷ Declaración institucional anual de los Presidentes de los Tribunales... op cit., punto 4.

2.6. PRUEBA PRECONSTITUIDA Y ANTICIPADA

La prueba preconstituida se halla constituida por diligencias sumariales tales como, los informes de medicina pública o autopsias forenses, las intervenciones de comunicaciones, periciales balísticas o lofoscópicas de las unidades científicas de la policía judicial, los análisis biológicos y químicos efectuados por laboratorios, entre otras. Su carácter de prueba preconstituida, sin hallarse regulado y, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 474 y 788.2 de la LECrim, se acepta —si proviene de un organismo o unidad científica pública— incluso cuando sea introducido en el plenario bajo la fórmula de *reproducido* siempre que, habiéndose advertido por la acusación la petición de prueba de ratificación de los informes salvo impugnación expresa en el escrito de defensa, ésta no se produzca o, de acontecer la impugnación, la prueba se despliegue en el plenario por la comparecencia, ratificación, ampliación y declaración de sus autores (arts. 724 y 725 LECrim). Si se trata de pruebas irrepetibles de cualquier organismo privado o público sin carácter científico-técnico, ha de entenderse que no puede nunca ser dispensada la ratificación del autor en el plenario aún cuando la prueba no fuere impugnada por el acusado⁷⁹⁸.

El TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha admitido la realidad de la prueba preconstituida reconociendo la irreproducibilidad de ciertas actuaciones. En este sentido, ha declarado que resulta innegable la condición de prueba preconstituida del certificado médico inicial y de los posteriores forenses que se incorporen, dado que la determinación de las lesiones sufridas sólo puede acreditarse en el momento de que éstas se produzcan y sólo mientras pueden ser observadas, o duran sus efectos o secuelas. El único modo de desvirtuar la fuerza de convicción que pruebas

⁷⁹⁸ Respecto de los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas, el Pleno no jurisdiccional del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 25 de mayo de 2005 declaró que “la manifestación de la defensa consistente en la mera impugnación de los análisis sobre drogas elaborados por Centros Oficiales, no impide la valoración del resultado de aquellos como prueba de cargo, cuando haya sido introducido en el juicio oral como prueba documental, siempre que se cumplan las condiciones previstas en el Art. 788.2 LECrim”.

preconstituidas periciales es interrogar al perito en el acto del juicio oral, para lo cual deberá ser reclamado por la parte que lo pretende, impugnando el mismo⁷⁹⁹.

El atestado policial, no obstante el tenor literal del art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, como es conocido, le otorga el carácter de mera denuncia, puede convertirse en prueba preconstituida. Atendiendo a la doctrina constitucional, cuando al dato de la objetividad de las actuaciones contenidas en el atestado se añade su irrepetibilidad, “las actas policiales se convierten en prueba preconstituida”, y habrán de ser introducidas en el juicio oral como prueba documental que precisa ser leída en el acto del juicio a fin de posibilitar su efectiva contradicción por las partes. Así sucede con la recogida del cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, los croquis o fotografías levantados sobre el terreno o la misma comprobación de la alcoholemia⁸⁰⁰.

ASENCIO, con precisión, enumera las notas definatorias que pueden extraerse de la prueba preconstituida: son actos de investigación materiales (no procesales) y, por tanto, ordinariamente objetivos, técnicos y difícilmente reproducibles mediante declaración testifical; adquieren la naturaleza de prueba preconstituida por su irrepetibilidad, por lo que no pueden practicarse en el juicio oral; no son actos atribuidos exclusivamente al juez de instrucción, si bien normalmente se habrán practicado por él, por la policía judicial o por el Ministerio Fiscal; han de introducirse en el juicio oral para que alcancen la garantía de contradicción y puedan desplegar su fuerza probatoria que se hallará condicionada al cumplimiento de los requisitos particulares que cada diligencia precise para su instrucción en el plenario⁸⁰¹.

Por prueba anticipada ha de entenderse la practicada en la fase instructoria —esencialmente testifical— que pretende tener valor probatorio en el plenario. En este sentido, BACIGALUPO formula una advertencia conceptual, advirtiendo que, en puridad “no se trata de prueba anticipada sino de anticipación de la vista por alguna

⁷⁹⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 24/1991, de 11 de febrero, FD 2º. Ponente: RUBIO LLORENTE, F.

⁸⁰⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 303/1993, de 25 de octubre, FD 3º. Ponente: GIMENO SENDRA, V.

⁸⁰¹ ASENCIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 175.

razón que lo justifique”, ya que “no se adelanta la prueba sino que anticipa la vista estableciendo un excepción al principio de concentración”⁸⁰².

Han fracasado las experiencias procesales comparadas dirigidas a excluir, o bien, a establecer un sistema extraordinariamente rígido de introducción de diligencias probatorias anticipadas, particularmente la testifical. Es este grupo, cabe incluir a Italia con su ley procesal —*Codice di Procedura Penale*— conforme al texto original que fue aprobado en 1989. Este modelo excluyente, ciertamente no resulta idóneo. Tal conclusión se desprende de los cambios legislativos introducidos en la regulación del incidente probatorio italiano, con el fin, precisamente, de hacer más amplio y flexible el marco de introducción de materiales instructorios en el plenario para que adquieran fuerza probatoria (arts. 392–404). Con razón, FLORES PRADA afirma que “las modificaciones legislativas y las interpretaciones jurisprudenciales de que ha sido objeto el incidente probatorio en los 10 primeros años de la vigencia” del Código italiano, “han producido, como efecto principal, la ampliación de los presupuestos que permiten la práctica de prueba anticipada”. El autor, clasifica estas reformas en dos grupos; el primero conformado por aquellas necesarias y naturales, entre las que “figura sin duda la autorización para solicitar la práctica del incidente probatorio en la fase preliminar”; y el segundo grupo, que incluye las que “hacen una interpretación extensiva del acto no aplazable hasta el momento del juicio”⁸⁰³.

El modelo probatorio español, acepta la validez de la prueba testifical practicada en la fase instructoria siempre que se haya realizado ante el juez instructor, con presencia del secretario judicial, que se efectúe con contradicción —resultando suficiente la posibilidad de contradicción— y que la prueba goce del carácter de irrepitibilidad de forma que, llegado el día de celebración del juicio oral, no pueda ser practicada de nuevo en el plenario por razón de incapacidad psíquica o física del testigo, o por causa de su muerte o de tener éste su residencia en el extranjero (art. 448 LECrim). Cumplidos estos requisitos, el art 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que podrán ser leídas las diligencias practicadas en el sumario, siempre que no puedan ser reproducidas en el juicio oral.

⁸⁰² BACIGALUPO E., “La posición del fiscal en la investigación...”, op. cit., pág. 27.

⁸⁰³ FLORES PRADA I., *La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Valencia, 2011, 95–96.

El TRIBUNAL SUPREMO, se muestra riguroso en cuanto a la exigencia de que sea fehaciente la imposibilidad de que la práctica haya podido ser reproducida y, en este sentido, cabe destacar que el Alto Tribunal ha puesto reiteradamente de manifiesto que “la doctrina mayoritaria de esta Sala no justifica la aplicación directa del art. 730 de la LECrim, a partir del mero dato de la residencia del testigo en el extranjero, exigiendo el previo fracaso de su citación intentada o de su declaración en el país de residencia”⁸⁰⁴.

Por su parte, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha declarado que “únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la Justicia penal en el momento de dictar sentencia las practicadas en el juicio oral pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo juez o tribunal que ha de dictar sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con la ejecución de los medios aportados a tal fin por las partes. Ahora bien, el Tribunal ha manifestado que esta regla no puede ser entendida en un sentido tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen, pues como excepción a la expresada regla general este Tribunal reconoce los casos de prueba anticipada y preconstituida” en estos supuestos, “la acusación no puede limitarse a tener por reproducidas en el juicio oral, como prueba documental, los actos instructorios, sino, antes al contrario, ha de proponer en el escrito de acusación los oportunos medios de prueba, a través de los cuales pueda darse entrada en el juicio oral a hechos que fundamenten su pretensión, de tal suerte que el Tribunal pueda someter a confrontación, mediante la lectura de documentos, el resultado probatorio y el del acto de investigación sumarial obtenido bajo la vigencia de los principios de contradicción, oralidad, inmediación y publicidad”⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 850/2009, de 28 de julio, FD 1º. Ponente: VARELA CASTRO, L. La sentencia insiste: “en el caso de testigos en el extranjero su falta de obligación de comparecer no equivale a la imposibilidad de la misma, porque ni impide su citación a través de las normas sobre asistencia recíproca internacional en el ámbito penal, ni impide su declaración en el extranjero a través del auxilio judicial. Sólo si no se conoce el paradero del testigo residente en el extranjero o si, citado, no comparece, o si su citación se demora excesivamente, pudiendo producir dilaciones indebidas, cabe utilizar el excepcional mecanismo del art. 730 de la LECrim”.

⁸⁰⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 140/1991, de 20 de junio. F. D. 2º. Ponente: GIMENO SENDRA, V. En el mismo sentido, TC, Sentencia núm. 141/2001, de 18 de

En adición a la testifical de imposible reproducción en el plenario, también, debe ser incluida en el concepto de prueba anticipada, la practicada en el sumario que es introducida conforme al art. 714 LECrim en la fase de juicio oral para confrontarla con la declaración plenaria contradictoria, y la testifical de referencia para que confirme o refute la declaración contradictoria instructoria.

Es destacable afirmar, que la doctrina, como a continuación se examinará, es pacífica en el convencimiento de que los requisitos para la validez de la prueba anticipada no han de verse afectados por la introducción en el sistema instructorio criminal, de un modelo de investigación fiscal. En concreto, BACIGALUPO considera que “la atribución de la investigación preliminar al fiscal no implica modificar las normas que rigen la validez de las pruebas y los principios que prohíben la valoración de pruebas obtenidas con infracción de tales normas y principios”⁸⁰⁶. FUENTES con razón, afirma que en un sistema de investigación fiscal, “en ningún caso y bajo ningún concepto, las diligencias practicadas sin contradicción podrían alcanzar valor probatorio”⁸⁰⁷. En el mismo sentido, MORENO CATENA recuerda que “en una investigación dirigida por el Ministerio Fiscal, las fuentes de prueba que se pretendan utilizar en el juicio y no vayan a estar previsiblemente disponibles en ese ulterior momento, habrán de incorporarse al proceso a través de un medio de prueba practicado ante la autoridad judicial, en este caso ante el juez de la instrucción o juez de garantías”

junio, FD 4º. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. El Tribunal Constitucional pone de relieve los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción: “a) material: que versen sobre hechos que, por su fugacidad, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral; b) subjetivo: que sean intervenidas por la única autoridad dotada de la suficiente independencia para generar actos de prueba, como es el Juez de instrucción, sin perjuicio de que, por especiales razones de urgencia, también esté habilitada la policía judicial para realizar determinadas diligencias de constancia y recoger y custodiar los elementos del cuerpo del delito; c) objetivo: que se garantice la contradicción, para lo cual, siempre que sea factible, se le ha de permitir a la defensa la posibilidad de comparecer en la ejecución de dicha prueba sumarial, a fin de que pueda interrogar al testigo; y, por último, d) formal: que el régimen de ejecución de la prueba sumarial sea el mismo que el del juicio oral (diferenciándose de este modo de los correlativos actos de investigación en los que las preguntas de las partes han de formularse a través del Juez de instrucción), así como que su objeto sea introducido en dicho juicio público mediante la lectura de documentos, la cual ha de posibilitar someter su contenido a la confrontación de las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral”.

⁸⁰⁶ BACIGALUPO E., “La posición del fiscal en la investigación...”, op. cit., pág. 28.

⁸⁰⁷ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.181.

ya que “si no se hubiera hecho de este modo, la fuente no podrá ser utilizada como prueba en el juicio oral, y si se aporta debe ser ignorada”⁸⁰⁸.

En definitiva, la doctrina más autorizada coincide en comprender que las exigencias para la validez de la prueba anticipada: irrepetibilidad de la prueba, necesidad de presencia judicial, posibilidad de contradicción e introducción en el plenario por medio de su íntegra lectura, no pueden variar con independencia de quien dirija la investigación en el marco del proceso criminal.



⁸⁰⁸ MORENO CATENA V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación...”, op. cit., págs. 91.

3. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La ambición sustentada por el presente Apartado tercero, se constriñe a la función de delimitar un modelo de estructura de toma de decisiones entre la figura del fiscal investigador y la figura del juez de garantías, en un entorno procesal que sea simultáneamente ágil y garantista con el derecho de defensa. La pretensión del estudio no es, evidentemente, efectuar un análisis de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las personas encausadas en sí mismas consideradas ni, tampoco, la realización de un examen sobre la licitud de la prueba obtenida con restricción de derechos o la de sus frutos.

Con diligencias restrictivas de derechos de naturaleza investigadora se hace referencia a aquellas medidas que, mermando la extensión protectora de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Sección II del Capítulo I del Título I de la Constitución (concretamente en los arts. 15, 17 y 18) y en la Sección II (art. 33), no goza de naturaleza cautelar sino que, por el contrario, su petición y adopción ha de contraerse a razones investigatorias con exclusión de motivos de aseguramiento de personas o bienes.

Ciertamente, puede llegar a extrañar la aparente contradicción existente entre el derecho constitucional del imputado a no confesarse culpable (art. 24.2 CE) y la monopolística potestad estatal nacida del *ius persequendi* y del *ius puniendi* que permite al Estado compeler coercitivamente al encausado a someterse pasivamente a medidas intrusivas en su persona o bienes, a pesar de que puedan contrariar su voluntad. En este sentido, ASENSIO sostiene, con razón, que si bien el imputado “no tiene ninguna obligación a colaborar en su condena, de manera que en modo alguno puede ser

compelido a realizar actividad positiva tendente a su incriminación”, si puede “ser obligado a soportar pasivamente” determinados actos que recaigan en su persona o bienes⁸⁰⁹.

Desde luego, para que la restricción de los derechos fundamentales o libertades públicas del imputado pueda ser llevada a efecto en el marco instructorio de forma coercitiva habrá de ser necesario, en primer lugar, que la diligencia restrictiva a adoptar no exija colaboración de la voluntad activa del sujeto pasivo y, en segundo término, será preciso que se cumplan determinados requisitos en cuanto a la legalidad, jurisdiccionalidad, proporcionalidad y adecuada ejecutabilidad de la decisión restrictiva⁸¹⁰. Las diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales pueden ser clasificadas en los siguientes grupos:

1. Inspecciones y reconocimientos corporales.
2. Intervenciones corporales.
3. Entrada y registro de lugares y efectos.
4. Intervención de las comunicaciones.

3.1. INSPECCIONES Y RECONOCIMIENTOS CORPORALES

Con precisión, ASECIO afirma que por inspecciones corporales cabe entender, en un sentido limitado, “toda actividad que se desarrolle sobre el ámbito externo de la persona o, incluso, en sus aberturas naturales, salvo que se puedan considerar íntimas, siempre que para ello no se requiera intervención quirúrgica alguna”. No obstante la intromisión en otras aberturas naturales podría —explica el autor— “tener encaje en el ámbito de las intervenciones corporales —y no en las inspecciones— por formar parte de la integridad del cuerpo⁸¹¹.

Si bien, la doctrina se muestra pacífica al comprender que cualquier actividad generada sobre el cuerpo de la persona que requiera extracción quirúrgica de sus fluidos o elementos ha de entenderse —en todo caso— intervención corporal —nunca inspección— la discrepancia surge en cuanto a determinar la clasificación de los

⁸⁰⁹ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...op. cit.*, lección 12.

⁸¹⁰ Cfr. ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...op. cit.*, lección 9.

⁸¹¹ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...op. cit.*, lección 12.

registros o exámenes de las aberturas humanas —especialmente los anales o ginecológicos— en la categoría de inspección o en la de intervención corporal. En este sentido, comparto con ASECIO que la categorización idónea del reconocimiento de cavidades humanas en zonas íntimas —atendida la naturaleza de tales intromisiones íntimas— encuentra su encaje en la categoría de las intervenciones corporales⁸¹².

Por su parte, GIMENO, sincréticamente, define inspección corporal como “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano”; bien se trate de diligencias para la determinación del imputado, como las de reconocimiento en rueda, o los exámenes dactiloscópicos o antropomórficos; bien se trate, de diligencias para la averiguación de determinadas circunstancias relativas a la comisión del hecho punible, como los electrocardiogramas o los exámenes ginecológicos, ya sea que se realicen con el fin de descubrir el objeto del delito, como los exámenes anales o vaginales⁸¹³.

El autor, en idéntico sentido, —actuando en calidad magistrado del Tribunal Constitucional— ha definido las inspecciones y registros corporales como aquellas diligencias que consisten en “cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano, bien sea para la determinación del imputado (diligencias de reconocimiento en rueda, exámenes dactiloscópicos o antropomórficos, etc.) o de circunstancias relativas a la comisión del hecho punible (electrocardiogramas, exámenes ginecológicos, etc.) o para el descubrimiento del objeto del delito (inspecciones anales o vaginales, etc.), en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero si puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo” o inciden en la privacidad⁸¹⁴.

En cuanto a los derechos afectados, el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ha declarado que los “reconocimientos corporales, aun cuando por sus características e intensidad no supongan una intromisión en el derecho a la integridad física, sí pueden conllevar una intromisión en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal en razón de su finalidad, es decir, por lo que a través de ellas se

⁸¹² *Ibíd.*

⁸¹³ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 377–378.

⁸¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 207/1996, de 16 de diciembre. Ponente: GIMENO SENDRA, V.

pretende averiguar, cuando se trata de una información que afecta a la esfera de la vida privada que el sujeto puede no querer desvelar⁸¹⁵.

En la actualidad, como consecuencia de la falta de regulación legislativa sobre la materia, el régimen normativo regulador de la autorización para la práctica no voluntaria de las inspecciones corporales, ha ido definiéndose tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional, como por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Constitucional, desde 1989, declaró la necesidad de la necesidad —no solo de una ley habilitadora— sino, también, de una resolución judicial expresa, para que pudieran ser adoptadas medidas relativas a la intimidad personal, si bien, silenció el motivo en que fundamentó tal exigencia ya que la misma —como el propio Tribunal admite— no se halla recogida en la Constitución. y, por lo tanto, no pudo justificar constitucionalmente la creación *ex novo* de una reserva judicial artificial que el legislador constituyente no quiso realizar.

En este sentido el Tribunal afirmó que “la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto”, no obstante, a pesar de que “la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad del domicilio o del secreto de las comunicaciones (núms. 2 y 3 del mismo art. 18), tal afectación del ámbito de la intimidad es posible sólo por decisión judicial que habrá de prever que su ejecución sea respetuosa de la dignidad de la persona y no constitutiva, atendidas las circunstancias del caso, de trato degradante alguno (arts. 10.1 y 15 CE)”⁸¹⁶.

La artificialidad de la necesidad de resolución judicial queda, si cabe, más al descubierto, si se considera, a mayor abundamiento, que el TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS tampoco exige resolución judicial para que puedan ser

⁸¹⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Pleno, Sentencia núm. 199/2013, de 5 de diciembre, FD 6º. Ponente: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

⁸¹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 37/1989, de 2 de marzo. Ponente: RUBIO LLORENTE, F.

acordadas medidas restrictivas del derecho a la intimidad, requiriendo únicamente que “las limitaciones estén previstas legalmente y sean las indispensables en una sociedad democrática, lo que implica que la ley que establezca esos límites sea accesible al individuo concernido por ella, que resulten previsibles las consecuencias que para él pueda tener su aplicación, y que los límites respondan a una necesidad social imperiosa y sean adecuados y proporcionados para el logro de su propósito”⁸¹⁷.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional —como no podía ser de otra forma— suavizó su doctrina y admitió las consecuencias derivadas de la literalidad del texto constitucional que —quisiérase o no— prescinde de exigir resolución judicial para limitar in genere el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la CE. La actual doctrina del Tribunal Constitucional, dispone que los requisitos que proporcionan una justificación constitucional —objetiva y razonable— a la injerencia en el derecho a la intimidad sean los siguientes:

1. La existencia de un fin constitucionalmente legítimo.
2. Que la medida limitativa del derecho se halle prevista en la ley.
3. Que la medida limitativa se acuerde —como regla general— “mediante una resolución judicial motivada, si bien, reconociendo que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley puede autorizar a la policía judicial la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.
4. Que se acuerde a través de una estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado, a su vez, en tres condiciones; a saber, “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés

⁸¹⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS, caso Leander contra Suecia, Sentencia de 26 de marzo de 1987, recurso núm. 9248/1981, y TEDH, caso Gaskin contra Reino Unido, Sentencia de 7 de julio de 1989, recurso núm. 10454/1983.

general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁸¹⁸.

Ciertamente, la propia literalidad de la Constitución, hace preciso afirmar que no existe reserva constitucional alguna que permita inferir la necesidad de una resolución judicial para la adopción por la policía de medidas de inspecciones e incluso de intervenciones corporales leves, particularmente si concurren circunstancias de urgencia. Siendo lo anterior predicable de la policía judicial, si quien hubiera de adoptarlas fuera el Ministerio Fiscal, —institución imparcial y promotora de la legalidad— la facultad de ésta para autorizar inspecciones corporales en el marco criminal investigador, encaja perfectamente en la Constitución, si así fuera acordado por una ley orgánica.

3.1.1. RECONOCIMIENTO CORPORAL EXTERIOR

El reconocimiento corporal externo constituye una sub-categoría de la inspección corporal. Es constitucionalmente aceptable, la realización de cacheos por la policía judicial sin necesidad de autorización judicial siempre que la decisión se ajuste al principio de racionalidad, idoneidad y proporcionalidad. Ello se fundamenta en la habilitación legal que proporciona la Ley orgánica 1/1992, de 21 febrero 1992, de Seguridad Ciudadana que dispone que para “el descubrimiento y detención de los partícipes en un hecho delictivo causante de grave alarma social y para la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas del mismo, se podrán establecer controles (...) al objeto de proceder a la identificación de las personas que transiten o se encuentren en ellos, al registro de los vehículos y al control superficial de los efectos personales con el fin de comprobar que no se portan sustancias o instrumentos prohibidos o peligrosos. El

⁸¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 206/2007, de 24 de septiembre, Ponente: ARAGÓN REYES, M. El Fundamento de Derecho 8º, declara: “tratándose de una intervención que afecta al derecho a la intimidad, la regla general es que sólo mediante una resolución judicial motivada se pueden adoptar tales medidas y que, de adoptarse sin consentimiento del afectado y sin autorización judicial, han de acreditarse razones de urgencia y necesidad que hagan imprescindible la intervención inmediata y respetarse estrictamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad”.

resultado de la diligencia se pondrá de inmediato en conocimiento del Ministerio Fiscal”⁸¹⁹.

En el mismo sentido, la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO ha declarado que el “derecho a la integridad física no está afectado tampoco por la mínima intervención corporal que el cacheo supone y el derecho a la intimidad hay que preservarlo extremando cuidadosamente el respeto a la persona haciéndolo en lugar reservado, evitando siempre posturas o situaciones degradantes o humillantes”⁸²⁰.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, después de definir las inspecciones corporales como “los reconocimientos externos sin injerencia física sobre el cuerpo de una persona por parte de una autoridad o agente”, declara que, sin perjuicio de los cacheos o inspecciones superficiales que puedan llevar a cabo los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de las funciones preventivas y de seguridad que tienen atribuidas, la policía judicial podrá exigir a las personas sospechosas de haber cometido una infracción, o a quienes hayan sido detenidos, la exhibición de los objetos que porten y que también podrán registrar sus ropas y pertenencias para intervenir cualquier objeto relacionado con la infracción o las armas e instrumentos peligrosos que puedan ocultar” (art. 255).

Ahora bien, en los supuestos que para efectuar el reconocimiento sea preciso desnudar a la persona o dejar a la vista las zonas íntimas de su cuerpo o consista en la palpación del cuerpo, directamente o a través de la ropa, la diligencia deberá llevarse a cabo por un agente del mismo sexo que la persona inspeccionada y en un lugar reservado, evitando que su ejecución pueda ser observada por otras personas, salvo en caso de riesgo inminente y grave.

El Anteproyecto dispuso que cuando “fuera precisa la observación directa o la exploración de las cavidades vaginal o rectal del afectado, se requerirá siempre la previa

⁸¹⁹ Art. 19.2 LO 1/1992, de 21 febrero 1992, de seguridad ciudadana. Vide también, la L.O. 12/1995 de 12 diciembre, de represión del contrabando.

⁸²⁰ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 277/2009, de 13 de abril, FD 1º. Ponente: MARCHENA GÓMEZ, M. También, T.S., Sala II, Sentencia núm. 1378/1999, de 6 de octubre. Ponente: DELGADO GARCÍA J.

autorización judicial, que deberá ser solicitada por el fiscal, exponiendo las razones que justifican su solicitud”. Además, la observación se habría de llevar a cabo por personal sanitario, si bien en ese caso, el juez o el fiscal podrán autorizar motivadamente la presencia de la policía judicial actuante.

Por su parte, el Borrador de Anteproyecto del año 2013, en cuanto a los reconocimientos ordinarios y aquellos practicados sobre zonas íntimas, calca la regulación contenida en el Anteproyecto del 2011, disponiendo en su art. 281 que la “policía judicial podrá registrar externa y superficialmente a las personas sospechosas de haber participado en la comisión del delito que esté siendo investigado cuando existan motivos para suponer que ello puede conducir al hallazgo de instrumentos o efectos del delito u otros objetos que puedan ser relevantes para la investigación de los hechos”. Si el registro se llevase a efecto palpando el cuerpo del sospechoso o dejando a la vista partes del cuerpo que normalmente estén cubiertas por ropa, habrá de llevarse a efecto por un agente del mismo sexo que la persona sometida al cacheo y se desarrollará en un lugar reservado fuera de la vista de terceros, salvo que exista una situación de urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes.

En los supuestos en que el hecho investigado exija el examen directo o la exploración de las cavidades vaginal o rectal del encausado, el Anteproyecto establece que “el fiscal habrá de solicitar, aun cuando medie el consentimiento del afectado, la autorización del tribunal de garantías, exponiendo de forma razonada los motivos que justifiquen su petición”. De conformidad con el art. 285, la exploración deberá llevarse a efecto por un sanitario.

En igual sentido, el *Code de procédure pénale* francés acoge la necesidad de presencia médica, referida únicamente a los supuestos en que el sujeto pasivo se halle en situación de detención, disponiendo que “cuando sea indispensable por las necesidades de la investigación realizar intervenciones corporales internas en una persona detenida, éstas no podrán ser efectuadas más que por un médico requerido al efecto”⁸²¹.

⁸²¹ Art. 63-5, Code de procédure pénale francés.

Puede afirmarse que tanto el Anteproyecto de 2011 como el Borrador de 2013, se muestran más garantistas —tal vez exageradamente garantistas— que el Derecho comparado. Así, la Ordenanza Procesal Penal alemana —*Strafprozeßordnung*— solamente prevé la posibilidad de que el cacheo ordinario, sea efectuado por persona del mismo sexo a petición de la mujer, pero no en el caso del hombre (§ 81.d StPO)⁸²².

Coincide, por tanto, en este particular, la regulación del Anteproyecto de 2011 con la del Borrador de 2013, permitiendo ambos a la policía judicial el reconocimiento corporal exterior o cacheo —atendiendo a criterios de proporcionalidad— cuando existieren motivos racionales para ello y, exigiendo autorización judicial, en el supuesto de inspecciones vaginales o rectales. Ahora bien, debe tenerse presente que esta clasificación que atiende al criterio de mayor o menor gravedad de la posible lesión a la intimidad (arts. 18.1 de la CE y 8.1 del CEDH), no deja de ser una valoración carente de justificación constitucional ya que, el legislador constituyente no estatuyó reserva judicial alguna sobre el derecho a la intimidad en abstracto y, por el contrario, si lo hizo sobre alguna de sus manifestaciones concretas, como el derecho a la privacidad del domicilio (art. 18.2) o el de las comunicaciones (18.3).

3.1.2. EXAMEN RADIOLÓGICO

La exposición a radiaciones (rayos X, TAC, o resonancias magnéticas) puede ser clasificada tanto como inspección —especialmente en lo que respecta a los rayos X— si se atiende a la finalidad de la exposición como reconocimiento o examen corporal o, puede ser considerada como intervención, si se atiende, no ya la finalidad de la medida, sino al el daño potencial que las radiaciones pueden causar en el organismo.

El Anteproyecto de 2011 estatuyó que, cuando “la inspección requiere la realización de un examen radiológico, será necesaria la previa autorización del Ministerio Fiscal”.

⁸²² § 81.d .1 StPO: Kann die körperliche Untersuchung das Schamgefühl verletzen, so wird sie von einer Person gleichen Geschlechts oder von einer Ärztin oder einem Arzt vorgenommen. Bei berechtigtem Interesse soll dem Wunsch, die Untersuchung einer Person oder einem Arzt bestimmten Geschlechts zu übertragen, entsprochen werden. Auf Verlangen der betroffenen Person soll eine Person des Vertrauens zugelassen werden.

Por su parte, el Borrador de 2013, decidió establecer que, en los supuestos de falta de consentimiento del imputado para el sometimiento a un examen radiológico, sólo podrá acordarse la exploración forzada por el tribunal de garantías, a petición razonada del fiscal, fijando en la resolución que dicte las medidas a adoptar con el fin de asegurar la ejecución, siempre con arreglo a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (art. 282.2).

Ciertamente, ha de ponerse de relieve la criticable redacción del precepto por exigir una decisión judicial innecesaria que sólo puede servir para dificultar la investigación del delito, ralentizando y dificultando la actuación del fiscal al tiempo que lo convierte en un absurdo filtro e intermediario entre la policía y el juez.

Coincido con TORRES–DULCE LIFANTE en que el Borrador de 2013, se equivoca al configurar una ley procesal de carácter restrictivo respecto de las facultades otorgadas al Ministerio Fiscal⁸²³. A mayor abundamiento, ello resulta hecho éste paradójico si ha de tenerse en consideración que la Subcomisión de la Comisión Codificadora que efectuó el Borrador de 2013 se integró por 7 juristas de los cuales 4 eran fiscales de Carrera, si bien, dos de ellos, ocupaban cargos de magistrado del Tribunal Supremo⁸²⁴.

3.1.3. EXAMEN DACTILOSCÓPICO

El Anteproyecto de 2011 estipuló que, en los supuestos en que hayan de ser obtenidas las huellas dactilares en contra de la voluntad del sospecho, será preciso que la policía obtenga la previa autorización del Ministerio Fiscal (art. 257.2). Por el contrario, el Borrador de 2013 —siempre más restrictivo con las potestades fiscales— exige autorización del tribunal de garantías, que deberá ser instada por el fiscal en los términos establecidos para la exploración radiológica (art. 284.4).

⁸²³ Cfr. TORRES–DULCE LIFANTE, discurso del Fiscal General del Estado en el acto de apertura del año judicial, 16 de septiembre de 2013.

⁸²⁴ Vide Resolución de 8 de marzo de 2012 que publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de ley de enjuiciamiento criminal. BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2012

De nuevo, ha de afirmarse que el Borrador de 2013 —en este concreto aspecto— tampoco cumple los requisitos necesarios para diseñar un sistema de instrucción fiscal adecuado, y capaz de hacer frente a una investigación ágil y eficaz, ya que el exceso de limitaciones y cautelas *contra fiscal* hace de éste una figura mixta dotado de una artificial naturaleza a medio camino entre jefe policial sin preparación técnica y órgano de comunicación entre la policía y el juez de garantías, ejecutando funciones innecesarias que pueden ser ejercitadas directamente —sin su intermediación— por la policía y por el juez de garantías, sin perturbar el ejercicio de otras funciones fiscales.

Resulta sorprendente que, con posterioridad a que por la Constitución haya sido proclamada la imparcialidad y la sujeción a la legalidad del fiscal y, después, de someter a éste —de forma constitucional y legal— a un régimen de incompatibilidades y prohibiciones idéntico al judicial, se le considere incapaz de poder decidir y ordenar la toma forzosa de huellas dactilares o la de exámenes radiológicos.

Ciertamente, en este aspecto, es más acertada y técnicamente más avanzada la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882 que el Borrador de 2013, ya que aquélla no hace que la sociedad desaproveche la capacitación jurídica del fiscal configurándolo como un innecesario intermediario entre el juez y la policía. Es cierto, que en un sistema de investigación fiscal, la policía judicial ha de quedar absolutamente sometida a la dirección fiscal y que, por ello, se requiere que la misma —de forma ordinaria— sólo pueda contactar con el Ministerio Fiscal del que depende y no con cada juez de garantías⁸²⁵. No ha de caber duda de que en los supuestos en que —de conformidad con la Constitución— haya de ser precisa —o conveniente— una resolución judicial para autorizar cualquiera limitación de los derechos o libertades del imputado en el marco del sistema instructor criminal, el cauce monopolístico de comunicación entre la policía judicial y juez de garantías ha de integrarse en exclusiva por el Público Ministerio. Cuestión distinta, que es precisamente la que aquí con firmeza se critica, es configurar un sistema legal procesal en el que las decisiones que —constitucionalmente en abstracto— pueden ser tomadas tanto por el juez como por el

⁸²⁵ Con ello se evitará, también, la selección policial de juzgados de guardia afin de solicitar diligencias limitativas de derechos fundamentales, para que concurra el día de la solicitud con el día que esté de guardia el juez instructor más afín a autorizarlas.

fiscal, sean legalmente conferidas en exclusiva al juez, ya que de esta forma, se priva al sistema instructorio de las ventajas inherentes a la investigación fiscal.

Por el contrario, ha de estimarse adecuada la regulación del Anteproyecto de 27 de julio de 2011, que estipula que para realizar coercitivamente el examen dactiloscópico, siempre que no concurra la voluntad del sospechoso, únicamente ha de exigirse la autorización del fiscal. Precisamente, este modelo de autorización fiscal ha sido, también, la opción elegida por el *Codice di Procedura Penale* italiano (art. 349 CPPI)⁸²⁶. También ha sido seguido por el *Code de procédure pénale* francés el modelo de autorización fiscal para de huellas dactilares y fotografías del imputado contra su voluntad (arts. 55.1 y 76.2 CPPF)⁸²⁷.

No obstante el acierto regulatorio del Anteproyecto español, y de la legislación italiana y francesa, debe afirmarse que no puede tacharse de inadecuado el sistema acogido por la Ordenanza procesal alemana que permite obtener las huellas dactilares

⁸²⁶ Art. 349 CPP: “La polizia giudiziaria procede alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e delle persone in grado di riferire su circostanze rilevanti per la ricostruzione dei fatti.

2. Alla identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini può procedersi anche eseguendo, ove occorra, rilievi dattiloscopici, fotografici e antropometrici nonché altri accertamenti.

2-bis. Se gli accertamenti indicati dal comma comportano il prelievo di capelli o saliva e manca il consenso dell'interessato, la polizia giudiziaria procede al prelievo coattivo nel rispetto della dignità personale del soggetto, previa autorizzazione scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, del pubblico ministero”.

⁸²⁷ Art. 55.1 CPP francés: “L'officier de police judiciaire peut procéder, ou faire procéder sous son contrôle, sur toute personne susceptible de fournir des renseignements sur les faits en cause ou sur toute personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre l'infraction, aux opérations de prélèvements externes nécessaires à la réalisation d'examens techniques et scientifiques de comparaison avec les traces et indices prélevés pour les nécessités de l'enquête. Il procède, ou fait procéder sous son contrôle, aux opérations de relevés signalétiques et notamment de prise d'empreintes digitales, palmaires ou de photographies nécessaires à l'alimentation et à la consultation des fichiers de police selon les règles propres à chacun de ces fichiers (...)”.

Art. 76.2. “Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire peut faire procéder aux opérations de prélèvements externes prévues par l'article 55-1 (...)”.

del imputado y sus fotografías contra su voluntad, sin necesidad de autorización ni fiscal ni judicial (§ 81.b StPO)⁸²⁸.

En el caso español, —es preciso insistir— para que el fiscal asuma la investigación instructoria, debe habilitarse a éste legislativamente con la facultad de restringir determinados derechos ciudadanos —particularmente el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE— en los supuestos restrictivos que el otorgamiento al fiscal de tal potestad no contravenga la Constitución.

3.2. INTERVENCIONES CORPORALES

CASTILLEJO MANZANARES define las intervenciones corporales como “diligencias de investigación que tienen lugar sobre el cuerpo vivo de la persona y tienen como finalidad la constatación de hechos y circunstancias relevantes para el proceso”⁸²⁹. ASECIO sostiene que “por intervenciones corporales ha de entenderse la extracción del interior del cuerpo humano de todo tipo de datos o elementos incorporados a él tanto cuando precisen una intervención quirúrgica, cuanto se limiten a una mera extracción de sustancias de las aberturas naturales del cuerpo”. En el mismo sentido, GIMENO afirma que las intervenciones corporales son “todo acto de coerción sobre el cuerpo del imputado por el que se extrae de él determinados elementos en orden a efectuar sobre los mismos determinados análisis periciales tendentes a averiguar el hecho punible o la participación en él del imputado”⁸³⁰.

Las intervenciones pueden ser divididas en dos clases atendiendo al tipo de peligro de lesión en el derecho a la integridad del encausado. La primera categoría, engloba las extracciones de pelo, uñas e, incluso, sangre, siempre que el sujeto pasivo no sea hemofílico y, en general, todas aquellas intervenciones o extracciones que no supongan un riesgo para la salud. La segunda clase, comprende aquellas medidas que

⁸²⁸ § 81.b StPO: Soweit es für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens oder für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist, dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden.

⁸²⁹ CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14956/2010, pág. 2.

⁸³⁰ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., págs. 379–380.

puedan ocasionar sufrimiento o sean susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud del sospechoso, entre las que cabe mencionar la punción lumbar o la extracción de líquido cefalorraquídeo⁸³¹.

La legislación procesal española, se hallaba huérfana de cualquier regulación relativa a las intervenciones corporales hasta que la Ley 15/2003 modificara la LECrim en su art. 363, que ahora dispone que el juez de instrucción podrá acordar la obtención de las muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN y, también, a tal fin, la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad. El precepto ha sido criticado por la doctrina por su falta de exhaustividad, ya que constriñe la aplicabilidad del mismo a la obtención del ADN con exclusión de otras finalidades. A mayor abundamiento, el precepto no prohíbe autorizar las actuaciones que puedan poner en peligro la salud del imputado, ni tampoco, exige que las intervenciones o extracciones sean efectuadas por personal médico del mismo sexo que el sujeto pasivo⁸³². Por su parte, el art. 778.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es debida a la Ley 38/2002, de 24 de octubre, referida a los procedimientos abreviados y rápidos, de forma igualmente imprecisa, aunque dirigida a un mayor número de supuestos, dispone que “el juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho”.

Por otro parte, la Disposición Adicional Tercera en relación con el art. 3.1 de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre

⁸³¹ En este sentido, la Sentencia del TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, núm. 707/2008, de 30 de octubre, ponente: GRANADOS PÉREZ C., declara: “atendiendo al grado de sacrificio que impongan de este derecho las intervenciones corporales podrán ser calificadas como leves o graves :leves , cuando, a la vista de todas las circunstancias concurrentes, no sean, objetivamente consideradas, susceptibles de poner en peligro el derecho a la salud ni de ocasionar sufrimientos a la persona afectada, como por lo general ocurrirá en el caso de la extracción de elementos externos del cuerpo (como el pelo o uñas) o incluso de algunos internos (como los análisis de sangre), y graves , en caso contrario (por ejemplo, las punciones lumbares, extracción de líquido cefalorraquídeo, etc.)”.

⁸³² Cfr. GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 380.

identificadores obtenidos a partir del ADN, establece que la policía judicial procederá a la toma de muestras y fluidos del sospechoso, detenido o imputado, así como del lugar del delito en el marco de una investigación criminal, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, respecto de los que afecten a “la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada” y que “la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado, requerirá en todo caso autorización judicial mediante auto motivado, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Si bien, en la actualidad todavía pueden ser oídas expresiones jurisprudenciales menores marcadas por la creencia de la necesidad absoluta de existencia de resolución judicial que autorice a toda intervención coercitiva, lo cierto es que tal necesidad no encuentra ya su amparo legal en las exigencias manifestadas por el Tribunal Constitucional —que la Sala II del Tribunal Supremo ha hecho suyas—⁸³³. En este sentido, debe insistirse en que la actual configuración doctrinal y jurisprudencial sobre las intervenciones corporales admite que, debido a la falta de reserva constitucional a favor del juez, la ley pueda autorizar a la policía judicial —a mayor abundamiento al Ministerio Fiscal— para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Son entendibles, las expresiones radicales de algunas Audiencias respecto de la ilicitud de las intervenciones, habida cuenta de la antigua doctrina constitucional y del tenor del de la DA 3ª de la Ley Orgánica 10/2007 antes referida y, no obstante, tales afirmaciones han de calificarse como no acertadas si se entienden como principio jurídico absoluto ya que —por ley— puede desvirtuarse cualquier exigencia de necesidad de resolución judicial para autorizar las intervenciones corporales —no sólo

⁸³³ Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 206/2007, de 24 de septiembre. Ponente: ARAGÓN REYES M. También, TC, Sentencia núm. 25/2005, de 14 de febrero Ponente: GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, R. la doctrina constitucional ha sido recogida por el TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, en su Sentencia núm. 277/2009, de 13 de abril, ponente: MARCHENA GÓMEZ M., entre otras.

las leves como admite la nueva doctrina el Tribunal Constitucional— por no existir reserva judicial respecto del art. 18.1 en la Constitución, ni impedimento doctrinal alguno que haya sido expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.1 CE)⁸³⁴. En este sentido, ASECIO afirma que “aún cuando la Constitución no prevea explícitamente la posibilidad de restringir un determinado derecho fundamental (por ejemplo, la integridad física), ello no ha de significar que tal conducta esté vedada, ya que una interpretación sistemática de la Constitución autoriza a pensar que ello es posible siempre que sea el legislador el que lo haga mediante la promulgación de la correspondiente ley”⁸³⁵.

El Anteproyecto de 2011, recogiendo el guante de la actual doctrina constitucional, reguló dos modalidades de intervenciones corporales; a saber, las leves y las graves, requiriendo la mera autorización del fiscal para las leves y la del juez de para las graves. Se trata de una regulación elogiada ya que obtiene un perfecto compromiso entre la necesidad de agilizar la investigación criminal y el respeto del derecho a la integridad física del sospechoso. En este sentido, dispuso que “las intervenciones corporales dirigidas a la obtención de cabellos, uñas, saliva u otras muestras biológicas que no exijan acceder a zonas íntimas de la persona ni causarle mayor dolor o sufrimiento que la molestia superficial inherente al procedimiento de toma de la muestra, se reputarán leves y podrán ser practicadas con la autorización previa del Ministerio Fiscal, siempre que el afectado no preste su consentimiento (art. 258). Por el contrario, cuando las intervenciones corporales tengan por objeto la extracción de cualquier sustancia o elemento que deba obtenerse de las zonas íntimas o del interior del cuerpo del afectado, y en todo caso cuando para recogerlos sea necesario ocasionarle dolor o sufrimiento, administrarle anestesia o someterle a sedación, la intervención se reputará grave y requerirá autorización previa del Juez de Garantías cuando el afectado no preste su consentimiento (art. 289). También ha de calificarse, como regulación

⁸³⁴ La conceptualización radical de necesidad de resolución judicial para la autorización de intervenciones corporales leves, como extracciones de cabello, puede observarse en algunas Audiencias Provinciales, por todas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección I, núm. 224/2013, de 9 de mayo, que —sin diferenciar entre requisito esencial a la naturaleza de la institución jurídica o mero legal— afirma que “es claro que la resolución judicial es necesaria bajo pena de nulidad radical, cuando la materia biológica de contraste se ha de extraer del cuerpo del acusado y éste se opone a ello. En tal hipótesis es esencial la autorización judicial”.

⁸³⁵ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 9.

acertada, la triple exigencia de intervenciones ejecutadas por personal médico, con un régimen de autorizaciones que se mantenga, aún en el supuesto de conformidad del sujeto pasivo, y con proscripción de las intervenciones que comporten un riesgo cierto y directo para la vida o la salud del afectado.

Sin embargo, ha de criticarse la regulación del Borrador de 2013, ya que éste no hace distinción entre diferentes clases de intervención declarando que, para todas ellas, será necesaria la autorización del juez de garantías. Ello supone duplicar la valoración sobre la racionalidad y la proporcionalidad de cada decisión sobre unos mismos hechos, por dos profesionales igualmente preparados —juez y fiscal— respecto de intervenciones corporales menores de forma —evidentemente— innecesaria, lo que coadyuva a congestionar la administración de Justicia. Únicamente, se prevé como suficiente la autorización directa del fiscal en el supuesto de que el afectado hubiera prestado su consentimiento y, además, concurrieren razones de urgencia vital que impidieren el aplazamiento de la intervención (art. 284).

En el derecho comparado, es reseñable la Ordenanza procesal alemana, ya que dispone que la decisión para tomar las muestras sanguíneas o celulares del cuerpo del imputado de forma no voluntaria corresponde al juez y que, no obstante, en caso de urgencia, corresponderá la decisión al fiscal (§ 81.a 1 y 2 StPO)⁸³⁶.

Idéntica solución adopta el Código procesal italiano, que declara que el fiscal deberá pedir la autorización del juez de *le indagini preliminari*, para la obtención de muestras biológicas del sospechoso de forma coercitiva, salvo supuestos de urgencia, en

⁸³⁶ § 81.a 1 y 2 StPO: .1 Eine körperliche Untersuchung des Beschuldigten darf zur Feststellung von Tatsachen angeordnet werden, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Zu diesem Zweck sind Entnahmen von Blutproben und andere körperliche Eingriffe, die von einem Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst zu Untersuchungszwecken vorgenommen werden, ohne Einwilligung des Beschuldigten zulässig, wenn kein Nachteil für seine Gesundheit zu befürchten ist.

2. Die Anordnung steht dem Richter, bei Gefährdung des Untersuchungserfolges durch Verzögerung auch der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) zu.

los que bastará la autorización del fiscal (art. 359 bis en relación con los arts. 244 y 245 CPPI)⁸³⁷.

Por su parte, el *Code de procédure pénale* francés, acoge una regulación que habilita indistintamente tanto al fiscal como al juez para tomar muestras sanguíneas del cuerpo del imputado de forma no voluntaria siempre que concurra sospecha de la comisión de determinados delitos de naturaleza sexual. En concreto, establece que “el oficial de policía judicial, actuando en el curso de la investigación o por comisión rogatoria, podrá hacer proceder sobre cualquier persona contra la que existan indicios graves o concordantes de haber cometido una violación, una agresión sexual o un atentado sexual, previstos por los artículos (...) a la realización de un examen médico y a una extracción de sangre a fin de determinar si dicha persona está aquejada de una enfermedad de transmisión sexual. (...) Dicha operación podrá efectuarse sin el consentimiento del interesado bajo instrucciones escritas del fiscal o del juez de instrucción que se incorporarán a los autos” (art. 706 CPPF).

Con una regulación ausente de las debidas garantías, la legislación procesal norteamericana permite en los Estados que hayan establecido bases de datos de ADN, la extracción coercitiva de éste por los agentes de la autoridad, siempre que la fuerza empleada sea razonable, sin necesidad de autorización judicial o fiscal⁸³⁸.

Es adecuada tanto la regulación francesa —que permite indistintamente al fiscal y al juez autorizar las intervenciones leves—, cuanto la normativa alemana e italiana — que habilitan al fiscal sólo en supuestos de urgencia—. Por el contrario, no considero idónea la regulación norteamericana que admite que los agentes de la autoridad puedan

⁸³⁷ Art. 359 bis CPPI: 1. (...) quando devono essere eseguite le operazioni di cui all'articolo 224-bis e non vi è il consenso della persona interessata, il pubblico ministero ne fa richiesta al giudice per le indagini preliminari che le autorizza con ordinanza quando ricorrono le condizioni ivi previste.

2. Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone lo svolgimento delle operazioni con decreto motivato contenete (...).

⁸³⁸ Cfr. CASTILLEJO MANZANARES R., “La prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual”, *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, (dir. CASTILLEJO MANZANARES R., coord. SANDE MAYO M. J.), Madrid, 2012, págs. 247-249.

extraer de forma coercitiva muestras de ADN sin autorización previa de un fiscal o de un juez responsable, ya que tal regulación consagra un riesgo cierto de abuso de autoridad en detrimento del derecho a la integridad e intimidad de los ciudadanos.

3.3. RECOGIDA Y CONSERVACIÓN DE MUESTRAS BIOLÓGICAS

El art. 326 de la LECrim dispone que en el momento en que se pusiera de manifiesto “la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el juez de instrucción adoptará u ordenará a la policía judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282”. El referido precepto, establece que la policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II del TRIBUNAL SUPREMO, de 31 de enero de 2006, declara que:

“La policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial”⁸³⁹.

El Alto Tribunal, en sentencias posteriores al Acuerdo, ha concretado el mismo en el sentido de entender que, si bien la competencia para la recogida de vestigios biológicos es compartida, ya que le corresponde tanto el juez como a la policía, dada su obligación común de investigar y descubrir delitos y delincuentes, las medidas deberán ser adoptadas, según el orden preferencial siguiente:

⁸³⁹ Pleno no Jurisdiccional, TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 31 de enero de 2006. Acuerdo recogido, entre otras, en la Sentencia núm. 701/2006, de 27 de junio. Ponente: BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE J.

1. El juez de instrucción en los casos normales.
2. En supuestos de peligro de desaparición de la prueba también la policía judicial en atención a la remisión que el art. 326 hace al 282.

No obstante, la Sala estimó oportuno “interpretar de forma flexible las facultades atribuidas a la policía, dada la vetustez del párrafo 1º del mentado art. 282 al que remite el art. 326, que debe verse enriquecido con una interpretación armónica en sintonía con el contexto legislativo actual, en atención a las más amplias facultades concedidas a una policía científica especializada y mejor preparada, con funciones relevantes en la investigación de los delitos”. El fundamento teórico, afirma el Alto Tribunal, nace de la conversión del vestigio abandonado en *res nullius*, “y por ende, accesible a la fuerza policial si puede constituir un instrumento de investigación de los delitos”⁸⁴⁰.

La cuestión que concita mayor divergencia de opiniones no se halla constituida por la recogida, en sí, de las muestras biológicas, sino por la conservación de éstas. En este sentido, el TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS considera que la información conservada en las huellas dactilares, muestras celulares y perfiles de ADN constituye información de carácter personal por estar referido a personas identificadas o identificables y, en particular, por lo que se refiere a las muestras celulares, aprecia que la cantidad de información personal contenida en ellas conduce a considerar que su conservación constituye en sí misma una lesión del derecho a la vida privada, y por tanto, una violación del art. 8.1 del Convenio Europeo. Y, en congruencia con tal comprensión, afirma el Tribunal que “se ha de considerar que el mero hecho de que las autoridades públicas conserven o memoricen datos de carácter personal, cualquiera que sea la manera en la que hayan sido obtenidos” produce consecuencias directas en la vida privada de las personas afectadas, con independencia de que se llegue a hacer uso —o no— de los datos con posterioridad⁸⁴¹.

Ciertamente, puede presumirse que existe una sólida dificultad en encajar constitucionalmente la anterior doctrina europea aplicable conforme al art. 10.1 de la

⁸⁴⁰ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 179/2006, de 14 de febrero, FD 2º. Ponente: SORIANO SORIANO J. R.

⁸⁴¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, caso Marper contra Reino Unido, Sentencia de 4 de diciembre de 2008, recurso núm. 30562/2004, fundamentos 68–77 y 119.

CE y respaldada tímidamente por nuestro Tribunal Constitucional⁸⁴², con el art. 3.1. Ley orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, en la que se dispone que inscribirán en la base de datos relativa a identificadores, los datos identificativos extraídos a partir del ADN de muestras o fluidos que, en el marco de una investigación criminal, hubieran sido hallados u obtenidos a partir del análisis de las muestras biológicas del sospechoso, detenido o imputado, cuando se trate de delitos graves y, en todo caso, los que afecten a la vida, la libertad, la indemnidad o la libertad sexual, la integridad de las personas, el patrimonio siempre que fuesen realizados con fuerza en las cosas, o violencia o intimidación en las personas, así como en los casos de la delincuencia organizada.

Al paso de la difícil conciliación entre el derecho a la intimidad de los ciudadanos y la obligación del Estado a garantizar su seguridad, ha salido el TRIBUNAL SUPREMO, adoptando un nuevo Acuerdo no jurisdiccional que, ciertamente, no auxilia a la conciliación con la doctrina europea. El Acuerdo establece que “la toma biológica de muestras para la práctica de la prueba de ADN con el consentimiento del imputado, necesita la asistencia de letrado cuando el imputado se encuentre detenido y, en su defecto, autorización judicial. Sin embargo, es válido el contraste de muestras obtenidas en la causa objeto de enjuiciamiento con los datos obrantes en la base de datos policial procedentes de una causa distinta, aunque en la prestación del consentimiento no conste la asistencia de letrado, cuando el acusado no ha cuestionado la licitud y validez de esos datos en fase de instrucción”⁸⁴³.

El Alto Tribunal, por tanto, no se pregunta *ex ante* por la licitud de la custodia de los identificadores o huellas de ADN en contraposición con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que, como se ha visto, sostiene que su mera conservación constituye una lesión del derecho a la vida privada (18.1 CEDH y 16.1 CE)⁸⁴⁴.

⁸⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Pleno, Sentencia núm. 199/2013, de 5 de diciembre, FD 6º. Ponente: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

⁸⁴³ Pleno no Jurisdiccional, TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, de 24 de septiembre de 2014.

⁸⁴⁴ CASTILLEJO se plantea el siguiente supuesto: iniciado un procedimiento, habiendo sido tomadas muestras del imputado, y procediéndose al análisis y conservación de los datos en los ficheros, se abra un nuevo procedimiento en el que se introduzcan tales datos. La autora se pregunta que ocurriría si antes de procederse a la introducción de la prueba en el juicio oral para su valoración por el juez en el segundo proceso, se procede a la cancelación de los datos por

En lo que al presente trabajo interesa y, en atención a la normativa señalada y a su desarrollo jurisprudencial, ha de afirmarse que, siendo premisa pacíficamente aceptada que la policía judicial se encuentra investida de potestad suficiente para recoger —en el marco de una investigación— muestras biológicas abandonadas del investigado, no puede existir duda sobre la facultad del Ministerio Fiscal para recoger por sí o, a través de aquella o de otros organismos o peritos, cualesquiera vestigios biológicos abandonados y, ello, no solo en el seno de las investigaciones llevadas a efecto por la Fiscalía sino, también, en cualquier fase de una instrucción judicial o fiscal.

La anterior conclusión se desprende del art. 126 de la CE, que dispone que “la policía judicial depende de los jueces, de los tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente”, del art. 547 primer inciso de la Ley orgánica del Poder Judicial, que establece que “la función de la policía judicial comprende el auxilio a los juzgados y tribunales y al Ministerio Fiscal en la averiguación de los delitos y en el descubrimiento y aseguramiento de los delincuentes”, y del art. 550.1 del mismo cuerpo legal, que declara que “en las funciones de investigación penal, la policía judicial actuará bajo la dirección de los juzgados y tribunales y del Ministerio Fiscal”.

También, del art. 287 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que “los funcionarios que constituyen la policía judicial practicarán sin dilación, según sus atribuciones respectivas, las diligencias que los funcionarios del Ministerio Fiscal les encomienden para la comprobación del delito y averiguación de los delincuentes y todas las demás que durante el curso de la causa les encargaren los jueces de instrucción y municipales”, así como del art. 30.1 Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que estatuye que “en el cumplimiento de sus funciones, los

haberse dictado sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre en el primer proceso o cuando la cancelación de sus datos por transcurrir el plazo de prescripción de los delitos. Comparto con la autora, que en ese supuesto “la prueba no debiera ser objeto de valoración por el juez si la cancelación se produce antes de su introducción en el juicio oral, ya que la utilización de datos de personas que no han sido condenadas, no refleja un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados concurrentes en juego”, Vide CASTILLEJO MANZANARES R., *Hacia un nuevo proceso penal. Cambios...* op. cit., laley.es, doc. electro., núm. 14956/2010, págs. 9-10.

funcionarios adscritos a unidades de policía judicial dependen orgánicamente del Ministerio del Interior y funcionalmente de los jueces, tribunales o Ministerio Fiscal que estén conociendo del asunto objeto de su investigación.

Y, en el mismo sentido, del art. 6 del Real Decreto de policía judicial 769/1987, de 19 de junio, que dispone que “la policía judicial con la composición y estructuración que en esta norma se determinan, desarrollará, bajo la dependencia funcional directa de los jueces y tribunales y del Ministerio Fiscal, funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, con arreglo a lo dispuesto en la Ley”⁸⁴⁵.

3.4. ENTRADA Y REGISTRO DE LUGARES Y EFECTOS

Si bien, la diligencia de entrada ostenta una naturaleza propia y diferenciada de la diligencia de registro, las dos gozan de importantes elementos comunes, por lo que serán tratadas conjuntamente. En este sentido, ASECIO explica que ambas diligencias tienden a obtener elementos probatorios anticipados, afectan al derecho a la intimidad, y destacan por su carácter secreto e inmediato⁸⁴⁶.

En un sistema instructorio de investigación fiscal, la entrada y el registro del domicilio no dejará de requerir autorización del juez de garantías. La necesidad de autorización judicial es consecuencia de la reserva constitucional que, como es sabido, establece el art. 18.2 de la CE. El precepto constitucional ha sido desarrollado por los arts. 545 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como señala GIMENO, a diferencia de otras constituciones, como la Ley Fundamental de Bonn (art 13.2) o la Constitución italiana (art. 14), que permiten a la Administración incidir en el derecho

⁸⁴⁵ Vide, también, arts. 1–3 y 10–18 del Real Decreto de policía judicial 769/1987, de 19 de junio. En el mismo sentido, el Borrador de 2013 declara que “cuando se ponga de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, la policía judicial, de oficio o en ejecución de las instrucciones generales o particulares que le hubieran sido transmitidas por el fiscal, adoptará las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad”(art. 287).

⁸⁴⁶ Cfr. ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 11.

fundamental a la inviolabilidad del domicilio, la Constitución española incluye este derecho en el patrimonio exclusivo de la Jurisdicción⁸⁴⁷.

Es cierto, sin embargo, en lo que respecta a la entrada y registro de domicilio, que la propia Constitución admite excepciones a la regla general, que a continuación se enumeran:

1. En primer término, no será precisa una autorización judicial para la entrada y registro cuando concurra el consentimiento de todos los usuarios de la vivienda, que habilita, tanto a la policía judicial como al fiscal, para proceder a la entrada y registro de la misma. En este sentido, ASECIO afirma que en caso de que el poseedor de la vivienda otorgue su consentimiento, la entrada podrá llevarse a efecto bien por la policía judicial por iniciativa propia o por orden del Ministerio Fiscal o por este último personalmente⁸⁴⁸.

2. La segunda excepción encuentra su justificación en el delito flagrante que, al igual que el supuesto anterior, produce el efecto de servir de autorización para que el fiscal directamente o la policía judicial por sí o por orden de aquel, procedan a la entrada y registro domiciliario.

3. La tercera excepción a la general exigencia de autorización judicial encuentra su fundamentación en el art. 55.1 de la CE, que declara la posibilidad de suspender el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por razón de orden público siempre que haya sido declarado el estado de excepción o sitio. El precepto constitucional, fue desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio que —respecto del estado de excepción— dispone que “cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, dos, de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá disponer inspecciones, registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público” (art.17.1) y, respecto de la declaración del estado de sitio, establece que en tal supuesto “el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, de acuerdo con el artículo

⁸⁴⁷ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal...* op. cit., pág. 381.

⁸⁴⁸ ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 11.

noventa y siete de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley”(art. 33).

4. En cuarto término, el art. 55.2 de la CE declara que el derecho a la inviolabilidad del domicilio podrá verse constreñido —previa habilitación legal— por medio de una ley orgánica, que deberá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Esta previsión constitucional ha sido llevada a efecto por el art. 553 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que permite a la policía la entrada domiciliaria cuando se trata de la persecución de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el artículo 384 bis, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro y a la ocupación de los efectos e instrumentos que pudieran guardar relación con el delito perseguido. El control judicial de la medida acontecerá con posterioridad al registro efectuado del que habrá de darse inmediata cuenta al juez competente.

De las excepciones advertidas, se desprende que el Ministerio Fiscal no tiene capacidad constitucional para autorizar la entrada y el registro domiciliario por ser una medida que constitucionalmente exige resolución judicial por mor del art. 18.2 de la CE. Si podrá el fiscal ordenar la entrada y registro en el seno de cualquiera de las excepciones, salvo en los supuestos de declaración de estado excepción y sitio, en los que habrá de depender, de los propios términos en los que el Gobierno habilitado articule la autorización parlamentaria. El Anteproyecto de 2011, en concordancia con la Constitución, estableció que la entrada y registro en el domicilio sólo puede practicarse con el consentimiento del titular, con autorización judicial o en caso de delito flagrante. Y, que tal autorización, deberá provenir del juez de garantías, a petición del Ministerio Fiscal (arts. 326 y 329). En idéntico sentido, el Borrador de 2013 dispuso que, fuera de los casos de flagrancia o de consentimiento del morador, corresponde al tribunal de garantías, previa petición del Ministerio Fiscal, la autorización de la entrada y registro del domicilio (art. 338). En el Derecho comparado, se advierte la misma necesidad de

resolución judicial para acometer la entrada y registro domiciliarios y, en este sentido, el Código de procedimiento penal francés así lo exige en su art. 76.1.

En adición a estos grupos de medidas, debe tenerse en consideración que, también, supone una restricción del derecho a la intimidad de la persona el acceso a sus datos personales. El Ministerio Fiscal, se halla en la actualidad autorizado para ordenar la remisión de información personal contenida en las bases de datos públicas o privadas sin consentimiento del afectado. En este sentido, la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que si bien con carácter general los datos de carácter personal sólo pueden ser comunicados a un tercero con previo consentimiento del interesado, “no será preciso cuando la comunicación que deba efectuarse tenga por destinatario al Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los jueces o tribunales o el Tribunal de Cuentas” (art. 11)⁸⁴⁹.

También puede en fiscal, en el marco de las investigaciones pre-procesales reguladas en los arts. 5 del EOMF y 773 de la LECrim, “ordenar vigilancias y seguimientos de personas en lugares públicos” y “no existe obstáculo para que las labores de investigación se extiendan a la captación de la imagen de las personas sospechosas de manera velada y subrepticia en los momentos en que se supone fundadamente que está cometiendo un hecho delictivo”. Puede también el fiscal “acordar el acceso a documentos no integrados en un proceso de comunicación y archivados en teléfonos móviles, ordenadores o asimilados, siempre que concurra urgencia”⁸⁵⁰.

En este mismo sentido, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, dispone que serán funciones de la Comisión de prevención del blanqueo de capitales e infracciones, y del Servicio ejecutivo de la Comisión, garantizar el más eficaz auxilio en estas materias al Ministerio Fiscal (arts. 44.2 y 54.4). Por su parte, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General

⁸⁴⁹ TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia. núm. 986/2006, de 19 de junio. Ponente: GARCÍA PÉREZ S. F.

⁸⁵⁰ Circular 4/2013 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, págs. 20–21.

Tributaria establece que “los datos, informes o antecedentes obtenidos por la administración tributaria en el desempeño de sus funciones tienen carácter reservado y sólo podrán ser utilizados para la efectiva aplicación de los tributos o recursos cuya gestión tenga encomendada y para la imposición de las sanciones que procedan, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo que la cesión tenga por objeto la colaboración con los órganos jurisdiccionales y el Ministerio Fiscal en la investigación o persecución de delitos que no sean perseguibles únicamente a instancia de persona agraviada (art. 95.1).

La Circular 4/2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal declara que “existen numerosos organismos e instituciones públicas y privadas a las que el fiscal puede acudir para recabar los datos que precise en sus diligencias de investigación”, como “la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA), la Asociación Española de la Banca (AEB); en relación con investigaciones sobre sociedades y empresas: la Tesorería General de la Seguridad Social o los Registros Mercantiles; para la investigación sobre bienes muebles: el Registro de automóviles de la Dirección General de Tráfico, el Registro de matrículas de embarcaciones de la Dirección General de la Marina Mercante, el Registro de matrículas de Aeronaves de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, así como el Registro de Bienes Muebles; respecto de la situación de bienes inmuebles: los Registros de la Propiedad o la Dirección General del Catastro o el Índice Único Informatizado Notarial, que recibe quincenalmente, de forma telemática, la comunicación al Consejo General del Notariado de todos los datos sobre los documentos autorizados en las diversas notarias”⁸⁵¹.

En el mismo sentido, el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal dispone que las autoridades, funcionarios u organismos o particulares requeridos por el Ministerio Fiscal deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales y comparecer ante el fiscal cuando éste lo disponga y que los miembros del Ministerio Fiscal podrán acceder directamente a la información de los Registros oficiales, cuyo acceso no quede restringido a control judicial (art. 4). Es conocido, que el Ministerio

⁸⁵¹ Circular 4/2010 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal, págs 41–42.

Público posee, entre otros, acceso telemático a un gran número de registros públicos, entre otros, a registros centrales del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Interior.

Por otro lado, debe destacarse que la Circular 4/2013, sobre diligencias de investigación, sostiene que el fiscal, en el curso de tales diligencias, puede acordar la práctica de ruedas de reconocimiento o la práctica de reconocimientos fotográficos, o de informes periciales de antropometría o lofoscopia⁸⁵². Tal afirmación, se sustenta sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, dictado en desarrollo de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores que, tras establecer que la actuación de la policía judicial se atenderá a las órdenes del Ministerio Fiscal y se sujetará a lo establecido en la LORPM (art. 17), y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 486 y ss.), dispone que cuando se proceda a la detención de un menor, “se podrá proceder a tomar reseña de sus impresiones dactilares, así como fotografías de su rostro, que se remitirán, como parte del atestado policial, al Ministerio Fiscal para la instrucción del expediente, y constarán en la base de datos de identificación personal” (art. 3).

No obstante la afirmación de la Fiscalía General de Estado y la literalidad del texto del Reglamento, ha de ponerse seriamente en cuestión la constitucionalidad de la regulación —en forma reglamentaria— de diligencias que afectan a la intimidad de la persona (art. 18.1 de la CE), tales como las ruedas de reconocimiento o la práctica de reconocimientos fotográficos, o los informes periciales de antropometría o lofoscopia ya que, como es sabido, el art. 53.1 de la Constitución establece la existencia de reserva de ley respecto del desarrollo normativo de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título II y, en este sentido, dispone que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”. A mayor abundamiento, la Ley que desarrolle tales preceptos deberá ostentar rango de orgánica de conformidad con el art. 81 de la CE y, además, al pertenecer el art. 18 a la Sección Primera del Capítulo I de la CE, cabe la tutela del derecho a la intimidad a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2), sin que pueda sostenerse que la constitucionalidad de las medidas pueda

⁸⁵² Circular 4/2013 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación, pág. 18.

hallarse amparada por la remisión que hace el Reglamento a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto al registro de lugares distintos al domicilio, tales como equipos informáticos o edificios públicos y privados en cuanto no se hallen afectos al art. 18.2 CE, ha de señalarse que una regulación adecuada será aquella que permita que la autorización del fiscal sea suficiente. De nuevo, ha de insistirse en que, si lo que se pretende, es una investigación por el fiscal rápida y eficaz, éste debe estar habilitado para decidir sobre todo tipo de restricciones de los derechos fundamentales sobre los que no exista reserva judicial constitucional y, particularmente, sobre las restricciones que afectan al derecho a la intimidad. Y, una vez más, ha de ponerse de manifiesto el rígido y amplio sistema de incompatibilidades y prohibiciones sólo comparable al judicial, al que se encuentra constreñido el fiscal, como consecuencia de la normativa contenida en el art. 127 de la CE, en los arts. 389 a 396 de la Ley orgánica del Poder Judicial, y en los arts. 56 a 59 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

La vigencia constitucional de los principios de imparcialidad y legalidad permiten que el fiscal —en abstracto— pueda asumir, siempre que se dicte una ley orgánica a tal efecto, —en el ejercicio de su función de garante de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos— la decisión de autorizar toda medida restrictiva de los derechos fundamentales que haya de acordarse en el marco investigador penal, siempre que no exista expresa reserva judicial de rango constitucional. Esta reserva, precisamente, —por mor del art. 18.2 CE— sustrae la posibilidad diseñar una regulación procesal en la que el fiscal autorice, en supuestos de urgencia, la entrada y registro domiciliario, —a salvo tal posibilidad regulatoria, en los supuestos de estado de sitio o excepción, y en cuanto a lo dispuesto en el art. 55.2 de la CE y en el art. 553 de la LECrim—.

3.5. INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES

La necesidad de autorización judicial para proceder a la intervención de las comunicaciones y, en especial, a las postales, telegráficas y telefónicas, es una consecuencia de la reserva judicial declarada por el art. 18.3 de la CE El precepto

constitucional, ha sido desarrollado por los arts. 579 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las únicas excepciones al principio general de autorización judicial, son las contenidas en el art 55 de la CE. Respecto del primero de sus apartados, relativo a los estados de excepción, y sitio, la Ley orgánica 4 /1981 dispone —en caso de declaración del estado de excepción— que cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del art. 18.3 CE, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. En el supuesto de declaración del estado de sitio, en todo caso, podrán ser asumida por la autoridad gubernativa o, si ésta cedere el mando, incluso por militar, la potestad de intervenir las comunicaciones (arts. 18 y 33).

En cuanto a los supuestos del art. 55.2 de la CE, éstos encuentran su desarrollo legislativo en el art. 579.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone que, en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, la autorización podrá ser ordenada por el Ministro del Interior o, en su defecto, por el Director de la Seguridad del Estado, comunicándolo inmediatamente por escrito motivado al juez competente, quien, también de forma motivada, habrá de revocar o confirmar tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación.

El Anteproyecto de 2011, en concordancia con la Constitución, establece que el fiscal deberá solicitar al juez de garantías que autorice la interceptación de las comunicaciones. En los supuestos de urgencia, respecto de las investigaciones que tengan por objeto la averiguación de delitos relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, el Anteproyecto —acertadamente— reproduce la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal sustituyendo al Ministro del Interior por el Fiscal General del Estado. Si bien es aplaudible la sustitución del Ministro por el Fiscal General, lo cierto es que la medida es criticable en cuanto el Fiscal General es, precisamente, la persona integrante del Ministerio Público menos idónea para el desempeño de funciones limitadoras de derechos fundamentales ya que no pertenece a la Carrera Fiscal y su forma de designación resalta su vinculación

política lo que le hace especialmente frágil al riesgo de parcialidad (art. 124.4 CE y art. 29 EOMF). Por otro lado, si lo que se persigue es una resolución rápida y con conocimiento de la causa en casos de urgencia, no resulta adecuado dejarla en manos de una persona —el Fiscal General— ajena a la investigación. En efecto, en casos criminales relacionados con organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo la resolución sobre interceptación de comunicaciones debe estar en manos del fiscal que lleve a efecto la investigación o del que en cada momento sea su sustituto.

La Ordenanza Procesal Penal alemana *Strafprozeßordnung* dispone que la interceptación y grabación de telecomunicaciones sólo puede ser ordenada por un juez. Sin embargo, si las circunstancias lo exigieran, la orden también puede ser dada por el fiscal. En estos supuestos, la orden del fiscal devendrá inefectiva si no es confirmada judicialmente en los siguientes 3 días (art. 100b StPO)⁸⁵³. En parecidos términos, el *Codice di procedura penale* italiano de 1989 permite que, en casos de urgencia, se proceda a la intervención de las comunicaciones en el marco de una investigación criminal con la autorización del fiscal, sin embargo, en el supuesto de que la autorización no fuera luego convalidada judicialmente, la interceptación deberá ser interrumpida y el resultado no podrá ser utilizado (art. 267.2 CPPI)⁸⁵⁴.

Ciertamente, considero acertado el modelo regulatorio adoptado por las legislaciones procesales alemana e italiana que permiten que el fiscal autorice la intervención de las comunicaciones en cualquier caso de urgencia sin constreñir el alcance de la autorización a los supuestos de terrorismo o grupos criminales. Ello no

⁸⁵³ § 100b StPO 1: Maßnahmen nach § 100a dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft durch das Gericht angeordnet werden. Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden. Soweit die Anordnung der Staatsanwaltschaft nicht binnen drei Werktagen von dem Gericht bestätigt wird, tritt sie außer Kraft. Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die Voraussetzungen der Anordnung unter Berücksichtigung der gewonnenen Ermittlungsergebnisse fortbestehen.

⁸⁵⁴ Art. 267.2 CPPI: Nei casi di urgenza, quando vi è fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave pregiudizio alle indagini, il pubblico ministero dispone l'intercettazione con decreto motivato, che va comunicato immediatamente e comunque non oltre le ventiquattro ore al giudice indicato nel comma 1. Il giudice, entro quarantotto ore dal provvedimento, decide sulla convalida con decreto motivato. Se il decreto del pubblico ministero non viene convalidato nel termine stabilito, l'intercettazione non può essere proseguita e i risultati di essa non possono essere utilizzati.

obstante, el tenor literal de la lectura conjunta de los arts. 18.3 y 55.2 de la Constitución, obliga a interpretar los anteriores preceptos aceptando que el fiscal español sólo podría asumir, en una futura ley orgánica procesal, la autorización de intervención de comunicaciones en los supuestos del art. 55.2 de la CE —comisión indiciaria por bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes de delitos castigados con penas graves—. Debe rechazarse poner en manos del Ministerio del Interior estas autorizaciones al no concurrir en sus funcionarios y autoridades las garantías de imparcialidad manifestadas en la inmunidad y en las prohibiciones e incompatibilidades del fiscal (art. 127 CE, arts. 389-396 LOPJ, arts. 56 y ss. EOMF).



4. INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LAS MEDIDAS DE NATURALEZA CAUTELAR

Con precisión, CASTILLEJO MANZANARES define —por su finalidad— las medidas cautelares en el proceso penal como aquéllas, por medio de las cuales, “se trata de asegurar tanto que el proceso se produzca, a pesar de las actuaciones en contrario del acusado, como que la sentencia se pueda llegar a cumplir, impidiendo la resistencia que el acusado pudiera oponer”. Las medidas cautelares penales —afirma la autora— gozan de tres notas características: instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad⁸⁵⁵.

Es comúnmente afirmado, que la decisión sobre la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales, ya sean cautelares o no, se halla sometida, de forma radical o absoluta, al principio de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) y, sobre la base de tal hipótesis, se afirma la necesidad de que las mismas sean adoptadas por medio de una resolución judicial como requisito subjetivo imprescindible. No obstante, es sabido que la Constitución sólo avala la reserva judicial para la adopción de determinadas diligencias de investigación limitativas de derechos, que son las que afecten a la inviolabilidad del domicilio y su contenido (art. 18.2 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), y para la adopción de determinadas medidas cautelares, a saber, la prisión provisional en cuanto supone una detención superior al plazo del art. 17.1 de la CE y el secuestro de publicaciones por obligarlo el art. 2.5 de la CE. El razonamiento que postula la universalidad de la exigencia de resolución judicial para cualesquiera limitación —investigadora o cautelar— de derechos fundamentales en el proceso penal no se fundamenta, por tanto, en razones constitucionales, sino en la percepción de que, pudiendo concurrir en el fiscal la cualidad de parcialidad, por ser

⁸⁵⁵ CASTILLEJO MANZANARES R., “El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 26, 2011, pág. 14.

éste parte procesal, conviene que sea el juez quien decida respecto de toda medida cautelar.

FUENTES resume el sentir mayoritario de la doctrina más autorizada al afirmar que “todo aquello que suponga la adopción de medidas restrictivas de derechos o de práctica de pruebas no se podrá encomendar al Ministerio Fiscal que ni es imparcial, ni tampoco podría serlo desde el momento en que se le ha encomendado sostener la acusación, por ello, ser parte en el proceso”⁸⁵⁶. En igual sentido, GIMENO sostiene que en el esquema de proceso penal de investigación fiscal “el juez de la instrucción conserva toda su competencia en todo lo relativo a la adopción de medidas limitativas de los derechos fundamentales, medidas cautelares (penales y civiles) y actos de prueba instructora anticipada y preconstituida”⁸⁵⁷. También, MORENO CATENA señala que “es necesaria la intervención de la autoridad judicial para la adopción de cualquier medida cautelar, aunque tal cosa no venga directamente exigido por la Constitución, tanto si se trata de medidas cautelares personales (localización, retirada de documentación, etc.) como de medidas cautelares reales (fianzas, embargo de bienes, etc.)”, y que “resulta imprescindible residenciar en la autoridad judicial la competencia para ordenar las medidas cautelares que hayan de ejecutarse a lo largo del proceso penal, esencialmente porque en ningún caso se le puede encomendar esta tarea al órgano implicado en la investigación, aunque se trate del Ministerio Fiscal, porque es una parte procesal y carece por ello de imparcialidad. La adopción de una medida cautelar requiere siempre de una decisión contradictoria, pues supone nada menos que la limitación o la expropiación de un derecho, de modo que resulta incompatible con la posición de parte que ocupa el Ministerio Fiscal”⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ FUENTES SORIANO O., “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso...”, op. cit., pág.174.

⁸⁵⁷ GIMENO sostiene que “mediante este modelo, no sólo se ocasiona una mejor distribución del trabajo, sino que se obtiene un mayor control de los órganos que intervienen en la instrucción: el Juez de la Instrucción ha de controlar al Ministerio Fiscal y éste a la policía judicial”, Vide GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...”, op. cit., pág. 89.

⁸⁵⁸MORENO CATENA V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación...”, op. cit., pág. 84.

Tal como se viene insistiendo en el presente trabajo, en mi opinión no es posible conciliar una fase instructoria rápida y eficaz que no conculque el derecho de los imputados a un procedimiento sin dilaciones indebidas con un sistema que exija la actuación judicial a petición del fiscal —con la consecuente duplicidad decisoria— para cada una de las muchas medidas que en el proceso penal se restringen los derechos fundamentales del imputado, o se quiere un modelo instructorio de omnipresencia judicial acompañado de una investigación ineficaz o se quiere un modelo de presencia judicial en los términos exigidos por la constitución con una investigación eficaz, pero simultanear continua duplicidad decisoria con proceso eficaz es contradictorio.

Por otro lado, como también se ha insistido, debe tenerse presente que el fiscal —aún siendo parte formal— no tiene interés alguno en el resultado del proceso, a salvo el cumplimiento de la legalidad. Cuando el acusador público acusa, lo hace en la creencia de que los hechos son constitutivos de una infracción penal, por lo que su interés consiste en la restauración del orden jurídico violado a través de la legalidad. Como es conocido, el fiscal no pretende especialmente que el culpable sea condenado sino que, para él, goza de mayor interés, que el inocente sea absuelto. Por esto, no existe razón cierta, que justifique que las medidas cautelares sobre las que no penda reserva judicial de rango constitucional, no puedan ser autorizadas por el fiscal. Los cimientos del proceso se fundamentan en el estatuto de los sujetos que intervienen en el mismo y no en el vacío concepto de parte procesal.

En el proceso penal, los sujetos —como tales— lo son el acusado, el responsable civil, el titular del bien jurídico violentado y el perjudicado civil, y cada uno de ellos actúa o puede actuar debidamente representado por su procurador como representante procesal y asistido de abogado que, según los casos, ejercerá las funciones de defensor o de acusador. A ellos ha de añadirse, el acusador popular, función que suele ser ejercida por asociaciones privadas o por organizaciones públicas y —más infrecuentemente— por individuos con algún interés social en los hechos juzgados.

En radicalmente distinta posición, se hallan el juez y el fiscal, ya que —a diferencia de aquéllos— no representan ni asisten a acusados, responsables, víctimas o perjudicados, ni tampoco sustentan interés alguno en el resultado del juicio, sino que se encuentran en el proceso con una vena en los ojos, ejercitando el primero, la función

de administrar Justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado o bien ejerciendo las funciones que se le haya asignado en la Constitución o en las leyes en garantía de los derechos de los ciudadanos; y el segundo, promoviendo la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, así como velando por la independencia de los tribunales y procurando ante éstos, la satisfacción del interés social.

El apartado primero del art. 124 de la Constitución consagra al Ministerio Público como el garante del principio de legalidad reconocido con carácter general en los arts. 9 apartado tercero y 25 apartado primero de la CE; de los derechos de los ciudadanos reconocidos en los Capítulos Primero y Segundo del Título primero de la CE, especialmente los fundamentales, que son los regulados en la Sección Primera del Capítulo Segundo; del interés público tutelado por la Ley, que es una parte de la función de defensa de la legalidad en su más alta expresión relativa a lo público; de la independencia de los Tribunales, regulada en los art. 117 apartado primero de la CE y en menor medida el art. 122 apartado primero de la CE en cuanto a la independencia del juez y en el art. 9 apartado tercero CE en un sentido más amplio y generalista, en cuanto a la prohibición de interdicción de los poderes públicos. Estas funciones, se descomprimen en el art. 3 de la Ley Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal⁸⁵⁹.

Lo cierto es que —en puridad— el ejercicio exacto de las funciones y de los principios funcionales fiscales previstos por la Constitución haría innecesaria, incluso, la presencia de abogados defensores en el proceso penal⁸⁶⁰. En este sentido y, teniendo en consideración la obligación de juez y fiscal de velar por los derechos del imputado o acusado, ROXIN afirma que “incluso se podría preguntar para qué se necesita, después

⁸⁵⁹ Destáquese, particularmente, el apartado tercero, que dispone que corresponde al Ministerio Fiscal “velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa”, y el apartado cuarto: “ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda”.

⁸⁶⁰ BRISEÑO recuerda —para criticarla— la terrible expresión inquisitiva: “si el imputado es inocente no necesita defensor, si es culpable no lo merece”, que era conocida desde antes de la Revolución francesa, Vide BRISEÑO SIERRA H, “El principio acusatorio en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 77, 1969, pág. 72.

de todo, un defensor especial, si la fiscalía y el tribunal están obligados a investigar de oficio todas las circunstancias de descargo⁸⁶¹”.

Evidentemente, no se pretende con tal afirmación la amputación del derecho constitucional a ser asistido y defendido por letrado que constituye la corona del sistema procesal penal sino que, quiere ponerse de manifiesto, que el ejercicio correcto de las funciones fiscales exige dedicarse por igual, tanto a la promoción de la acción de la Justicia instando el inicio del proceso judicial penal o su continuación, y la apertura de juicio oral y ejercitar la acusación, cuanto a la promoción de la acción de la Justicia en sentido inverso, procurando que, bien no se incoen diligencias o, bien se dé término al proceso iniciado, contra quien no resulte indiciariamente responsable de un ilícito penal o, evitando —respecto del sujeto que sí lo es—, que éste sufra una medida cautelar o una condena más gravosa o duradera de lo resulte estrictamente estrictamente necesario para la defensa de la legalidad y la seguridad de las personas.

Las medidas cautelares pueden ser divididas en tres grupos; a saber, personales, limitativas de otros derechos y reales.

4.1. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Comparto con ASECIO, su exacta definición de las medidas cautelares personales como “resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y, eventualmente, la sentencia que en su día se pronuncie”⁸⁶². Las medidas personales son, por tanto, dos: la detención y la prisión provisional. El derecho fundamental que sufre con la adopción de las medidas cautelares personales es en todo caso el derecho a la libertad, sin perjuicio de que, también, puedan menoscabarse otros derechos como la intimidad (art.18), o la libre deambulacion (art. 19), entre otros.

⁸⁶¹ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., págs. 131–132. Vide Capítulo II.

⁸⁶² ASECIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...* op. cit., lección 18. Vide, también CASTILLEJO MANZARARES R., “El nuevo tratamiento de las medidas cautelares...” op. págs. 19 y ss.

Como es sabido, el derecho a la libertad, regulado en el art. 17 de la Constitución establece, respecto de la detención, que ésta encuentra su límite en la finalización de la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, —aunque los actos investigatorios no hubieren finalizado— en el plazo máximo de setenta y dos horas. En este sentido, ha declarado el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que este tiempo actúa como “límite máximo absoluto”, y “no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido”, ya que tales supuestos se restringe el derecho fundamental a la libertad personal en forma no consentida por la norma constitucional⁸⁶³.

La detención puede ser ordenada por el fiscal o por el juez, y será de ordinario practicada por la policía por iniciativa propia o siguiendo instrucciones de aquéllos⁸⁶⁴. Una vez haya sido superado el anterior límite temporal, toda decisión sobre la restricción de la libertad del imputado deberá acordarse por el juez que elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado (art. 497 LECrim).

Las garantías constitucionales a la limitación de la libertad personal, no sólo se manifiestan en la necesidad de autorización judicial para la privación de la misma en

⁸⁶³ La detención no ha de exceder del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos con el plazo máximo ordinario de 72 horas que en ningún caso debe ser excedido. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia núm. 224/1998, de 24 de noviembre, FD 3º, ponente GARCÍA MANZANO P. El Tribunal sostiene que la Constitución “somete la detención de cualquier ciudadano al criterio de la necesidad estricta (...) en tal sentido, el tiempo estrictamente necesario de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero, este tiempo actúa como límite máximo absoluto, y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso, se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente”.

⁸⁶⁴ Respecto de la detención efectuada por un particular, Vide los arts. 490 y 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

cuanto ésta haya de durar más tiempo del estrictamente necesario para realizar las averiguaciones necesarias para el esclarecimiento de los hechos sino que, también, se expresa en el derecho del detenido a acceder al juez —incluso dentro del término de las primeras 72 horas— cuando entienda que su detención es ilegal —no por razón de los motivos de la detención sino por su forma o duración—⁸⁶⁵. Este acceso se canaliza a través del procedimiento de habeas corpus regulado en el artículo 17.4 de la Constitución cuyo desarrollo legislativo se encuentra en la Ley Orgánica 6/1984⁸⁶⁶. La expresión Habeas Corpus hace referencia a la facultad del juez de instrucción, a petición del detenido o del Defensor del Pueblo o a instancia del Ministerio Fiscal o de oficio, de ordenar a los agentes de la autoridad que custodian al detenido que lo pongan de manifiesto ante él de forma inmediata para comprobar que la detención no se ha realizado en vulneración de sus derechos fundamentales por la forma o la duración y, en su caso, poder acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, la puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente, la continuación de la situación de privación de

⁸⁶⁵ Ley de Enjuiciamiento Criminal declara una prolongación del plazo de las 72 horas respecto de los delitos investigados relativos a persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes. Esta prolongación se hace sin vulnerar la Constitución ya que exige que, antes de tal plazo, el juez autorice que la detención se prorrogue por un máximo de total de 48 horas más sobre las 72 iniciales, por lo que la puesta a disposición judicial ha de ser anterior al límite de las 72 horas, Vide art. 520 bis y art. 384 bis.

⁸⁶⁶ Las exposiciones de motivos de las leyes, —en general— sirven únicamente al fin de cumplir con la exigencia constitucional contenida en el artículo 88 de la Carta Magna, que dictamina que los “proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos”. No obstante, en ocasiones, ciertas exposiciones sobresalen por su rigor técnico o belleza literaria. En concreto, la Exposición de Motivos de la Ley orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus, deleita al lector con la siguiente explicación sobre el sentido del habeas corpus: “una de estas técnicas de protección de los derechos fundamentales —del más fundamental de todos ellos: el derecho a la libertad personal— es la institución del Habeas Corpus. Se trata, como es sabido, de un instituto propio del Derecho anglosajón, donde cuenta con una antiquísima tradición y se ha evidenciado como un sistema particularmente idóneo para resguardar la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público. Su origen anglosajón no puede ocultar, sin embargo, su raigambre en el Derecho histórico español, donde cuenta con antecedentes lejanos como el denominado recurso de manifestación de personas del Reino de Aragón y las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el Fuero de Vizcaya y otros ordenamientos forales, así como con antecedentes más próximos en las Constituciones de 1869 y 1876, que regulaban este procedimiento, aun cuando no le otorgaban denominación específica alguna”.

libertad o su puesta a disposición judicial, si ya hubiese transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención.

En definitiva, ha de afirmarse que la reserva constitucional judicial del art. 17 apartados 2 y 4, impone un límite incuestionable a la configuración de un nuevo marco normativo instructorio, por lo que toda discusión en cuanto al sujeto activo o decisorio de las medidas cautelares relativas a la libertad, es ajena al objeto del presente trabajo.

4.2. MEDIDAS CAUTELARES RESTRICTIVAS DE OTROS DERECHOS

En adición a las medidas cautelares personales, han ido apareciendo en nuestra Ley procesal un grupo heterogéneo de medidas de restringen diversos derechos. Es cierto, que no pueden ser enumeradas de forma exhaustiva ya que la adopción de medidas cautelares de naturaleza penal actúa bajo el principio de libertad proclamado por el art. 763 de la LECrim, que declara que es posible adoptar medidas cautelares en el proceso penal “siempre que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley”.

No obstante el anterior principio, las medidas cautelares restrictivas de otros derechos, pueden ser clasificadas —atendiendo al derecho que limitan— de la siguiente forma:

1. Privación cautelar de derecho a conducir vehículos de motor a persona imputada por un delito cometido con motivo de su conducción (art. 529 bis LECrim). El uso de esta medida, en términos cuantitativos, no resulta frecuente por mor del profuso número de conformidades en el ámbito de los delitos contra la seguridad del vial, que se articulan por la regulación de los juicios rápidos por delito (art. 800–801 LECrim). En concreto, en el año 2013, un 53% de las diligencias incoadas fueron tramitadas por diligencias urgentes⁸⁶⁷. A pesar de ser un supuesto en el que no se limita ningún derecho fundamental, la Ley de Enjuiciamiento Criminal exige resolución judicial para su adopción, que es la solución subjetiva adoptada por su homóloga alemana la Ordenanza Procesal Penal *Strafprozeßordnung* (§ 111.a.) y, también, por el infructuoso Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011 (art. 236).

⁸⁶⁷ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Madrid, 2014, pág. 622.

2. Protección de la víctima, otras personas o lugares. El grupo más relevante se refiere a la prohibición de aproximación a la víctima, o familiares de ésta u otras personas, domicilio, lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella, y a la suspensión, respecto de los hijos, el régimen de visitas y comunicación que, en su caso, hubiere establecido. Estas medidas se hallan reguladas en el art. 48 —respecto de los delitos— y en el art. 57.3 —respecto de las faltas— del Código Penal, y su uso en el ámbito cautelar se relaciona, por su frecuencia, con la aplicación de la orden de protección regulada en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para las víctimas de violencia doméstica que se complementa con la medida del art. 544 bis del mismo cuerpo procesal, de prohibición de residir y acudir a lugares determinados así como la de aproximación y comunicación, en el supuesto de que hubiere indicios de la comisión de alguno de los delitos del art. 57.1 del Código Penal. Esta segunda modalidad se caracteriza, además de por la extensión de supuestos de aplicabilidad, por razón de que puede ser acordada de oficio por el instructor. Estas medidas restringen el derecho fundamental (Título I, Capítulo II Sección I) a elegir libremente la residencia y a circular por el territorio nacional (art.19.1 CE).

3. Presentación *Apud Acta* del imputado en situación de libertad provisional con o sin fianza. Esta medida cautelar, de uso frecuente, consistente en obligar al imputado o procesado a comparecer ante el juez que conozca de la causa los días que le fueren señalados y, además, cuantas veces fuere llamado. Se prevé, además, que para garantizar el cumplimiento de esta obligación, se pueda acordar motivadamente la retención de su pasaporte (art. 530 LECrim). Este último supuesto restringe el derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca (art. 19.2 CE).

4. Secuestro de publicaciones y prohibición de difusión. Ésta medida cautelar se halla regulada en los arts. 844 y ss.de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La competencia subjetiva para su adopción será siempre judicial de conformidad con el art. 20.5 de la CE que dispone que “sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial”.

5. Suspensión automática del ejercicio de función o cargo público en los supuestos de que haya sido dictada la medida de prisión provisional por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, mientras

de la situación de prisión (art. 384 bis LECrim). En adición a ello, la regulación estatutaria y orgánica de funcionarios públicos, jueces y fiscales prevén la suspensión de funciones en el caso de procesamiento penal. Respecto de los funcionarios, —con carácter potestativo— (art. 90.4 del Estatuto Básico de la Función pública); respecto de jueces y fiscales, en los supuestos de delito doloso o cometido en el ejercicio de las funciones públicas —con carácter imperativo— (arts. 383 y 384 de la Ley orgánica del Poder Judicial), y respecto de fiscales exclusivamente (art. 62 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal). Estas medidas restringen el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, contenido en el art. 23.2 del Título I, Capítulo II Sección I de la CE.

De la regulación de las medidas de naturaleza heterogénea que limita diversos derechos fundamentales se desprende, como ya se ha adelantado, que no conforman un *numerus clausus* y que, por tanto, tal como pone de manifiesto el art. 763 de nuestra ley procesal, podrá acordarse cualquier otra medida restrictiva de derechos, siempre que éstas sean compatibles con la dignidad del individuo, con los preceptos constitucionales y legales, con las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, con en el Convenio Europeo de los derechos Humanos y en los tratados y con los acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España y, en especial, siempre que sean acordes con la doctrina del Tribunal Constitucional y con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, además, proceda su aplicación conforme a las reglas generales contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En segundo término, si ha de tenerse en consideración el amplio número de medidas cautelares que pueden ser adoptadas en el proceso penal —de naturaleza diferente a las personales y reales— y que, a pesar de restringir derechos —fundamentales o no— se hallan excluidas de reserva judicial de rango constitucional, resulta preciso reflexionar sobre un nuevo marco procesal que resuelva de forma equilibrada y garantista el reparto decisorio entre el juez de garantías y el fiscal investigador.

Un sistema de investigación fiscal en el que éste se vea obligado a acudir al juez para la adopción de cualquier medida, aunque ésta sea levemente restrictiva de derechos o existan razones de urgencia, será un sistema ineficaz que tenderá a dilatar el periodo instructorio de forma natural. Por otro lado, la tradicional resistencia parlamentaria a legislar un Estatuto fiscal con garantías de imparcialidad, ha generado en la ciudadanía un cierto temor que le hace recelar de la figura de un fiscal parcial que pueda aprovechar su poder instructor para perjudicar a los enemigos políticos del partido de turno que gobierne. ROXIN expresa la falsa dicotomía filosófica que aparenta hallarse inserta en la decisión sobre el reparto de papeles o roles cautelares entre fiscal y juez: “los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado–ciudadano, exageran fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esta situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado–ciudadano; el Estado mismo está obligado por ambos fines —aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano—”⁸⁶⁸.

La clave del reparto de roles cautelares sin reserva constitucional, se fundamenta en el grado de garantía legal de la neutralidad del fiscal. Tres modalidades de imparcialidad afectan al fiscal. La primera es la objetiva, que se halla plenamente asegurada por el régimen constitucional y legal de prohibiciones e incompatibilidades de idéntica protección a la judicial (art. 127 CE, arts. 389–396 LOPJ y arts. 55-59 EOMF).

La segunda es la subjetiva, caracterizada por las impresiones en el ánimo del fiscal que vayan a producirse por su contaminación con la investigación. Esta contaminación es inevitable y tal inevitabilidad, precisamente, es la causa principal —aunque existen otras— para sustentar la necesidad absoluta de sustituir la figura del juez instructor por la del fiscal y la del juez de garantías. La contaminación subjetiva del fiscal investigador, hace que no convenga que descansa en él la decisión final sobre estas medidas, no obstante, no impide que pueda adoptarlas de forma provisionalísima, sujetas a un ágil sistema de recursos o, con preferencia, sometidas a convalidación judicial.

⁸⁶⁸ ROXIN C., *Stafverfahrensrecht...* op. cit., pág. 258.

La tercera modalidad de imparcialidad, se refiere a la independencia respecto de terceros. El fiscal no sólo ha de cargar con el peso de sostener su propia imparcialidad sino que, también, ha de soportar el peso de la imparcialidad de sus superiores jerárquicos y del Gobierno. Si bien es cierto, que en la realidad, las órdenes de superiores en aspectos políticos o parciales pueden ser calificadas de anecdóticas, sin embargo, ello no justifica la cuestionable regulación estatutaria centrada en el mandato jerárquico que hace posible la articulación gubernamental de ataques a la imparcialidad fiscal.

Ha de afirmarse que —si se modifica el Estatuto para ahondar en la imparcialidad fiscal— debe estimarse conveniente que éste asuma la decisión cautelarísima o provisionalísima sobre las medidas cautelares no reservadas constitucionalmente a adopción judicial, sujeta a confirmación judicial en un plazo de una semana.

4.3. MEDIDAS CAUTELARES REALES

El art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Cabe distinguir dos clases de medidas cautelares patrimoniales susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal.

La primera clase, se refiere las medidas cautelares que tienen como fin asegurar la eficaz ejecución de una hipotética sentencia futura que condene al culpable a una o varias consecuencias accesorias a la pena reguladas en el Libro Primero, Título Sexto, del Código Penal, artículos 127, 128 y 129 apartado tercero, y en el Libro II, Título XVII, Capítulo III, art. 374.

La segunda modalidad de medidas cautelares reales, comúnmente denominada fianza civil, hace referencia a las medidas cautelares o provisionales cuyo fin es asegurar la eficaz ejecución de una hipotética sentencia futura de condena a restituir, reparar o indemnizar a la víctima o al perjudicado por el perjuicio sufrido y, en su caso,

también por el lucro cesante, como consecuencia directa de la comisión de un ilícito penal, así como de las costas y otros gastos procesales. Reaída sentencia ejecutoria y, una vez haya sido empleada la fianza a su destino principal de satisfacer responsabilidad civil y el pago de la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa costas procesales, ésta servirá, también, para responder de las costas del acusador particular y de la defensa y, por último, hará frente a la pena de multa que en su caso, se le hubiera impuesto por Sentencia firma al condenado (art. 126.1.5º del Código Penal)⁸⁶⁹.

Como excepción, en el supuesto de los delitos comprendidos en los art. 368 a 372 del mismo cuerpo legal sustantivo la fianza, servirá, incluso, para satisfacer el importe de la pena de multa, con preferencia a la indemnización al Estado y al pago de las costas devengadas (art. 378) y, tendrá idénticas consecuencias, en los supuestos de los delitos regulados en Ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando (art. 5).

4.3.1. MEDIDAS PATRIMONIALES DE ASEGURAMIENTO DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS A LA PENA

Ha de distinguirse, entre las medidas cautelares dirigidas al comiso de los instrumentos, efectos o ganancias de la infracción penal y las diseñadas respecto de los locales o establecimientos utilizados en su comisión.

La medida cautelar más relevante es la de comiso de los efectos y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado el delito o falta dolosos y de sus ganancias, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar⁸⁷⁰. A mayor abundamiento, si por cualquier circunstancia no fuera posible

⁸⁶⁹ Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte —delitos privados—, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado (art. 126.2 Código Penal).

⁸⁷⁰ En el supuesto de la comisión de un delito imprudente cuya pena, de privación de libertad, supere un año de duración, será potestativo acordar el comiso. También lo será en los supuestos en que el importe de todas las responsabilidades civiles haya sido consignado los efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal.

el comiso de aquellos bienes, se acordará, por un valor equivalente, el de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho (art. 127.1 y .3 CP)⁸⁷¹. En los supuestos de que el comiso traiga causa en la indiciaria comisión de un delito contra la salud pública en la modalidad regulada en los arts. 368 y ss. del Código Penal, los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los casos tasados regulados en la regla contenida en el art. 374.1.5ª del Código Penal⁸⁷². En idéntico sentido, se prevé la enajenación anticipada de bienes decomisados, en los supuestos contenidos en el art. 7 de la Ley orgánica de de 12 de diciembre de 1995 de represión del contrabando.

La vigente regulación del comiso de bienes exige —en todos los supuestos— una decisión judicial que autorice el comiso, sin perjuicio, de la previa obligación de la policía judicial contenida en el art. 282 de la LECrim de recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición del juez de instrucción.

Por el contrario, el Anteproyecto de Ley de 2011, apuesta por un sistema mixto fiscal–juez en el que se asigna la potestad provisional de adopción de las medidas al fiscal con necesidad de confirmación judicial posterior. En este sentido, el meritado Anteproyecto dispone que “en casos de urgencia, el fiscal podrá acordar provisionalmente la intervención de bienes y efectos para garantizar la efectividad del comiso, así como, en su caso, el bloqueo de cuentas bancarias” dando “traslado inmediato del decreto al juez, quien resolverá lo que proceda, previa audiencia de las partes” (art. 228). Por otra parte, establece que el decomiso definitivo solo podrá ser acordado previa instancia del Ministerio Fiscal, de lo que cabe deducir que no cabe petición de la acusación particular o popular (art. 233).

Si bien la regulación del Anteproyecto es elogiable, ha de estimarse insuficiente en el sentido de que sería deseable, que el comiso cautelar acordado por el fiscal no

⁸⁷¹ Vide la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

⁸⁷² Las disposiciones contenidas en el art. 374 del Código Penal son, así mismo aplicables, al art. 301 —blanqueo de capitales— cuando el origen del dinero provenga de la comisión de un delito de tráfico de drogas comprendido en los arts. 368 a 372.

tuviese que ser convalidado sino que fuera, simplemente, susceptible de un recurso con plazo amplio para de presentación.

En el extremo opuesto, el Borrador de 2013, fiel al injustificado temor al fiscal que expande a través de su articulado, propone un sistema cautelar que —en su aspecto subjetivo— es idéntico al actual, en el que toda medida de comiso ha de ser decidida por resolución judicial, sin diferenciar supuestos de urgencia y ordinarios. A mayor abundamiento, declara que la previsión de que la solicitud de comiso cautelar podrá ser efectuada por cualquier parte procesal sin establecerse, como sería deseable a los efectos de efectividad procesal, un régimen de exclusividad al Ministerio Fiscal. Ha de sostenerse que tal planteamiento pre-legislativo, es incompatible con un sistema de investigación fiscal dotado de coherencia interna y únicamente puede ser capaz asegurar un proceso penal respecto del comiso cautelar, dilatado e ineficaz, sin aportar garantías adicionales al procesado o imputado (art. 223). Debe ser puesto de manifiesto, que el Borrador acierta, al menos, en exigir petición de parte la adopción cautelar del comiso lo que auxilia a acentuar el carácter acusatorio del proceso, superando la decisión de oficio que permite la vigente regulación del comiso.

En el contexto europeo de Derecho comparado, la Ordenanza Procesal Penal alemana *Strafprozeßordnung* dispone que el comiso cautelar debe ser adoptado por el juez, si bien, cuando las condiciones así los exijan, podrá ser acordado por el fiscal. Esta decisión, en caso de ser impugnada por el interesado en el plazo —ciertamente insuficiente— de 3 días, deberá ser confirmada por el juez (§ 98)⁸⁷³. Desde luego, la regulación alemana supone un compromiso perfecto entre la garantía del imputado y la eficacia del proceso. Como única crítica, se estima el plazo de 3 días exiguo en exceso y, a mi juicio, el plazo de impugnación nunca debería ser inferior a una semana.

En adición a lo anterior, destáquese el art. 129.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que por el instructor, podrá ser acordada, también, la medida cautelar

⁸⁷³ § 98.1 StPO: “Beschlagnahmen dürfen nur durch das Gericht, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) angeordnet werden. Die Beschlagnahme nach § 97 Abs. 5 Satz 2 in den Räumen einer Redaktion, eines Verlages, einer Druckerei oder einer Rundfunkanstalt darf nur durch das Gericht angeordnet werden”.

de clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. De nuevo, son medidas que sólo afectan al derecho a la propiedad contenido en el art. 33.1 de la CE y, por tanto, como es conocido, no ostentan el rango de fundamental conforme a lo previsto en el art. 53.2 de la Carta Magna por lo que es un derecho que, evidentemente, no goza de reserva constitucional y puede ser suspendido, también cautelarmente, por resolución administrativa en supuestos de mera infracción administrativa.

Resulta evidente, que en caso de existir indicios de delito grave apreciados por el fiscal y concurrencia de los demás requisitos constitucionales y legales, no existe impedimento constitucional alguno a que éste pueda acordar tales medidas de aseguramiento cautelar.

4.3.2. MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En algunos sistemas procesales, particularmente en el español, por traer causa del proceso francés, se admite que el ejercicio de la acción civil sea llevado a cabo de forma simultánea a la acción penal, a fin de que la víctima o perjudicado pueda obtener en el mismo proceso penal la restitución o la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales que se deriven directamente de la comisión de la infracción penal. La doctrina se viene mostrando, de forma mayoritaria, favorable a mantener el actual sistema procesal penal acumulativo de la acción civil por ser tradicional a nuestro sistema procesal y no resultar justificada una modificación que habría de perjudicar a las víctimas obligándolas a acudir a un peregrinaje de jurisdicciones para obtener una justa compensación al daño sufrido⁸⁷⁴.

Ello no obstante, algunos autores, sin desconocer las ventajas de nuestro sistema, advierten sobre los problemas que genera. En este sentido, GIMENO ha afirmado que

⁸⁷⁴ Cfr. ASECIO MELLADO J. M., “La responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal”, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid, 2006, págs. 49–68. También, Cfr. GÓMEZ ORBANEJA E., *Derecho y proceso...* op. cit., págs. 270–307. Cfr. FONT SERRA E., *La acción civil en el proceso penal. Tratamiento procesal...*, op. cit., págs. 11 y ss.

debe reflexionarse sobre las ventajas e inconvenientes de la acumulación de la acción civil al proceso penal. El autor, si bien acepta la superior economicidad de nuestro sistema, sostiene que éste “contribuye al planteamiento de querellas chantajistas, que sólo persiguen el pago del deudor y que obliga a los particulares a dirigir, en ocasiones, infundadamente la acción penal contra un funcionario con la, en muchas ocasiones, vana esperanza de obtener la responsabilidad civil subsidiaria del Estado”⁸⁷⁵.

Por su parte, QUINTERO OLIVARES ha puesto de manifiesto la ausencia de una justificación teórica que explique el ejercicio conjunto de ambas acciones y, en ese sentido, afirma que si no se encuentra una explicación penalística a la exacción de la obligación civil *ex delicto* en el proceso penal, “la técnica de nuestro Código [LECrím] será cuestionable”⁸⁷⁶.

El CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA, en aplicación del artículo 31 y la letra b) del apartado 2 y del artículo 34 Título VI del Tratado de la Unión Europea, se ha mostrado favorable al sistema del ejercicio simultáneo de la acción civil y penal en el proceso penal, cuyo desarrollo se halla en el apartado primero del artículo 9 de la Decisión de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de las víctimas en el proceso penal, en la que se estableció que los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso

⁸⁷⁵ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrím y la posición del MF...”, op. cit., pág. 94. El autor afirma que debe “reflexionarse sobre las ventajas e inconvenientes de la acumulación de la acción civil al proceso penal. Aunque es cierto que nuestro sistema (francés) es más económico, tampoco lo es menos que contribuye, mediante el planteamiento de querellas chantajistas, que sólo persiguen el pago del deudor, a una innecesaria sobrecarga de trabajo en los Juzgados de instrucción. Por otra parte, la aparición de delitos–masa, como defraudaciones a consumidores (caso de la colza) o estragos (hundimiento de la presa de tous) obliga a los particulares a dirigir, en ocasiones, infundadamente la acción penal contra un funcionario con la, en muchas ocasiones, vana esperanza de obtener la responsabilidad civil subsidiaria del Estado. Pero, aun cuando la L.E.C. 1/2000 haya situado a nuestro proceso civil a la altura de Europa, lo que permitiría suscribir el sistema alemán de estricta separación de la acción civil de la penal, tampoco cabe desconocer que durante algunos años los Juzgados de 1ª Instancia permanecerán sobresaturados. De aquí la conveniencia, en un régimen transitorio, de separar, al menos, la acción civil en aquellos procesos por delitos–masa en los que lo único que la acusación particular pretende es empapelar a un funcionario con la velada, y en muchas ocasiones, vana pretensión de que puedan cobrar del Estado los perjudicados”.

⁸⁷⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal...”, op. cit., pág. 2.

penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción. La Decisión, admite igualmente los sistemas procesales en los que el ejercicio de la acción civil se reserva para la jurisdicción civil, al establecer el mismo art. 9 *in fine*, que no será necesario que la legislación de los Estados miembros garanticen a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener una resolución relativa a la indemnización en el marco del proceso penal cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía⁸⁷⁷.

El pre-legislador, también, ha tenido la oportunidad de formular su opinión sobre la duplicidad de acciones en el proceso penal y, en concreto, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2011, se pronuncia positivamente poniendo de relieve en su Exposición de Motivos que “uno de los rasgos más característicos del sistema procesal penal español es la posibilidad de ventilar en él la acción civil para el resarcimiento de la víctima” y que “estamos, en realidad, ante un fenómeno de acumulación procesal de acciones de naturaleza heterogénea” ya que “al objeto penal ordinario se acumula, así, una pretensión civil que deriva del mismo acontecimiento histórico del que surge el delito, pero que no procede del delito mismo”⁸⁷⁸.

Por su parte, el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, de 1 de agosto de 2014, declara que “toda víctima tiene derecho a ejercer la acción penal y la acción civil conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin perjuicio de las excepciones que puedan existir”.

⁸⁷⁷ Decisión Marco del CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA de 15 de marzo de 2001 relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal (2001/220/JAI), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 22 de marzo de 2001. Reproduzco, para comodidad del lector, su art. 9. Derecho a indemnización en el marco del proceso penal.

1. Los Estados miembros garantizarán a la víctima de una infracción penal el derecho a obtener en un plazo razonable y en el marco del proceso penal una resolución relativa a la indemnización por parte del autor de la infracción, salvo cuando la legislación nacional disponga que, para determinados casos, la indemnización se efectúe por otra vía.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas pertinentes para propiciar que el autor de la infracción indemnice a la víctima adecuadamente.

3. Salvo en caso de necesidad absoluta impuesta por el proceso penal, los objetos restituibles pertenecientes a la víctima y aprehendidos durante las actuaciones se devolverán a la víctima sin demora.

⁸⁷⁸ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal 27 de julio de 2011, Exposición de Motivos, apartado XXVII. Vide, también, el Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, de 1 de agosto de 2014.

La regulación legal sustantiva actual podemos encontrarla en el Libro Primero, Título V, de la Ley orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal, artículos 109 a 126 y la regulación procesal en el Libro Primero, Título IV, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, artículos 100 a 117. En concreto el art. 100 de la LECrim establece que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”⁸⁷⁹.

Sostiene ARNAIZ SERRANO que las dos notas esenciales que cabe predicar de la acción civil ejercida en el proceso penal, son la eventualidad y la accesoriedad⁸⁸⁰.

La nota de accesoriedad, puede ser definida por el aforismo latino: *secundum eventum litis*. En este sentido, FONT SERRA precisa que no es la acción civil la que deriva de la acción penal, sino que es la competencia civil la que es consecuencia de la acción penal, en virtud de la acumulación heterogénea de acciones⁸⁸¹.

Por ello, ASECIO, con razón, afirma que la acción civil no pierde su naturaleza jurídico privada cuando es ejercitada en el marco de la jurisdicción penal⁸⁸².

⁸⁷⁹ Sobre la idoneidad de introducir la regulación sobre la responsabilidad civil en el Código Penal con preferencia al Código Civil, QUINTERO reflexiona que tal decisión pudo ser consecuencia del Informe emitido en ese sentido por la Sala II del Tribunal Supremo. En este sentido, el autor señala que “tan sólo durante los largos trabajos que precedieron al Código Penal de 1995 (a raíz del Anteproyecto de 1988) se abrió un debate en torno a la cuestión promovido por el Ministerio de Justicia. La consulta a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, presidida a la sazón por D. Enrique RUIZ VADILLO, obtuvo una respuesta terminantemente favorable a que la materia continuase en el Código Penal, discrepando del parecer de la doctrina civilista que se había ocupado del tema”. Vide QUINTERO OLIVARES G., “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal...”, op. cit., pág. 16.

⁸⁸⁰ ARNAIZ SERRANO A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia, 2006, pág. 127

⁸⁸¹ Cfr. FONT SERRA E., *La acción civil en el proceso penal. Tratamiento procesal...* op. cit., pág. 18.

⁸⁸² Cfr. ASECIO MELLADO J.M., “La responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal”, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González–Cuéllar García*, Madrid, 2006, pág. 164. En el mismo sentido, RIZO GÓMEZ B., “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011, págs 171–173.

La accesoriedad, significa que el ejercicio de la acción penal no siempre se acompaña de la correspondiente acción civil, sino solamente en el supuesto de que como consecuencia de la comisión de la infracción penal se hayan producido daños en bienes o personas o un lucro cesante. La existencia de estos daños habrá de ser probada en el plenario, exigiéndose una triple condición, a saber: en primer lugar que quede probada la existencia del delito o falta; en segundo lugar, que quede probada la relación de causalidad entre la infracción penal y el daño o lucro cesante; y en tercer término, que quede acreditada la proporción entre daño e indemnización⁸⁸³. Señala PALOMO HERRERO que “con la accesoriedad se está haciendo referencia a la imposibilidad por parte del órgano jurisdiccional penal de pronunciarse sobre la pretensión civil si ha dictado una sentencia absolutoria penal, pues en este caso carecerá de competencia sobre la materia este principio es la consecuencia de aplicar el aforismo: *iudex criminalis non potest expresse absolvere a criminalitate et eundem civiliter comdenmare*”⁸⁸⁴.

No será, sin embargo, obstáculo para condenar al resarcimiento de la responsabilidad civil, que tal condena civil se efectúe en una sentencia penal que sea absolutoria respecto del ilícito penal, cuando tal absolución tenga su origen en la carencia —respecto del autor, del cooperador o del cómplice—, en el momento del ejercicio de la acción u omisión dolosa o imprudente, del suficiente grado de cognoscibilidad o de capacidad volitiva para la necesaria concurrencia del elemento de culpabilidad en el delito, por ser aplicable alguna de las exenciones de responsabilidad penal reguladas en el artículo 20 del Código Penal, con la necesaria excepción de la contenida en el apartado cuarto de tal precepto, de legítima defensa y, en el apartado séptimo, de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, al no constituir motivos de exención de la culpabilidad, sino de la

⁸⁸³ Ello sin perjuicio de que la concreta determinación de la cuantía pueda diferirse a la fase de ejecución, tal como permite el art. 114 del Código Penal, cuando dispone que los jueces y tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente, en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

⁸⁸⁴ PALOMO HERRERO Y., “La pretensión civil deducible en el proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008, pág. 299.

antijuridicidad de la conducta y, por tanto, al no existir antijuridicidad, no cabe hablar ni de responsabilidad penal ni de responsabilidad civil⁸⁸⁵.

Por eventualidad —de la acción civil respecto de la penal— ha de entenderse que, si bien la acción civil actúa como una suerte de *accessorio* procesal de la acción penal, sigue manteniendo su independencia —de tal forma— que puede ejercitarse o no ejercitarse —dentro del proceso penal— a elección del perjudicado, siendo una acción, por tanto, cuyo ejercicio es potestativo y ello debido a que la naturaleza de la acción civil esencialmente privada permanece inalterada. Ello, sin perjuicio, de que el Ministerio Público se halle obligado a ejercitarla salvo renuncia del perjudicado (art. 108 LECrim).

Es, también, adecuada, la denominación de *renunciabilidad* en sustitución de eventualidad, que comprende tanto la expresa, que es aquella que se produce cuando la víctima renuncia al ejercicio —por sí o por el Ministerio Fiscal— de la acción civil en el proceso penal, como la tácita, que se lleva a efecto cuando la víctima ejerce la acción civil en el proceso civil sin ejercitar con anterioridad la penal aunque a ello tuviera derecho, si bien este último supuesto actualmente es únicamente aplicable a los delitos privados como consecuencia del art. 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de

⁸⁸⁵ El artículo 118 en su apartado primero del Código Penal detalla los supuestos de existencia de responsabilidad civil cuando existe exención de la responsabilidad penal por razón de ausencia de dolo o culpa. Respecto de la eximente de miedo insuperable, el Alto Tribunal se ha pronunciado en cuanto a su doble naturaleza como causa de justificación y de eximente de la culpabilidad, Vide TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 192/1998, de 29 de enero, ponente: SOTO NIETO F. En el mismo sentido, T.S., Sentencia núm. 1382/2000, de 24 de octubre, ponente: PUERTA LUIS L. R. El Alto Tribunal, declara que “la eximente de miedo insuperable sobre cuya naturaleza jurídica se ha discutido en la doctrina si se trata de una causa de inimputabilidad, o de inculpabilidad, o de inexigibilidad de otra conducta distinta, e incluso de negación de la acción, tiene su razón de ser en la grave perturbación producida en el sujeto, por el impacto del temor, que nubla su inteligencia y domina su voluntad, determinándole a realizar un acto que sin esa perturbación psíquica sería delictivo, y que no tenga otro móvil que el miedo, sin que, ello no obstante, pueda servir de amparo a las personas timoratas, pusilánimes o asustadizas”. Por su parte, el artículo 119 del Código Penal, que contiene una norma que si bien hubiera podido tener su encaje en un código procesal, el legislador ha preferido introducirla en un Código de carácter sustantivo. Establece que en todos los supuestos del artículo 118 CP cuando se dicte sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles en la propia sentencia penal, salvo renuncia del perjudicado.

protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece que, el carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en la misma y que, por tanto, sirve de excepción al principio general de imperatividad de la acción penal frente a la disponibilidad de la civil. La excepción se halla reforzada por el art. 112 inciso segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que, si se ejercitase sólo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal.

Salvo la citada excepción que, evidentemente, es únicamente aplicable a los delitos privados, el perjudicado podrá optar por ejercitar por sí la acción civil junto a la penal, y, de hecho, salvo renuncia expresa al ejercicio de la acción penal, ha de entenderse que el perjudicado reclama también civilmente en el proceso penal, y así lo expresa el artículo el artículo 112 inciso primero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al establecer que “ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar”.

Es un hecho notorio que, en la mayoría de los juicios penales celebrados en España, ante los que el Ministerio Público formuló en el año 2012 un total de 301.452 calificaciones, la víctima o el perjudicado no ejerce por sí la acción civil en el proceso penal sino que la ejerce el Ministerio Fiscal, en representación de la sociedad y, en favor del perjudicado, en cumplimiento de su función constitucional de promover la acción de la Justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos⁸⁸⁶. En estos supuestos, será necesario una renuncia expresa del ofendido al ejercicio de la acción civil en el proceso penal, pues en otro caso, deberá exigir la correspondiente exacción de la responsabilidad civil, tal como exige el artículo 108 de la LECrim que dispone que la acción civil ha de

⁸⁸⁶ Memoria de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, 2013, pág. 579, sostiene que “uno de los datos más indicativos de la actividad desarrollada por el Ministerio Fiscal a lo largo del año [2012] es, sin duda, el número de acusaciones. (...) Mediante la calificación, los Fiscales realizan una valoración jurídica concreta sobre la tipificación de los hechos, por lo que, desde el punto de vista estadístico, la información sobre cifras de delincuencia resulta, aunque más limitada porque se refiere sólo a los procesos que han alcanzado esa fase, mucho más precisa que la que se obtiene con los registros de las diligencias previas. En el año 2012 se formularon un total de 301.452 de calificaciones y en términos de comparación con el año anterior se produjo un descenso apenas del 1 por 100”.

entablarse juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso acusador particular, salvo que el ofendido renunciare expresamente, en cuyo caso el fiscal se limitará a interesar el castigo de los culpables.

En el supuesto de que el perjudicado declinase el ejercicio —por sí o a través del Ministerio Público— de la acción civil en el proceso penal podrá, si a su derecho conviene y siempre que no hubiera renunciado a su derecho, ejercitar tal acción civil derivada del delito en un proceso civil posterior, si bien deberá, necesariamente, esperar a la finalización del proceso penal, por exigirlo el artículo 114 de la LECm, al disponer que “promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal”.

Es preciso, después del precedente análisis del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, detenerse en el primer paso del objeto del presente estudio, que radica en determinar si la adopción de medidas cautelares de carácter real en el proceso penal, cualquiera que sea la reforma procesal que se pretenda, ha de ser siempre llevada a afecto por resoluciones emanadas judicialmente —salvo reforma constitucional— o si, nuestra Carta Magna admite que tales medidas, de acuerdo con las reformas legislativas que fueran preceptivas, puedan llevarse a efecto por los miembros del Ministerio Fiscal.

Para ello, analizaré primero su marco legal en el Derecho español y comparado. El fundamento de este grupo de medidas cautelares reales deriva de la necesidad de asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles cuyo pago pudiera imponerse al condenado eventualmente por sentencia firme.

En primer lugar, ha de destacarse que el ejercicio simultáneo de las acciones penal y civil en el proceso penal no ostenta rango constitucional, sino meramente legal. En segundo término, ha de significarse que la adopción y cese de las medidas cautelares reales —garantizadoras de la ejecución de una sentencia penal condenatoria a la restitución, reparación o indemnización de perjuicios— carece de reserva judicial de carácter constitucional, salvo la genérica de limitar a juzgados y tribunales de forma exclusiva la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

En virtud de lo anterior, se desprende que la pregunta que resulta preciso resolver es si la resolución de una medida cautelar patrimonial en el proceso penal forma parte —o no— de la acción de juzgar, puesto que si hubiéramos de afirmar que si forma parte, indefectiblemente, su ejercicio deberá permanecer, cualesquiera sean las reformas procesales no constitucionales que se lleven a cabo, como una potestad reservada exclusivamente a juzgados y tribunales.

La respuesta, vaya por delante al razonamiento que la justifica, es negativa. Del estudio del Ordenamiento jurídico español, se desprende la conclusión de que no ha de albergarse duda alguna de que cabe afirmar que acordar una medida cautelar de carácter pecuniario no forma parte de la acción de juzgar, según su significado constitucional. Lo que si se halla incluido en la actividad exclusiva jurisdiccional —aunque no ínsito en el apartado tercero del artículo 117 de la CE sino en el apartado segundo del artículo 24— es el derecho a un proceso con todas las garantías, que se concreta en la conveniencia de que el imputado tenga la posibilidad de acceder a un recurso ante el juez frente a la resolución en la que fiscal adopte de una medida cautelar real en el proceso penal.

No sólo es constitucional que el fiscal adopte medidas cautelares civiles en el proceso penal sino que, también es conveniente. La legalidad de un sistema en que el fiscal adopte las medidas cautelares reales de garantía cuyo fin es asegurar la eficaz ejecución de una hipotética sentencia penal futura que contenga una disposición de condena a indemnizar al perjudicado por el perjuicio sufrido como consecuencia directa de un ilícito penal, puede apreciarse diáfananamente al examinar el artículo 81 de la Ley General Tributaria, cuyo apartado primero autoriza a la Administración tributaria a adoptar medidas cautelares de carácter real, sin que se admita la adopción de aquellas que puedan producir un perjuicio de difícil o imposible reparación.

Nos encontramos, por tanto, ante una situación que cabe calificar de paradójica. La adopción de medidas cautelares reales, tanto en el proceso civil⁸⁸⁷ como en el

⁸⁸⁷ La regulación procesal civil de las medidas cautelares se encuentra contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil núm. 1/2000, Libro III, Título VI, artículos 721 a 747.

proceso penal⁸⁸⁸ y, en general, en el resto de jurisdicciones, es una facultad reservada en exclusiva al juzgador y, al mismo tiempo, he aquí la paradoja, se ha admitido por el legislador la adopción de las medidas de garantía real dentro de un proceso no judicial, sino meramente administrativo tributario, exigiéndose como único requisito que la medida cautelar sea acordada por un funcionario administrativo con cierto rango jerárquico, que se somete a los principios funcionariales del art. 103.1 CE y a un sistema de incompatibilidades radicalmente inferior al sistema de prohibiciones e incompatibilidades judiciales a las que se halla sometido el fiscal por el art. 127 de la CE, los arts. 389 a 396 de la LOPJ y los arts. 55 a 59 del EOMF.

Por otra parte, debe ser destacada la extensión de las medidas de garantía real que pueden adoptarse por la Administración tributaria y, en este sentido, baste atender al apartado cuarto del artículo 81 de la Ley General Tributaria, que declara que las medidas cautelares podrán consistir, entre otras, en:

1. El embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso, anotación preventiva.
2. La prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos.
3. Cualquier otra legalmente prevista.

Las medidas cautelares podrán acordarse por la Administración tributaria a los fines de asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente y, a mayor abundamiento, también, en el marco de la asistencia mutua, en cuyo caso, el documento procedente del Estado o entidad internacional o supranacional que las solicite que permita la adopción de medidas cautelares ni tan siquiera estará sujeto a acto alguno de reconocimiento, adición o sustitución por parte de la Administración tributaria española.

⁸⁸⁸ La regulación procesal penal de las medidas cautelares reales en cuanto a garantizadas de la responsabilidad civil a que pueda ser condenado el acusado se encuentra contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Libro, Título IX, artículos 579 a 614 y Título X, artículos 610 a 621.

El legislador ha diseñado, por tanto, un amplio elenco de medidas cautelares patrimoniales que exigen —como requisito subjetivo— que sean acordadas por la Administración tributaria, y, como requisitos objetivos, la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris* concretado en la existencia de una deuda tributaria no confirmada judicialmente y el *periculum in mora*, concretado en el riesgo de que existan indicios racionales de que, salvo que la adopción de la medida sea adoptada, el cobro de la deuda tributaria se vería frustrado o gravemente dificultado y la proporcionalidad entre la medida cautelar y el riesgo a evitar. Por último, como requisito formal, se precisa la notificación al interesado con anterioridad a la ejecutividad de la medida cautelar.

La consecuencia no puede ser más obvia, si el legislador y la jurisprudencia admiten que el funcionario administrativo —incluso extranjero— puede acordar una medida cautelar de carácter real, no puede existir impedimento constitucional alguno en admitir la constitucionalidad de una reforma legislativa que disponga que el Ministerio Fiscal adopte medidas cautelares de carácter real en el proceso penal, condicionado, desde luego, a que las resoluciones del fiscal acordando medidas cautelares, fueran recurribles judicialmente en un solo efecto, es decir, sin carácter suspensivo automático, pero con la posibilidad de que la suspensión pudiera acordarse motivadamente por el juez de garantías o por el tribunal de apelaciones que, en todo caso, debería de estar compuesto de al menos 3 magistrados⁸⁸⁹.

⁸⁸⁹ En contra, reconoce que algunas medidas cautelares pueden ser ordenadas por autoridades administrativas en el marco de un expediente puramente administrativo. El autor afirma que “ante esta realidad no han faltado quienes han sostenido la posibilidad de facultar al Ministerio Fiscal para ordenar medidas restrictivas de derechos en el curso de un proceso penal, sin apreciar en ello inconveniente alguno. Sin desconocer las circunstancias aludidas, parece que la competencia para acordar medidas que limiten o restrinjan derechos de los ciudadanos, cuando tiendan a prevenir la comisión de un delito, a amortiguar o paliar los efectos de su comisión, o a proteger específicamente a las víctimas, deberían quedar en todo caso reservadas a la autoridad judicial y a solicitud de parte. En efecto, si se tiene en cuenta que atribuyendo la investigación al Ministerio Fiscal se potencia el principio acusatorio, y que debe adoptar en el proceso una neta posición de parte, resultaría contradictorio con ese carácter permitirle ordenar por sí mismo medidas de protección, sean de los intereses generales o de los derechos particulares de las víctimas. No puede perderse de vista que el título por el cual la autoridad administrativa puede adoptar de oficio medidas restrictivas de derechos en el curso de un expediente se debe esencialmente al hecho de que actúa en una posición de cierta o relativa imparcialidad, y que está llamada a emitir un juicio sobre una conducta, en un papel que se asemeja en muy buena

Para el estudio de la regulación legal de las medidas cautelares adoptadas en el proceso penal, ha de acudirse al Título IX del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su artículo 589 declara, en su apartado primero, que el órgano competente para adoptarlas es el juez de instrucción y, en concreto, dispone que cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si el sospechoso no prestare la fianza.

Al juez se le otorga la facultad, no sólo de acordar la medida cautelar sino, también, de realizar valoraciones en cuanto a la determinación del importe probable de responsabilidad civil, y, en este sentido, el inciso segundo establece que el importe de la fianza se fijará en el mismo auto y no podrá bajar de la tercera parte más de todo el suma probable de las responsabilidades pecuniarias. Igualmente, el art. 591 de la LECrim atribuye al juez la facultad de decidir si un concreto medio de pago será suficiente para garantizar la inmediata disponibilidad del dinero. En adición a la modalidad pignoraticia, hipotecaria, o mediante caución que podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca, se prevé igualmente la fianza personal, si bien, no se admitirá como fiador al que lo sea o hubiese sido de otro hasta que esté cancelada la primera fianza, a no ser que tenga, a juicio del juez o tribunal, responsabilidad notoria para ambas.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal no prevé la intervención del Ministerio Fiscal, a salvo de que, la adopción por el juez de instrucción de una medida cautelar patrimonial, pueda ser llevada a efecto por solicitud de parte acusadora o instancia del Ministerio Fiscal y, sin perjuicio, de la obligación de intervención del Ministerio Público que impone el artículo 594 LECm cuando establece que los títulos de propiedad relativos a las fincas ofrecidas en hipoteca se examinarán por el Ministerio Fiscal.

medida al de un juez”, Vide MORENO CATENA V., “El papel del juez y del fiscal durante la investigación...”, op. cit., págs. 85–86.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, tal como se ha puesto de manifiesto en el Capítulo II de esta tesis, encuentra su origen en los trabajos realizados por la Subcomisión para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal fue creada en el año 2004 en el seno de la Comisión General de Codificación, con el encargo de redactar un nuevo texto procesal penal actualizado⁸⁹⁰. En lo que respecta a las medidas cautelares, ASECIO afirma que “los principios que inspiraron la propuesta contenida en el borrador que se aportó por la Sección Especial al Ministerio de Justicia y cuya finalidad era la de superar las deficiencias señaladas, así como avanzar en una regulación que unificara el sistema de medidas cautelares, que evitara la dispersión normativa y que contemplara todas las resoluciones de las que adolece nuestra ley vigente, tanto en lo referido a las alternativas, como a las medidas restrictivas de derechos tan necesarias para combatir, por ejemplo, la corrupción, delito éste cuya persecución precisa de la adopción de medidas procesales adecuadas a su propia naturaleza”⁸⁹¹.

En concreto, la regulación que fue dada en el meritado Borrador de 2004 de Ley de Enjuiciamiento Criminal a las medidas cautelares reales, difiere de la diseñada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se caracteriza por una regulación sistemática y racional de las mismas, por limitar la obligación que el artículo 108 impone al Ministerio Fiscal en cuanto al ejercicio conjunto de la acción civil, así como por mantener íntegramente la facultad de concesión de tales medidas al juez de instrucción, con exclusión del fiscal. En este sentido, su art. 2 establece que toda resolución cautelar deberá ser adoptada mediante resolución judicial salvo la detención y las medidas restrictivas de la libertad, que expresamente la Ley atribuya al Ministerio Fiscal y a la

⁸⁹⁰ Por su especial interés histórico, FUENTES destaca que la creación de la “Comisión con el subsiguiente encargo de redactar el Borrador de un nuevo texto procesal penal tuvo lugar siendo Ministro de Justicia Juan Fernando López Aguilar, durante la primera legislatura del Presidente José Luis Rodríguez Zapatero (2004– 2008). El cambio de titular en dicha cartera, siendo éste inicialmente sustituido por Mariano Fernández Bermejo y posteriormente éste, por el actual —al momento en el que se redactan estas páginas— Francisco Caamaño Domínguez frenó el desarrollo legislativo del Borrador que en su día se redactó”. Vide FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., págs. 194–195.

⁸⁹¹ ASECIO MELLADO J.M., “La reforma del sistema de medidas cautelares...”, op. cit., pág. 299.

policía; y, en segundo término, dispone como requisito subjetivo, que las medidas cautelares sólo podrán ser adoptadas por el juez a instancia de parte⁸⁹².

En cuanto la regulación de las medidas cautelares civiles relativas al aseguramiento de las responsabilidades civiles dimanantes del delito, el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal del 2011 no ofrece novedades relevantes respecto de la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882. Así se desprende de su Exposición de Motivos que declara que “cuando las cautelas reales tiendan al aseguramiento del pago de las diversas responsabilidades pecuniarias, el juez determinará en su resolución una cantidad líquida y suficiente para cubrir el importe total de las mismas incrementadas en un tercio”⁸⁹³. El articulado no desmiente a la Exposición de Motivos, y dispone en sus números 223 y 224 que “desde que resulten indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo por persona determinada que pueda dar lugar a la existencia de responsabilidades de carácter patrimonial, el juez podrá, a instancia de parte, adoptar medidas cautelares dirigidas a su aseguramiento” y que, además, “podrán solicitar medidas cautelares reales para asegurar la responsabilidad civil quienes puedan ejercitar la acción civil en el proceso penal con arreglo a lo dispuesto en esta ley”. De ello se deduce, que el Anteproyecto no contempla que las medidas cautelares aseguradoras de la responsabilidad civil puedan ser adoptadas por el Ministerio Fiscal.

En lo que al presente trabajo afecta, que no es el estudio de la regulación de las medidas cautelares, sino la distribución subjetiva de éstas dentro de la fase instructoria y, más concretamente, proponer —de conformidad con un fundamento razonado— que no existe obstáculo alguno para que la decisión sobre las medidas aseguratorias de la responsabilidad civil recayese sobre el fiscal; el Anteproyecto sostiene el criterio dominante que exige que las medidas han de ser adoptadas por el juez a instancia del Ministerio Fiscal o de parte acusadora. En definitiva, se exaspera el principio acusatorio llevándolo hasta sus máximas consecuencias, de forma que impide que el Ministerio Fiscal como parte procesal formal o especial, tome decisiones que afecten al imputado,

⁸⁹² *Ibíd*em, pág. 336.

⁸⁹³ Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011, apartado XXXII.

reservándolas al juez⁸⁹⁴. No obstante, ha de insistirse que no cabe extrapolación del principio acusatorio a la decisión cautelar relativa a la responsabilidad civil que se encuadra dentro del marco de aseguramiento de un derecho privado al resarcimiento económico, y que puede ser adoptada sin merma de garantías para el Justiciable por el Ministerio Fiscal, que en la fase instructoria ha de ser absolutamente imparcial, con recurso judicial a su decisión —preferentemente— ante un tribunal colegiado.

El intento de reforma integral procesal protagonizado por el Borrador de Ley procesal penal del año 2013, fue auspiciado por el anterior Ministro de Justicia Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez. El Consejo de Ministros, en su reunión del día 2 marzo de 2012, aprobó un acuerdo por el que se creaba una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal⁸⁹⁵. El resultado, sin embargo, no ha podido alcanzar las expectativas depositadas en el mismo, ya que quiebra la autonomía procesal del fiscal y, en consecuencia, construye un sistema carente de congruencia interna. En este sentido, TORRES-DULCE LIFANTE, actuando como Fiscal General del Estado, ha mostrado su desilusión con esta regulación, y cabe recordar sus palabras pronunciadas en el Acto de Apertura del Año Judicial del año 2013, en cuyo marco, afirmó que el Borrador “incurre en la fase preparatoria en una grave inconsecuencia. Atribuir la dirección de la investigación criminal al fiscal y negarle al mismo tiempo la capacidad de maniobra precisa para llevarla a buen término. Particularmente grave es el recelo que muestra hacia a figura del fiscal, pues le somete a un constante escrutinio de su actividad investigadora por el tribunal de garantías”⁸⁹⁶.

⁸⁹⁴ Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal denomina profusamente al Ministerio Público “parte procesal”, no obstante, no es menos cierto que tal denominación colisiona con la significación constitucional del Ministerio Fiscal como representante de los derechos de los ciudadanos —de todos ellos— incluido el encausado y, por tanto, la propia denominación de parte que, por definición, significa: *lo que no es todo*, no puede aplicarse al Ministerio Fiscal.

⁸⁹⁵ Resolución de 8 de marzo de 2012, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión Institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, publicada en el B.O.E. el 13 de marzo de 2012.

⁸⁹⁶ TORRES-DULCE LIFANTE E., Acto de apertura del año judicial, Tribunal Supremo, 16 de septiembre de 2013.

El Borrador del Anteproyecto de Ley de 2013, dedica a las medidas cautelares su Libro Tercero y, dentro de éste, a la particular regulación de las medidas cautelares reales reserva su Título Tercero e, ínsito en éste, la regulación de las medidas cautelares relativas al aseguramiento de la responsabilidad civil dimanante del delito se encuentra declarada en su Capítulo Tercero. El sistema regulatorio cautelar, tal como adelanta la Exposición de Motivos, no aporta novedad alguna, exigiéndose en todo caso para la adopción de las medidas cautelares, una resolución judicial que no podrá acordarse sino a instancia del Ministerio Fiscal, o por solicitud de las acusaciones particulares o del actor civil. La regulación subjetiva que contiene, respecto de las medidas cautelares reales aseguradoras de la responsabilidad civil, tampoco aporta novedad alguna. Sostiene el criterio restrictivo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el sentido de exigir que sean adoptadas —universalmente— por resolución judicial, sin aportar, por tanto, ninguna especialidad destacable en su vertiente subjetiva, si bien, adiciona supuestos materiales de aplicabilidad. En este sentido, su Exposición de Motivos afirma que el Borrador añade: “la posibilidad de suspensión de los efectos del negocio jurídico constitutivo del delito objeto del proceso, la obligación de efectuar pagos periódicos, las prohibiciones de hacer o no hacer” y “una cláusula admitiendo cualquier otra medida conducente a garantizar la eficacia de la tutela que se pretenda con la acción civil”.

Desde luego, si bien resulta, —hasta cierto punto— connatural al sistema acusatorio mixto post inquisitorial propio de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal, otorgar un papel preponderante al juez en la adopción de las medidas cautelares, ha de calificarse de sorprendente que el Borrador de 2013 de Código procesal penal haya seguido el mismo esquema procesal, otorgando absolutamente la decisión sobre las medidas cautelares al juez, con exclusión del fiscal. Los redactores del Borrador han perseguido lograr la culminación del sistema acusatorio diseñando un sistema en el que, la acusación privada o el Ministerio Público proponen la medida y el juez —ajeno e incontaminado— decide acordarla —o denegarla—. Lamentablemente, el resultado de un sistema así planteado no es idóneo. Acoger tal modelo —por razón de la inherente complejidad y lentitud asociada a su petición y adopción por un

judicial— resultará en una violación sistemática del derecho del sospechoso a una instrucción procesal sometida a plazos de actuación⁸⁹⁷.

El Borrador de 2013 diseña, en definitiva, un sistema carente de agilidad, que perjudica a la víctima y que trata de otorgar al imputado unas garantías excesivas e innecesarias en perjuicio de aquella, arrojando como producto una enorme discordancia entre las garantías sobre el patrimonio del imputado como acusado en un proceso penal y las garantías concedidas al meramente considerado como un infractor tributario por la administración de Hacienda. Para apreciar la disparidad entre las garantías del imputado en un proceso criminal y del investigado administrativamente por eludir sus obligaciones tributarias, resulta suficiente acudir a la Disposición Adicional decimonovena de la Ley General Tributaria, que se declara que en los supuestos en que la defraudación tributaria se halle judicializada, —de conformidad con el Código Penal, cuando el importe de lo defraudado sea superior a 120.000 euros en una declaración o ejercicio—, el funcionario tributario podrá seguir adoptando las medidas cautelares reguladas en el art. 81 del mismo cuerpo legal, pero de tales actuaciones, sus incidencias y resultados se dará cuenta inmediata al juez penal, que resolverá sobre la confirmación, modificación o levantamiento de las medidas adoptadas⁸⁹⁸.

De tal regulación se desprende que, el obligado tributario que haya defraudado menos de 120.000 euros, goza de inferior grado de garantía y se halla menos protegido respecto de las medidas cautelares que pueden ser adoptadas administrativamente sobre su patrimonio, que el gran defraudador que haya defraudado más de 120.000 euros ya que; mientras el primero, sufrirá las medidas cautelares impuestas por la Administración tributaria ante las que sólo le cabe el recurso administrativo y, después, el contencioso administrativo para intentar alzarlas; el segundo, obtendrá automáticamente la posibilidad de que tales medidas sean alzadas, a su instancia o a la del fiscal —o

⁸⁹⁷ Expresivamente, RAMOS advierte: “si uno se asoma a la práctica para ver en cuantos casos se completan las piezas de responsabilidad civil de las causas, se llevará un chasco. En múltiples casos la dejadez y la tardanza se traducen en una patética declaración de insolvencia. Tampoco es éste el espíritu de las medidas cautelares”, Vide RAMOS MÉNDEZ F., *El proceso penal*, Barcelona, 2000, pág. 178.

⁸⁹⁸ El apartado segundo, inciso primero, del art. 305 del Código Penal, declara que si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural.

incluso— de oficio por el juez de la instrucción o, —en caso de se hubiese dictado la apertura del juicio oral—, por el órgano judicial penal, ya fuere un magistrado unipersonal o un tribunal colegiado. Y, todo ello, amparado en un proceso criminal que —a salvo la concurrencia de acusaciones particulares o populares—, no conoce de las costas procesales.

De la anterior amalgama legislativa, se desprende que las medidas cautelares reales en el proceso penal podrían —y deberían— ser adoptadas por el Ministerio Fiscal, que es un órgano de relevancia constitucional integrado —aunque solo formalmente— con autonomía funcional en el Poder Judicial, debiéndose articular un recurso judicial que garantice que no exista merma alguna de las garantías constitucionales del imputado que, al fin y al cabo, —en esencia— se concretan en la observancia el artículo 33 de la Constitución, precepto ajeno al núcleo de derechos fundamentales contenidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución⁸⁹⁹.

En lo referente a la regulación contenida en el Derecho comparado, ha de adelantarse que, como regla general, en las legislaciones de los Estados de nuestro entorno jurídico, no se prevé que los miembros de los distintos ministerios públicos nacionales puedan adoptar medidas cautelares reales en el ámbito de la responsabilidad civil. Caso paradigmático es el italiano donde, a pesar de la garantía de independencia fiscal contenida en el arts. 107 de la Constitución Italiana de 21 de diciembre de 1947, el *Codice di Procedura Penale*, no admite la posibilidad de que las medidas cautelares reales relativas al aseguramiento de la responsabilidad civil de la persona penalmente imputada, sean acordadas por el fiscal. El *Codice* reserva su Libro IV a las medidas cautelares en el proceso penal, y dentro de él, dedica su Título II a la regulación de las medidas cautelares reales y en concreto, sus arts. 316 y 317 declaran la reserva judicial⁹⁰⁰.

⁸⁹⁹ Vide art. 2 de la Ley 50/1981 reguladora del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. La doctrina, de forma mayoritaria, tal como se trata en profundidad en el Capítulo I de este trabajo, estima que no existe integración fáctica de la Pública Institución en el Poder Judicial.

⁹⁰⁰Codice di Procedura Penale, art. 316. 2. “Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto

Por el contrario, a pesar de la dependencia jerárquica de los fiscales alemanes consagrada por la Ley de la Judicatura —*Gerichtsverfassungsgesetz*— (§§ 145–148), la Ordenanza Procesal Penal —*Strafprozeßordnung*— opta por un sistema mixto en el que, si bien le corresponde al juez la decisión ordinaria sobre medidas embargo y aseguramiento; el fiscal —en los supuestos que así lo exijan— puede acordar igualmente embargos y aseguramientos patrimoniales. Si éstos se refieren a bienes inmuebles deberá interesar del juez su conformación en el plazo de una semana. Si por el contrario, se refieren a bienes muebles, no será preciso para su validez confirmación judicial alguna (§ 111.e 1 y 2 StPO)⁹⁰¹. El fiscal alemán, también, podrá ordenar la inscripción registral de los embargos o medidas cautelares por él adoptados⁹⁰².

Ha de sostenerse que es posible —en términos constitucionales— legislar una normativa procesal que designe al Ministerio Fiscal como el órgano constitucional encargado de acordar estas medidas cautelares en el seno del sistema penal, puesto que, —en definitiva— su adopción no participa del principio de exclusividad jurisdiccional por no constituir una función reservada al órgano jurisdiccional, tal como lo demuestra el hecho de que la Ley General Tributaria permita que la adopción de medidas cautelares reales sea una actividad ejercida habitualmente por la administración española. Cuestión distinta, será determinar la deseabilidad de su asunción. Si el futuro diseño estatutario del Ministerio Público se regula conforme a la naturaleza de la Institución que se desprende de garantías constitucionales que le otorgan los dos principios funcionales contenidos el art. 124 de la Constitución —de conformidad con lo expuesto a lo largo de este trabajo— ha de sostenerse que si es conveniente que el fiscal asuma esta función cautelar a fin de poder garantizar, de forma efectiva, el resarcimiento económico de la víctima y, también, que los importes económicos asegurados se adecúen en todo el territorio nacional al principio de unidad de actuación.

dal comma 1. Art. 317. 1. Il provvedimento che dispone il sequestro conservativo a richiesta del pubblico ministero o della parte civile è emesso con ordinanza del giudice che procede”.

⁹⁰¹ § 111.e. 2 StPO. “Hat die Staatsanwaltschaft die Beschlagnahme oder den Arrest angeordnet, so beantragt sie innerhalb einer Woche die gerichtliche Bestätigung der Anordnung. Dies gilt nicht, wenn die Beschlagnahme einer beweglichen Sache angeordnet ist. Der Betroffene kann in allen Fällen jederzeit die Entscheidung des Gerichts beantragen”.

⁹⁰² Cfr. ROXIN C., *Stafverfahrensrecht*...op. cit., págs. 50–51.

Por otro lado, ciertamente, ha de ponerse de manifiesto que el sistema actual de reserva judicial no es, precisamente, modélico en garantías. En este sentido, cabe recordar que GIMENO ha denunciado que “las inquisiciones generales ya no se caracterizan, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, por el abuso incontrolado de las medidas cautelares penales, sino de las civiles, fundamentalmente mediante la imposición, contra el imputado, de desorbitadas fianzas de responsabilidad civil en el auto de apertura del juicio oral, que, a diferencia del de transformación del Proceso Penal en Abreviado, no es susceptible de recurso de apelación”⁹⁰³.

Sin perjuicio de hacer mía la crítica formulada por el ilustre autor, en adición a ella, ha de destacarse que —cualquiera que fuere el momento en que se acordaran las medidas— la errónea configuración legal contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permite la desvinculación del juez respecto del *petitum* de parte en la fijación judicial de la cuantía de la fianza civil, hecho éste, que resulta inaudito si lo que se pretende garantizar con la decisión juez es, precisamente, la desvinculación o ajeneidad de éste respecto del ejercicio de la acción. Lo cierto es, que puede calcularse por el juez el importe que considere adecuado para satisfacer la cuantía de la hipotética futura condena en sentencia firme incrementada en un tercio. Ha de afirmarse que, ya quiera hacerse uso del principio dispositivo civil que exige congruencia entre lo que se pide y lo que se puede obtener o, ya quiera seguirse el principio acusatorio que exige separación de las funciones judiciales y acusadoras; la actual regulación procesal hace al juez parte y le permite calcular el importe final de la responsabilidad civil sin atenerse a lo interesado por las partes.

Si ha de compararse la vigente regulación de la LECrim, con la regulación contenida en el Anteproyecto de 2011, debe destacarse que éste ofrece una enigmática respuesta al disponer que: “en la resolución por la que se acuerde la adopción de medidas cautelares reales, fijará el juez, a la vista de las peticiones de las partes, la cantidad líquida suficiente para cubrir las responsabilidades pecuniarias, incrementadas en un tercio” (art. 228), sin que pueda, por tanto, inferirse si la expresión “a la vista de las peticiones de las partes” exige —o no— sujeción al importe superior por ellas marcado. Si ha de compararse con el Borrador de 2013 —como era de esperar— su

⁹⁰³ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...”, op. cit., pág. 84.

articulado no permite lugar a la duda y dispone que la cuantificación de las fianzas y embargos se llevara a efecto por el juez sin referencia alguna a la necesidad de congruencia con el importe interesado (art. 236).

Deviene paradójica la libertad judicial para establecer la cuantía de la fianza cautelar. Si ya es difícil explicar —teóricamente— la legitimación procesal del Ministerio Fiscal en el ejercicio de las funciones civiles que le encomienda el art. 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que exige a los fiscales pretender la satisfacción económica de la víctima, resulta —difícilmente superable— la aventura de justificar qué función tutelar del juez —de instrucción o de garantías o de libertades— puede autorizarle a exigir al imputado el pago de una fianza civil en cuantía superior a lo solicitado por el propio querellante o a lo interesado por el Ministerio Fiscal.

Con esfuerzo e inteligencia, GÓMEZ ORBANEJA justificó teóricamente la función tutelar del Ministerio Fiscal con su posición procesal como actor civil, sobre la base de la Teoría de la subrogación, por la que pretende explicar el ejercicio de funciones civiles en el proceso penal por el fiscal, “como una subrogación de la propia jurisdicción en interés del subrogado”, sosteniendo que la legitimación de la Pública Institución en el ejercicio de la acción penal viene a absorber, por imperio de la ley, los intereses patrimoniales de los perjudicados⁹⁰⁴. Con ello, se trata de superar la teoría de la representación y la de la sustitución que no son capaces de satisfacer plenamente el encaje teórico del fiscal en el ejercicio de funciones civiles en el proceso penal.

Pues bien, si la justificación teórica de la legitimidad del Ministerio Fiscal en sus actuaciones civiles en el seno en el proceso penal resulta, ciertamente, compleja, no obstante las funciones constitucionales y legales que encomiendan al fiscal la tutela de los derechos de los ciudadanos conforme al art. 124.1 de la CE, al art. 3.10 del Estatuto orgánico de Ministerio Fiscal de 1981 y, también, al art. 773.1 Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882⁹⁰⁵; ha de afirmarse que no es posible, en forma

⁹⁰⁴ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, op. cit., Vol. II, págs. 374–375, citado por FONT SERRA E., *La acción civil en el proceso penal...* op. cit., págs. 36–37.

⁹⁰⁵ Vide art. 124.1 de la CE que establece que el Ministerio Fiscal tiene por misión promover “los derechos de los ciudadanos”. También, el art. 3.10 del Estatuto orgánico de Ministerio Fiscal que establece que éste tiene por misión “velar por la protección procesal de las víctimas”.

alguna, justificar el contenido de los arts. 589 y 764 de la LECrim ya que, si bien exigen petición del fiscal o de parte, de modo contradictorio, en caso de acordarse, imponen al juzgador un importe legal mínimo de caución desvinculado de la petición y, en segundo término, permiten que el juez instructor se transforme en parte y se arrogue funciones de actor para determinar la cuantía de la caución con el límite inferior del importe probable de las responsabilidades pecuniarias civiles en el proceso penal incrementadas en una tercera parte, sin observar congruencia *extra petitum* con la pretensión que se haya interesado.

Si se quiere encontrar una justificación a la existencia de esta función autónoma y tutelar judicial respecto de la responsabilidad civil cautelar *ex delicto* en el marco del proceso penal y a su ausencia en el procedimiento de exacción de la responsabilidad cautelar *ex delicto* el seno del proceso civil, será preciso poseer, no ya una docta teoría, sino —ciertamente— una nutrida imaginación⁹⁰⁶.

A mayor abundamiento, si se atiende a la redacción literal del art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, —respecto del sumario en el proceso ordinario— y, al tenor literal del art. 764.1 —respecto de las diligencias previas en el proceso abreviado— para la adopción de medidas cautelares patrimoniales no ha de exigirse —como requisito necesario— la concurrencia de petición del Ministerio Fiscal o de parte por lo que —en puridad— éstas pudieran ser acordadas de oficio por el juez. Es cierto, no obstante, que la literalidad de los anteriores preceptos procesales contradice, precisamente, al propio art. 764.2 del mismo cuerpo legal, que dispone que a los efectos de la exacción cautelar de la responsabilidad civil —incluyendo las costas— se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, resulta obvio, por conocido, que el primer

En el mismo sentido, el art. 773.1 de la LECrim, dispone que el fiscal “velará por los derechos de la víctima”.

⁹⁰⁶ Vide, por todas, TRIBUNAL SUPREMO, Sala II, Sentencia núm. 854/2011, de 24 de noviembre, FD 3º. Ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL J. R. El Alto Tribunal insiste en la exigencia de que las resoluciones judiciales civiles sean congruentes con el *petitum*: “la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta el *petitum* (la petición) y la causa petendi (causa de pedir) o hechos en que se fundamente la pretensión deducida (...) y adquiere relevancia constitucional, infringiendo no sólo los preceptos procesales (artículo 218, apartado 1, Ley de Enjuiciamiento Civil) sino también el artículo 24 de la Constitución”.

presupuesto del proceso civil se halla constituido por el principio de Justicia rogada, que exige que los asuntos se decidan en virtud de “las pretensiones de las partes” (art 216 L.E.C.).

En definitiva, nuestra 66 veces parcheada Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882⁹⁰⁷, es portadora de un cúmulo de contradicciones que son consecuencia de la evolución social y jurídica acontecida durante el siglo XX marcada por hitos tan importantes como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, o el Convenio Europeo de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, o el Pacto Internacional de Derechos y Civiles Políticos de 16 de diciembre de 1966⁹⁰⁸. Los principales Estados democráticos continentales y americanos han aprobado nuevos Códigos procesales, que han pretendido la definitiva eliminación del sistema inquisitivo y su integración —en mayor o menor grado— en el sistema acusatorio formal, dando lugar a la superación del modelo napoleónico y a la recepción de una nueva y avanzada concepción generalizada del proceso penal democrático. No obstante las lecciones de derecho comparado, el egoísmo histórico del legislador español, ha propiciado que nuestro sistema procesal penal se encuentre lastrado en garantías y en eficiencia, guiado durante el transcurrir de los siglos XIX, XX y XXI por

⁹⁰⁷ De las 66 leyes de reforma, 43 han sido aprobadas desde la proclamación de la CE y, de estas, 27 han gozado del carácter de orgánicas. La siguiente reforma prevista se halla constituida por Proyecto de Ley, de 1 de julio, de 2014, del Estatuto de la víctima del delito.

⁹⁰⁸ En este sentido —ha de insistirse— la ONU denuncia que el sistema procesal de la LECrim viola el derecho del reo a la doble instancia penal ordinaria requerido por el art. 14.5 (en relación con el art. 2.3.a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, por razón de que niega al condenado por la sentencia de la Audiencia Provincial, su derecho a un recurso ordinario contra el fallo condenatorio y la pena declarada, sustituyéndolo por un recurso de casación ante la Sala II del Tribunal Supremo —por gozar del carácter extraordinario— no satisface el derecho vulnerado. Vide Dictamen del COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS de la Organización de las NACIONES UNIDAS, de 22 de julio de 2005 (comunicación núm.1095/2002, caso Gomáriz Valera c. España), y de 15 de noviembre de 2006 (comunicación núm. 1332/2004, caso García Sánchez y González Clares c. España). Cfr. ASENSIO MELLADO J.M., *Derecho procesal penal...op. cit.*, pág. 307. También, BACIGALUPO, E., *El debido proceso...op. cit.*, págs.131–153. CALDERÓN CUADRADO M.P., “El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal...”, *op. cit.*, págs. 367 y ss. Cfr., también, MORENO CATENA V. “El recurso de apelación y la doble instancia penal...”, *op. cit.*, págs 9–10. En términos similares al Pacto de Nueva York, se expresa el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Protocolo VII, art. 3.

una ley que, en concordancia con los criterios procesales actuales, ha de ser calificada de incompleta, desordenada, contradictoria e incoherente.

Conviene recordar —*de lege ferenda*— las palabras de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, cuando afirman que “el fin del proceso es siempre práctico” y, ciertamente, ha de ser comprendido por el legislador que no puede resultar práctico ventilar los asuntos judiciales con una ley nacida hace 130 años, por muchas veces que se haya modificado su articulado⁹⁰⁹. Con razón, FUENTES afirma que “debiera causar sonrojo a los poderes públicos que, desde hace décadas, se reiteren artículos doctrinales cuyo comienzo consista en reclamar una y otra vez la necesaria e inaplazable reforma de la LECrim”, ya que “el mantenimiento en un Estado democrático y de Derecho, en pleno siglo XXI, de un sistema de enjuiciamiento criminal que data del siglo XIX (concretamente de 1882) denota, entre otras cosas, un alarmante déficit de calidad democrática que debiera ser rápidamente y por consenso subsanado”⁹¹⁰. También, GIMENO sostiene que “nuestra decimonónica LECRIM no admite más remiendos” y que “el estado actual de nuestra Justicia penal pone de relieve la exigencia de abandonar la política de reformas parciales”⁹¹¹. Ha de insistirse sobre la necesidad de promulgar una nueva ley procesal que integre nuestro modelo instructorio en el marco del sistema acusatorio formal avanzado de investigación fiscal que sea conforme, no sólo con los principios y preceptos constitucionales sino, también, con la exigencia de persecución efectiva del crimen —de forma igualitaria— que requiere nuestro Estado de Derecho.

⁹⁰⁹ GÓMEZ ORBANEJA E. y HERCE QUEMADA, *Derecho y proceso...* op. cit., pág. 4.

⁹¹⁰ FUENTES SORIANO O., “Sobre el Fiscal instructor instructor y la igualdad de las partes...”, op. cit., pág. 192. En el mismo sentido, CABEZUDO afirma que la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal “ya sea por su ancianidad, ya lo sea por una política legislativa errática y escasamente armónica en la gestión de esas fragmentarias actualizaciones, se nos muestra como un texto caduco y poco apto para afrontar los retos de la sociedad actual”, Vide CABEZUDO RODRÍGUEZ N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio...”, op. cit., pág. 187. Compartiendo la absoluta necesidad de reforma, a mi juicio, ha de adaptarse —*ex ante*— el Estatuto orgánico del fiscal a una posición de mayor independencia funcional. Vide DEL MORAL GARCÍA A., “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico...” op. cit., págs. 215 y ss.

⁹¹¹ GIMENO SENDRA V., “La reforma de la LECrim y la posición del MF...”, op. cit., págs. 79 y 86.

CONCLUSIONES

1. Resulta necesario dictar *ex novo* una regulación instructoria en el marco de una nueva ley procesal criminal que sustituya a la actual Ley de 1882, sobre la base del Borrador de 2004, del Anteproyecto de 2011 y del ejemplo del Derecho comparado, particularmente de la Ordenanza procesal alemana. Han de ser rechazadas —radicalmente— las reformas parciales.

2. Dentro de los dos sistemas criminales posibles en abstracto —adversarial y acusatorio formal— resulta preferible mantener el sistema acusatorio formal. Entre los dos modelos de sistema formal —con juez instructor y fiscal supervisor o con juez de garantías y fiscal investigador— debe acogerse el modelo avanzado de fiscal investigador para poder lograr que el sistema español afirme su carácter acusatorio y pueda afrontar —con éxito— la instrucción de los procesos penales en un plazo razonable.

3. El sistema adversarial, a pesar de expresar la consagración del principio acusatorio, ha de ser rechazado como modelo para el proceso español, por 2 razones: en primer lugar, por el efecto combate, en cuanto que el sistema no es capaz de impedir que el acusador público —con frecuencia motivado por intereses políticos— persiga la condena del justiciable antes que la realización de la Justicia. Y, en segundo término, por el efecto riqueza o Justicia de los ricos, que privilegia una administración de Justicia criminal contraria al principio de igualdad, beneficiando —particularmente— a quien posee medios económicos para satisfacer una defensa preparada y una investigación diligente, sin que la institución de la *disclosure obligation* o *Brady rule* —por constituir una regulación *de mínimos*— sea capaz de enervar el efecto riqueza.

4. El sistema acusatorio mixto o formal español —lastrado con la institución de origen inquisitorial del juez instructor— ha de evolucionar hacia un sistema acusatorio formal avanzado en el que concurren —en la medida de lo posible— las ventajas acusatorias del sistema adversarial y el beneficio propio o connatural a una investigación oficial llevada a efecto por un fiscal, que habrá de gozar de un Estatuto que promueva su imparcialidad, y de una legislación procesal criminal que garantice el acceso del

imputado al expediente instructorio, así como el recurso judicial ante el decreto de denegación de diligencias por él acordado.

5. La sujeción del Ministerio Fiscal al principio de legalidad en su aspecto negativo —obligatoriedad del ejercicio de la acción penal— se fundamenta, únicamente, en normas de rango legal. No existe impedimento constitucional que pueda colisionar con una futura implementación del principio de oportunidad reglada en la actuación del acusador público español. A mayor abundamiento, en el Ordenamiento jurídico cohabitan, en la actualidad, figuras —tanto en textos procesales cuanto en sustantivos— de discrecionalidad por motivos de interés público.

6. Deben ampliarse los supuestos legales de aplicación del principio de oportunidad reglada a la no incoación de diligencias por el fiscal y al sobreseimiento judicial interesado por el fiscal, respecto de los delitos cometidos por delincuentes primarios, siempre que se haya procedido a la reparación del daño, y que la infracción criminal se halle castigada en abstracto con un pena no superior a tres años de privación de libertad. En los supuestos de delitos condicionados por la adicción a las drogas o cualesquiera otras sustancias de idénticas consecuencias, la no incoación o el sobreseimiento deberán poder hacerse depender del sometimiento del imputado a tratamiento médico o rehabilitador. Las decisiones de no incoación o de sobreseimiento cuando se dicten por razones de oportunidad —con exclusión de otros motivos—, no deberán poder ser recurridas por la acusación particular ni popular, ya que éstas han de entenderse excluidas en su legitimación para oponerse a la aplicación de medidas fundadas en criterios de oportunidad.

7. El sometimiento del fiscal al principio de legalidad en su aspecto positivo —sujeción a la ley— permite conjugar la necesaria relación del Poder Ejecutivo y del Ministerio Público para que éste pueda ejecutar la política criminal diseñada por aquel, filtrándola a través del principio de legalidad y, consecuentemente, vetándola si no se adecúa a la Ley. Sin embargo, el principio de legalidad constituye una frontera permeable a la parcialidad, por ser franqueable por el gubernamentalmente designado Fiscal General del Estado o, por medio de cualquiera de las jefaturas de la Pública Institución, designadas y renovadas discrecionalmente por aquél. El Poder Ejecutivo podría —en hipótesis— hacer uso de su vinculación con un FGE de carácter dócil para lograr que

éste, a través de instrucciones particulares o por medio de la institución de la designación de fiscal determinado para asunto concreto, o por la avocación de causas o por un sistema de reparto de asuntos, intentara promover una actuación parcial de los representantes del Ministerio Fiscal. Con la actual legislación procesal y estatutaria, si estas intromisiones *de facto* no ocurren, solamente se debe a la excepcional rectitud de carácter de las personas que ocupan tales puestos.

Con instrucciones públicas y generales en materia funcional provenientes de un Fiscal General del Estado designado gubernamentalmente puede seguir garantizándose la legitimidad democrática del fiscal, la articulación del ejercicio de la política criminal y la consolidación del principio de unidad de actuación y, —simultáneamente— a través de la proscripción de las instrucciones sobre asuntos particulares, de la prohibición de la designación de fiscal determinado para asunto particular, y de la interdicción de la institución de la avocación de las causas, podrá asegurarse la imparcialidad de cada uno de los representantes del Ministerio Fiscal. Esta doble característica de independencia concreta y de unidad de actuación general permitirá, también, que el fiscal pueda asumir —con garantías de imparcialidad— el ejercicio del principio de oportunidad reglada a fin de erradicar las dilaciones del proceso penal. Ha de exigirse, también, una proclamación legal que estatuya el respeto a la necesaria interconexión entre el reparto de asuntos y el concepto abstracto del fiscal predeterminado por la ley.

8. El principio constitucional de imparcialidad del Ministerio Fiscal se halla huérfano de regulación legislativa material. El contenido del art. 7 del EOMF que pretende desarrollar el principio de imparcialidad del Ministerio Fiscal es confuso y estéril. El precepto integra en sí mismo, una mixtura de tres conceptos, a saber —imparcialidad, objetividad e independencia— que, obvio es afirmarlo, exigen un tratamiento técnico jurídico más elevado que aquél que el legislador ha querido procurarles. Es igualmente censurable el uso —a modo de sinónimos— que, de forma impropia de un legislador responsable y, desde luego, más literaria que jurídica, hace el artículo estudiado de los precitados términos, sin pretender —como hubiera sido deseable— proporcionar una definición jurídica del significado de imparcialidad del fiscal, conforme a los criterios sostenidos por la doctrina más relevante y por la práctica del foro.

9. La dependencia jerárquica no es un verdadero principio rector ni, tampoco, informador del Ministerio Fiscal. La dependencia solamente encuentra su sentido y naturaleza en tanto sirve para auxiliar al cumplimiento de las instrucciones generales y —en consecuencia— al principio de unidad de actuación y carece de cualquier razón de existir en cuanto no coadyuve a tal fin. Ha de censurarse la promoción legislativa de la dependencia jerárquica con el innombrado y, no obstante, —latente— fin de poder controlar la acción del fiscal en beneficio del Gobierno de turno. En el aspecto funcional, las instrucciones generales son fuente de la legitimidad democrática del fiscal al coadyuvar a la transmisión de la política criminal (art. 97 CE), al tiempo que sirven al fortalecimiento del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y al de unidad de actuación (124.2 CE). Por el contrario, las instrucciones particulares, pueden dar lugar a la violación del principio de igualdad ante la ley.

10. En el ámbito organizativo el Ministerio Público debe ostentar —de forma exclusiva— todas las competencias orgánicas que afecten a sus representantes por medio de los siguientes instrumentos: a) un sistema de designación de las jefaturas que abandone el modelo parcialmente subjetivo diseñado por el EOMF, por una nueva normativa que se fundamente exclusivamente en criterios objetivos, de mérito y de capacidad, como exigen los arts. 23.2 y 103.3 de la CE, a fin de que el fiscal sea percibido por la sociedad como imparcial, b) la debida consolidación de la independencia presupuestaria del Ministerio Público, que es necesaria con el fin de evitar potenciales injerencias gubernamentales por medio del estrangulamiento económico y, c) el ejercicio de la potestad sancionatoria respecto de los miembros de la Pública Institución, que deberá ejercitarse únicamente por el propio Ministerio Fiscal con expresa exclusión del Ministerio de Justicia. La disposición contenida en el artículo 67 del Estatuto relativa a la competencia del Ministro de Justicia para conocer del recurso en alzada contra las decisiones del Fiscal General en materia sancionatoria —o incluso— para resolver sobre la propuesta de FGE de sanción de separación de la Carrera Fiscal, constituye un importante elemento de dependencia *ad extra*. Frente a las resoluciones del Consejo Fiscal en materia disciplinaria, no resulta comprensible ni justificable, la existencia de cualquier otro órgano distinto al judicial, para conocer de los recursos que, en su caso, hayan de formularse.

11. El modelo de investigación fiscal requiere la adscripción funcional al Ministerio Fiscal de unidades policiales y periciales. Además, el Ministerio Público —en el ámbito orgánico— deberá poder ejercer potestades sancionatorias sobre la actuación de las unidades de policía judicial en cumplimiento de las Recomendación 2000 (19) del Consejo de Europa, para lograr la efectiva vinculación de los agentes de la autoridad a la dirección fiscal de la investigación.

12. En un modelo de investigación por el Ministerio Fiscal, el respeto del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, exige tener presente: a) que la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales —a pesar de no haber sido traspuesta al Ordenamiento español— es aplicable desde el 2 de junio de 2014 de conformidad con el efecto directo vertical de las Directivas europeas y, en consecuencia, cualquier regulación futura ha de reconocer que el imputado debe tener derecho a entrevistarse con su abogado tanto en sede policial —con entrevista reservada con anterioridad a prestar declaración— cuanto ante el fiscal investigador; b) que la decisión sobre el secreto total o parcial del procedimiento de investigación debería descansar en la decisión del fiscal y hallarse sujeta a confirmación por el juez de garantías; c) que el imputado debería sustentar el derecho a recurrir los decretos del fiscal denegatorios de solicitud de práctica de diligencias procesales —de los que conocerá el juez de garantías— y que, para ello, ha de establecerse una limitación temporal de su presentación a un único momento procesal a la finalización de la fase investigatoria.

13. La propia literalidad de la Constitución y la doctrina expresada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace preciso afirmar que no existe reserva constitucional que permita inferir la necesidad de resolución judicial para la adopción por el Ministerio Fiscal —institución imparcial y promotora de la legalidad— de diligencias de inspección e incluso de intervención corporal leve, particularmente, si concurren circunstancias de urgencia. La potencial facultad de éste para autorizar inspecciones corporales e intervenciones leves en el marco criminal investigatorio, encaja en la Constitución, si así fuera acordado por una ley orgánica. La consecución de una investigación instructoria en un tiempo razonable, sólo podrá realizarse si se habilita al fiscal legislativamente con la facultad de acordar diligencias que puedan restringir determinados derechos ciudadanos en los supuestos que el otorgamiento a

aquél de tal potestad no contravenga la Constitución, en cuanto ello sea necesario o coadyuve a los fines investigatorios y, desde luego, previo juicio por el fiscal de racionalidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida. Si una futura ley procesal criminal no encuentra el camino adecuado en este aspecto, la fase instructoria se convertirá en un cauce investigador lento, de naturaleza propensa a las dilaciones, de difícil coordinación, caracterizada por la duplicidad de diligencias y, por tanto, ineficaz, e injusta. Es adecuada tanto la regulación francesa —que permite indistintamente al fiscal y al juez autorizar las intervenciones leves— cuanto la normativa alemana e italiana —que habilitan al fiscal, sólo en los supuestos de urgencia.

14. En un sistema instructorio de investigación fiscal, éste deberá —en todo caso— requerir autorización del juez de garantías, para las intervenciones corporales graves, la diligencia de intervención de las comunicaciones, la diligencia de secuestro de publicaciones, la diligencia de entrada domiciliaria y la diligencia de registro de domicilio. La necesidad de autorización judicial es consecuencia de la reserva constitucional de los arts. 18.2, 18.3 y 20.5 de la CE. En cuanto a la diligencia de registro de lugares distintos al domicilio, tales como equipos informáticos o edificios públicos y privados siempre que por razón de sus peculiares características no se hallen afectos al art. 18.2 CE, ha de señalarse que una regulación adecuada será aquella que permita que la autorización del fiscal sea bastante, puesto que ello agilizará la investigación sin merma de garantías para el reo.

15. En los supuestos de terrorismo o grupos criminales —a pesar de la literalidad del art. 55.2 CE— ha de excluirse absolutamente la posibilidad de autorizaciones policiales o gubernamentales de diligencias restrictivas de derechos, debiéndose limitar el desarrollo de tal precepto a autorizaciones judiciales o fiscales. Debe rechazarse poner en manos del Ministerio del Interior estas autorizaciones al no concurrir en sus autoridades o funcionarios garantías de imparcialidad objetiva que se manifiestan en la regulación sobre prohibiciones e incompatibilidades y en la inmunidad del fiscal y del juez (art. 127 CE, arts., 389-396 LOPJ, arts. 55-59 EOMF).

16. En un sistema instructorio de investigación fiscal, la reserva constitucional judicial del art. 17 apartados 2 y 4 de la CE, exige que la decisión sobre las medidas cautelares personales restrictivas del derecho a la libertad —salvo la detención— haya de ser

judicial. En cuanto al resto de medidas de naturaleza cautelar, resulta preciso reflexionar sobre la conveniencia de estructurar un marco conceptual que resuelva de forma equilibrada el reparto decisorio entre el juez de garantías y el fiscal investigador. El equilibrio ha de atender, tanto a garantizar un respeto absoluto a la imparcialidad de la decisión a adoptar, como a procurar una investigación instructoria eficaz. Respecto de las medidas cautelares reales, su adopción por el fiscal en el proceso penal no sólo es perfectamente constitucional sino que, también, es conveniente por razón de la efectividad en la protección económica de las víctimas. Resulta paradójico que la adopción de medidas cautelares reales en el proceso penal y, en general, en el resto de jurisdicciones, sea una facultad reservada en exclusiva al juzgador y, al mismo tiempo, se admita por el legislador la adopción de las medidas de garantía real sean acordadas por la administración tributaria dentro de un proceso no judicial, sino meramente administrativo, exigiéndose como único requisito que la medida cautelar sea acordada por un funcionario administrativo sometido a los principios funcionariales y, al mismo tiempo, se excluya al fiscal como sujeto decisorio a pesar de que —salvo por la dependencia— éste se halla sometido a idénticos criterios de protección de su imparcialidad objetiva que el juez. Todo ello se entiende sin merma de la garantía de someter los decretos del fiscal en materia cautelar a recurso judicial.

17. El camino que debe recorrer el Estado para disminuir la constante violación en el derecho de los imputados a que su proceso se instruya y conozca en un plazo razonable, exige la aplicación, entre otras, de las siguientes medidas de agilización de la administración de la Justicia: a) constitución de un modelo de investigación fiscal que evite la duplicidad de actuaciones; b) en este modelo el fiscal debe gozar de potestades discrecionales en aplicación del principio de oportunidad reglada; c) sujeción de todos los organismos públicos que hayan de participar en la investigación —a excepción del juez de garantías y del tribunal de apelaciones— a un sistema de plazos coercitivos supervisado por el Ministerio Público; d) limitación objetiva de la legitimación activa de la acusación popular a los delitos de corrupción, siniestralidad laboral, y medioambientales; e) sustitución de la acusación particular, por un modelo de acusación adhesiva y dependiente del mantenimiento de la acción por Ministerio Fiscal en cuanto a la acción penal se refiere, y de plena y autónoma legitimación en cuanto a la acción civil ejercitada en el proceso penal; f) revisión del número de tipos penales a la luz del principio de actuación mínima del Derecho Penal; g) empoderamiento del Ministerio

Fiscal —dentro de los límites constitucionales— para acordar diligencias restrictivas de derechos y medidas cautelares reales en el proceso penal; h) incremento de los medios materiales del Ministerio Fiscal y de los laboratorios científicos públicos con funciones periciales, particularmente, del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias forenses y; i) adscripción al Ministerio Público de unidades policiales y periciales.



ÍNDICE DE LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS INSTITUCIONALES CITADOS

ALEMANIA

- Constitución alemana de 23 de mayo de 1949 —*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*—
- Ley de la Judicatura —*Gerichtsverfassungsgesetz*—
- Ordenanza Procesal Penal —*Strafprozeßordnung*—

AMÉRICA

- Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969

CANADA

- Report of the Federal/Provincial/Territorial Heads of Prosecution Subcommittee on the Prevention of Wrongful Convictions. The Path to Justice: Preventing Wrongful Convictions, Department of Justice, Canada, 2004, 2011 y 2012.

CONSEJO DE EUROPA

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950
- Recomendación núm. 1987 (18) del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre simplificación de la Justicia penal
- Recomendación 2000 (19) de 6 de octubre, del COMITÉ DE MINISTROS de los Estados miembros del CONSEJO DE EUROPA sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia penal
- Informe GRECO aprobado por el Grupo de Estados contra la corrupción del CONSEJO DE EUROPA para la prevención de la corrupción respecto de parlamentarios, jueces y fiscales, en 62ª Reunión Plenaria, Estrasburgo, 2013

—Opinión 2008 (3) del Consejo consultivo de fiscales europeos del CONSEJO DE EUROPA

—Opinión 2012 (7) del Consejo consultivo de fiscales europeos del CONSEJO DE EUROPA

—Informe sobre los sistemas judiciales europeos, COMISIÓN EUROPEA para la eficiencia de la Justicia, CONSEJO DE EUROPA, 2014

▪ **TRIBUNAL EUROPEO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

—STEDH, caso Delcourt contra Bélgica, de 17 de enero de 1970, recurso: núm. 2689/1965

—STEDH, caso Schiesser contra el cantón de Zürich, de 4 de diciembre de 1979, recurso: núm. 7710/1976

—STEDH, caso Le Compte, Van Leuven y De Meyere contra Bélgica, de 28 de junio de 1981, recurso núm. 7496/1976

—STEDH, caso Eckle contra Alemania, de 15 de julio de 1982, recurso núm. 8130/1978

—STEDH, caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, recurso: núm. 8692/1979

—STEDH, caso Zimmermann contra Suiza, de 30 de julio de 1983, recurso núm. 8737/1979

—STEDH, caso Pretto y otros contra Italia, de 8 de diciembre de 1983, recurso núm. 7984/1977

—STEDH, caso De Cubber contra Bélgica, de 26 de octubre de 1984, recurso: núm. 9186/1980

—STEDH, caso Leander contra Suecia, de 26 de marzo de 1987, recurso núm. 9248/1981.

—STEDH, caso Hauschildt contra Dinamarca, de 24 de mayo de 1989, recurso: núm. 10486/1983

—STEDH, caso Gaskin contra Reino Unido, de 7 de julio de 1989, recurso núm. 10454/1983.

—STEDH, caso Langborger contra Suecia, Sentencia de 22 de julio de 1989, recurso: núm. 11373/1985

- STEDH, caso Oberschlick contra Austria, de 23 de mayo de 1991, recurso: núm. 11662/1985
- STEDH, caso Borgers contra Bélgica, de 30 de octubre de 1991, recurso: núm. 12005/1986
- STEDH, caso Pfeifer y Prankl contra Austria, de 25 de febrero de 1992, recurso: núm. 10802/1984
- STEDH, caso Ferrantelli y Santagelo contra Italia, de 7 de julio de 1996, recurso: núm. 19874/1992
- STEDH, caso Foucher contra Francia, de 18 de marzo de 1997, recurso núm. 22209/1993
- STEDH, caso Worm contra Austria, Sentencia de 29 de agosto de 1997, recurso: núm. 22714/1993
- STEDH, caso Castillo Algar contra España, de 28 de octubre de 1998, recurso: núm. 28194/1995
- STEDH, caso González Doria Durán de Quiroga contra España, de 28 de octubre de 2003, recurso núm. 59072/2000
- STEDH, caso Sánchez contra España, de 16 de noviembre de 2004, recurso núm. 72773/2001
- STEDH, caso Marper contra Reino Unido, de 4 de diciembre de 2008, recurso núm. 30562/2004
- STEDH, caso Korolev contra Rusia (2), de 1 de marzo de 2010, recurso núm. 5447/2003
- STEDH, caso Frotal–Aluguer de Equipamentos S.A. contra Portugal, de 4 de diciembre de 2003, recurso núm. 56110/2000.
- STEDH, caso Vera Fernández–Huidobro, de 6 de Enero de 2010, recurso: núm.74181/2001
- STEDH, caso Serrano Contreras contra España, Sentencia de 20 de marzo de 2012, recurso núm. 49183/2008.

FRANCIA

- Constitución francesa de 4 de octubre de 1958 —*Constitution de la République française*—
- Código Procesal Penal —*Code de procédure pénale*—

EE.UU.

—Carta de Derechos de 1789 —*Bill of rights*—

—Enmiendas V, VI y VII, incorporadas a la Constitución en 1791

—Enmienda XIV incorporada a la Constitución en 1868

—Reglas del proceso criminal federal —*Federal Rules of Criminal Procedure*—

—American Bar Association, Standards for Criminal Justice

—American Bar Association, Model Code of professional responsibility de 1969
(enmendado en 1970, 1974, 1975, 1976, 1977, 1978, 1979 y 1980)

▪ ***TRIBUNAL SUPREMO DE CALIFORNIA***

—Sentencia Hurtado contra California, 1884

▪ ***TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL***

—TSF, Sentencia Murray Lessee contra Hoboken Land and Improvement CO., 1856

—TSF, Sentencia Berger contra Estados Unidos, 295 US 1935

—TSF, Sentencia Brady contra Mariland, 376 US 1963

—TSF, Sentencia Escobedo contra Illinois, 378 US 1964

—TSF, Sentencia Singer contra Estados Unidos, 380 US 1965

—TSF, Sentencia Duncan contra Louisiana, 391 US 1968

—TSF, Sentencia Baldwin contra New York, 399 US 1970

—TSF, Sentencia Kirby contra Illinois, 906 US 1972

—TSF, Sentencia Agurs contra Estados Unidos, 427 US 1976

—TSF, Sentencia Bagley contra Estados Unidos, 473 US 1985

—TSF, Sentencia McNeil contra Wisconsin, 501 US 1991

▪ ***UNITED STATES ATTORNEYS***

—UNITED STATES ATTORNEYS' Annual Statistical Report, Executive Office for
United States Attorneys, US Department of Justice, 2010

ESPAÑA

- Reglamento Provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción ordinaria, de 26 de septiembre de 1835
- Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 15 de Septiembre de 1870
- Constitución española de 30 de junio de 1876
- Real Decreto de 26 de abril de 1844
- Real Orden del Ministerio de Hacienda de 10 de diciembre de 1846
- Real Decreto de de organización y atribuciones del Ministerio Fiscal de 9 de noviembre de 1860
- Real Decreto de 10 de marzo de 1881 de constitución de la Abogacía del Estado
- Real Decreto de 16 de marzo de 1886 sobre la Abogacía del Estado
- Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882
- Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926
- Reglamento orgánico de 28 de febrero de 1927
- Constitución española de 9 de diciembre de 1931
- Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967
- Reglamento orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal de 27 de febrero de 1969
- Anteproyecto de Bases de la Ley del Código Penal de 10 de junio de 1970
- Ley 42/1974, de 28 de noviembre, de Bases orgánica de la Justicia
 - Ley de derogación de la Ley Bases orgánica de la Justicia de 23 de febrero de 1978
- Constitución española de 1978
 - Anteproyecto de Constitución de 5 de enero de 1978
- Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal
 - Proyecto de Ley del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal 23 de mayo de 1981
 - Ley de modificación del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal de 14/2003, de 26 de mayo
 - Ley de modificación del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal 24/2007, de 9 de octubre
- Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus
- Ley orgánica 6/1985 del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985
- Ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de seguridad
- Real Decreto de Policía judicial 769/1987, de 19 de junio
- Ley orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal militar
- Ley orgánica 1/1992, de 21 febrero 1992, de Seguridad ciudadana.
- Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado
- Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.
- Ley orgánica 12/1995 de 12 diciembre, de Represión del contrabando.
- Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad penal de los menores
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria
- Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, dictado en desarrollo de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
- Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género
- Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo
- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2.011
- Anteproyecto de Ley orgánica de desarrollo de los Derechos Fundamentales vinculados al proceso penal de 27 de julio
- Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial, de 28 de abril
- Comisión de Justicia, Congreso de los diputados, comparecencia del FISCAL GENERAL DEL ESTADO, Sesión celebrada el 25 de enero de 2012, Diario de sesiones del Consejo de los Diputados, número 26, año 2012
- Ley 7/007, de 12 de abril, del Estatuto básico de la Función pública
- Borrador de Ley procesal penal de 2013 (Resolución de 8 de marzo de 2012 que publica el Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se crea una Comisión institucional para la elaboración de una propuesta de texto articulado de ley de enjuiciamiento criminal)
- Libro blanco del Ministerio Fiscal, CONSEJO FISCAL, Madrid, 2013

- Discurso de Apertura del año judicial, FISCAL GENERAL DEL ESTADO, 16 de septiembre de 2013
- Proyecto de Ley orgánica de modificación del de Código Penal, de 4 de octubre de 2013.
- Proyecto de Ley del Estatuto de la víctima del delito, de 1 de agosto de 2014
- Discurso de Apertura del año judicial, FISCAL GENERAL DEL ESTADO, 10 de septiembre de 2014
- Declaración institucional anual de los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de España, octubre de 2014

▪ **AUDIENCIA NACIONAL**

- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso—Administrativo, Sec. III, de 1 de octubre de 2013. Ponente: MÉNDEZ CANSECO, J. F

▪ **MINISTERIO FISCAL**

Circulares:

- Circular de la FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO de 2 de septiembre 1884
- Circular 7/1978 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de septiembre, sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución.
- Circular 1/1989 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 8 de marzo, sobre el procedimiento abreviado, introducido por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre
- Circular 1/2007 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 26 de noviembre, sobre criterios interpretativos tras la reforma de la legislación penal de menores de 2006
- Circular 4/2010 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal
- Circular 5/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración

- Circular 7/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de medio ambiente y urbanismo
- Circular 9/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores
- Circular 10/2011 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 17 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de seguridad vial.
- Circular 2/2012, de 26 de diciembre, sobre unificación de criterios en los procedimientos por sustracción de menores recién nacidos
- Circular 4/2013, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre las diligencias de investigación

Consultas:

- Consulta 2/1995, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 19 de abril, sobre dos cuestiones de las diligencias de investigación del fiscal: su destino y la pretendida exigencia de exhaustividad
- Consulta 7/1997, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 15 de julio de 1997, sobre legitimación del ministerio fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias.
- Consulta 1/1999, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 22 de enero, sobre tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones
- Consulta 2/2003 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 18 de diciembre, sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido
- Consulta 1/2005, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 31 de marzo, sobre competencia de las Fiscalías para tramitar diligencias de investigación que afecten a personas aforadas

Instrucciones:

- Instrucción 2/1988 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 4 de mayo, sobre la policía judicial
- Instrucción 1/1995, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 29 de diciembre, sobre atribuciones y competencias de los fiscales especiales antidroga en los diferentes territorios
- Instrucción 9/2005, de 28 de julio, sobre incendios forestales
- Instrucción 11/2005 de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 10 de noviembre, sobre la instrumentalización efectiva del principio de unidad de actuación establecido en el art. 124 de la CE
- Instrucción 12/2005, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 30 de diciembre, sobre atribuciones y competencias de la Fiscalía especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas y de sus fiscales delegados
- Instrucción 4/2006, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 13 de julio, sobre atribuciones y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los fiscales especialistas en delincuencia organizada
- Instrucción 2/2007, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 20 de marzo de 2007, sobre la organización de la Sección de Cooperación Internacional de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado y el ejercicio de las funciones que atribuye al Ministerio Público la Ley 16/2006, de 26 de mayo por la que se regula el Estatuto del miembro nacional de Eurojust
- Instrucción 1/2008, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 7 de marzo, sobre la dirección por el Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Policía Judicial
- Instrucción 2/2013, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, de 5 de agosto, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis

Memorias:

- Memoria de 1883, FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, FTS RUIZ CAPDEÓN T.
- Memoria de 1884, FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, FTS DE ISASA Y VALSECA S.
- Memoria de 1885, *Ibíd*em
- Memoria de 1886, FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, FTS COLMEIRO Y PENIDO M.
- Memoria de 1887, *Ibíd*em
- Memoria de 1888, *Ibíd*em
- Memoria de 1889, *Ibíd*em
- Memoria de 1896, FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO, FTS PUGA Y BLANCO L.
- Memoria de 1932, FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, FGR MARTÍNEZ DE ARAGÓN Y URBIZTONDO
- Memoria de 1933, FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, FGR ANGUERA DE SOJO O.
- Memoria de 1978, FISCALÍA GENERAL DEL REINO, FGR FANJUL SEDEÑO J.M.
- Memoria de 1979, *Ibíd*em
- Memoria de 1982, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FGE GIL—ALBERT Y VELARDE J.M.
- Memoria de 1983, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FGE BURÓN BARBA L. A.
- Memoria de 2013, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FGE TORRES DULCE LIFANTE E.
- Memoria de 2014, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FGE TORRES DULCE LIFANTE E.

▪ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Autos:

- ATC, núm. 34/1994, de 31 de enero
- ATC, Pleno, núm. 186/2009, de 16 de junio

Sentencias:

- STC, núm. 34/1985, de 7 de marzo. Ponente: TRUYOL SERRA A.
- STC, núm. 44/1985, de 22 de marzo. Ponente: DÍEZ DE VELASCO VALLEJO M.
- STC, núm. 54/1985, de 18 de abril. Ponente: ESCUDERO DEL CORRAL A.
- STC, Sentencia núm. 84/1985, de 8 de julio. Ponente: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L.
- STC, núm. 141/1986, de 12 de noviembre. Ponente: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN L.
- STC, núm. 54/1988, de 18 de abril. Ponente: LÓPEZ GUERRA L.
- STC, Pleno, Sentencia núm. 145/1988, de 12 de julio. Ponente: LATORRE SEGURA A.
- STC, Sentencia núm. 164/1988, de 26 de septiembre, Ponente: RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO—FERRER, M.
- STC, núm. 202/1988, de 31 de octubre. Ponente: DÍAZ EIMIL E.
- STC, núm. 225/1988, de 22 de diciembre, Ponente: TRUYOL SERRA, A.
- STC, núm. 11/1989, de 24 de enero. Ponente: VEGA BENAYAS C.
- STC, núm. 37/1989, de 2 de marzo. Ponente: RUBIO LLORENTE F.
- STC, Pleno, núm. 186/1990, de 15 de noviembre. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 24/1991, de 11 de febrero. Ponente: RUBIO LLORENTE, F.
- STC, núm. 140/1991, de 20 de junio. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 151/1991, de 8 de julio, Ponente: TOMÁS Y VALIENTE, F
- STC, núm. 19/1992, de 14 de febrero. Ponente: GIMENO SENDRA V.
- STC, núm. 129/1993, de 19 de marzo. Ponente: GIMENO SENDRA V.
- STC, Pleno, núm. 56/1994, de 24 de febrero de 1994. Ponente: GABALDÓN LÓPEZ J.

- STC, núm. 273/1993, de 20 de septiembre. Ponente: GARCÍA–MON Y GONZÁLEZ–REGUERAL, F.
- STC, núm. 303/1993, de 25 de octubre. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 206/1994, de 11 de julio, ponente: DE LA VEGA BENAYAS C.
- STC, Pleno, núm. 60/1995, de 17 de marzo. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 105/1996, de 11 de junio. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 207/1996, de 16 de diciembre. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 132/1997, de 15 de julio. Ponente: GIMENO SENDRA, V.
- STC, núm. 220/1997, de 4 de diciembre. Ponente: GIMENO SENDRA V.
- STC, núm. 224/1998, de 24 de noviembre. Ponente GARCÍA MANZANO P.
- STC, núm. 162/1999, de 27 de septiembre de 1999. Ponente: VIVES ANTÓN T.
- STC, núm. 188/2000, de 10 de julio. Ponente: VIVER PI–SUNYER C.
- STC, núm. 141/2001, de 18 de junio. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.
- STC, Pleno, núm. 167/2002, de 18 de septiembre. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS V.
- STC, núm. 199/2003, de 10 de noviembre. Ponente: CACHÓN VILLAR P. M.
- STC, Pleno, núm. 229/2003, de 18 de diciembre. Ponente: CACHÓN VILLAR P.
- STC, núm. 177/2004, de 18 de octubre. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS V
- STC, núm. 71/2005, de 4 de abril, F.D. 3º. Ponente: GAY MONTALVO E.
- STC, núm. 25/2005, de 14 de febrero Ponente: GARCÍA–CALVO Y MONTIEL, R.
- STC, núm. 334/2005, de 20 de diciembre. Ponente: PÉREZ TREMPES P.
- STC, núm. 311/2006, de 19 de octubre, ponente: CASAS BAAMONDE M. E.
- STC, núm. 347/2006, de 11 de diciembre. Ponente: GARCÍA–CALVO Y MONTIEL R.
- STC, núm. 206/2007, de 24 de septiembre. Ponente: ARAGÓN REYES, M.
- STC, Pleno, núm. 155/2009, de 25 de junio. Ponente: CONDE MARTÍN DE HIJAS V.
- STC, núm. 8/2008, de 21 de enero. Ponente: GAY MONTALVO E.
- STC, Sentencia núm. 67/2011, de 11 de junio, ponente: ORTEGA ÁLVAREZ L. I.
- STC, Sentencia núm. 190/2011, de 12 de diciembre. Ponente: PÉREZ TREMPES P.
- STC, Pleno, núm. 199/2013, de 5 de diciembre, F.D. 6º. Ponente: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.

▪ **TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

—Sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, Sentencia, de 15 mayo 2001. Ponente: FERNÁNDEZ ÁLVAREZ L

▪ **TRIBUNAL SUPREMO**

Acuerdos no jurisdiccionales:

—Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 2 de octubre de 1992
—Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 11 julio 2003
— Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, 25 de mayo de 2005
— Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 31 de enero de 2006
— Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 20 diciembre 2006
— Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 27 noviembre 2007
— Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala II, de 24 de septiembre de 2014

Autos:

—A.T.S., Sala II, Auto, 14 de noviembre de 1996

Sentencias:

—STS, Sala II, de 30 de marzo de 1978. Ponente VIVAS MARZAL L.
—STS, Sala II, de 4 de diciembre de 1990. Ponente: DELGADO GARCÍA, J.
—STS, Sala II, núm. 2127/1992, de 14 de octubre. Ponente: DELGADO GARCÍA J.
—STS, Sala II, Sentencia núm. 192/1998, de 29 de enero. Ponente: SOTO NIETO F.
—STS, Sala II, núm. 934/1999, 8 de junio. Ponente: BACIGALUPO ZAPATER E.
—STS, Sala II, núm. 1378/1999, de 6 de octubre. Ponente: DELGADO GARCÍA J.
—STS, núm. 1382/2000, de 24 de octubre. Ponente: PUERTA LUIS L. R.
—STS, Sala II, núm. 13/2002, de 14 de enero. Ponente: RAMOS GANCEDO D. A.
—STS, Sala II, núm. 2093/2002, de 2 de enero de 2003. Ponente JIMÉNEZ VILLAREJO
—STS, Sala II, núm. 179/2006, de 14 de febrero. Ponente: SORIANO SORIANO, J.

- STS, Sala II, núm. 488/2006, de 8 de mayo. Ponente: BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE J.R.
- STS, núm. 701/2006, de 27 de junio. Ponente: BERDUGO Y GÓMEZ DE LA TORRE J.
- STS, Sala II, núm. 986/2006, de 19 de junio. Ponente: GARCÍA PÉREZ S. F.
- STS, Sala II, núm. 784/2008, de 14 de noviembre de 2008. Ponente MONTERDE FERRER F.
- STS, Sala II, núm. 707/2008, de 30 de octubre. Ponente: GRANADOS PÉREZ C
- STS, Sala II, núm. 277/2009, de 13 de abril, Ponente: MARCHENA GÓMEZ M.
- STS, Sala II, núm. 850/2009, de 28 de julio. Ponente: VARELA CASTRO L.
- STS, Sala II, núm. 854/2011, de 24 de noviembre. Ponente: FERRÁNDIZ GABRIEL J. R

INGLATERRA Y GALES

- House of Commons, comparecencia del *Attorney–General* de Inglaterra y Gales, Debates, Vol. 483, Col.681, Sesión de 1925
- House of Commons, comparecencia del *Attorney–General* de Inglaterra y Gales, Debates, Vol. 483, Col.681, Sesión de 1951
- Ley de Enjuiciamiento de la Traición —*Treason Trials Act— de 1696*
- Ley de Justicia Criminal —*Criminal Justice—*
- Ley de Investigación y Procedimiento criminal —*Criminal Procedure and investigations Act—*
- Ley de Persecución de delitos —*Prosecution of Offences Act—*
- Ley de los Derechos Humanos —*Human Rights Act—*
- Ley sobre Policía y la Prueba criminal —*Police and Criminal Evidence Act—*
- Código para los Fiscales de la Corona —*Code for Crown Prosecutors—*
- Report, Royal Commission of criminal justice, Londres, 1991
- Guía del Fiscal General sobre descurimiento de pruebas —*Attorney General’s Guidelines on Disclosure—*, de 2005 (enmendada en 2011)

▪ ANTIGUO TRIBUNAL DE LONDRES

- Causa Popish, 1678

—Causa Rye House Plot, 1683

—Causa Bloody Assizes, 1695

ITALIA

—Constitución de la República italiana, 21 de diciembre de 1947 —*Costituzione della Repubblica italiana*—

—Código de Procedimiento Penal —*Codice di Procedura Penale*—

JAPÓN

—Recommendations, JUSTICE SYSTEM REFORM COUNCIL for a justice system to support Japan in the 21st century, Tokio, 2001

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

—Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

—Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre 1966

—Report series 9: “non—Prosecution in Europe”, Instituto europeo para la prevención y control del crimen, ONU, Helsinki, 22—24 de marzo, 1986

—Guidelines on the Role of Prosecutors, Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders, ONU, La Havana, 1990

—Dictamen del Comité de Derechos Humanos, de 22 de julio de 2005 (comunicación núm.1095/2002, caso Gomáriz Valera c. España)

—Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 15 de noviembre de 2006 (comunicación núm. 1332/2004, caso García Sánchez y González Clares c. España).

PORTUGAL

—Constitución portuguesa de 1976

—Código Procesal Penal de 1987

—Ponencia del PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, 1989

—Discurso de PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA, V Encuentro Internacional de Magistrados, 1989

UNIÓN EUROPEA

—Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes

—Convenio de adhesión de España, hecho en Bonn, el 25 de junio de 1991

—Decisión Marco 2001/220/JAI del CONSEJO de la UNIÓN EUROPEA, de 15 de marzo de 2001, relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal.

—Tratado de Lisboa de 17 de diciembre de 2007 por el que se modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (2007/C 306/01)

—Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales

—Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013 sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad.

▪ TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

—STJUE, núm. 26/1962, de 5 de febrero de 1963, asunto Van Gend Loos

—STJUE, núm. 9/1970, de 6 de octubre de 1970, asunto Franz Grad

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO N., “Estudios en memoria de James Goldschmidt”,
Revista de Derecho Procesal, Vol. I, Buenos Aires, 1951
- ALCALÁ-ZAMORA y TORRES N., “Lo que debe ser el Ministerio Público”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1929
- ALED W., “Aproximación al sistema de Justicia criminal en Inglaterra y Gales”,
Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, núm. VI, Madrid, 2001,
- ALDONEY RAMIREZ R., “Mediación Penal y Justicia Alternativa” *Revista Penal*,
núm. 15, 2005
- ALMAGRO NOSETE, “La investigación del Ministerio Fiscal y la acción popular”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989
- AMBOS K., “¿Es el procedimiento penal internacional adversarial, inquisitivo o mixto?”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 3, febrero 2004
- ANDRÉS IBÁÑEZ P., *El Poder Judicial*, (con MOVILLA ÁLVAREZ C.), Madrid, 1986
- El fiscal en la actual regresión inquisitiva del proceso penal”, *Revista Teoría y Derecho*, enero, 2007
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V
- ARMENTA DEU T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991
- “La reforma del proceso penal: principios irrenunciables y opciones de política criminal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 58, 2000
- El fiscal instructor, ¿es necesario?”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 16, 2011
- “La investigación penal ¿jueces o fiscales?”, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011
- *Sistemas procesales penales. La Justicia penal en Europa y América ¿un camino de ida y vuelta?*, Madrid, 2012
- ARMENGOT VILAPLANA, *El imputado en el proceso penal*, Navarra, 2013
- ARNAIZ SERRANO A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Valencia, 2006
- ASENCIO MELLADO J.M., “La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2”, *Revista Poder Judicial*, núm. 4, 1986
- Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*, Madrid, 1991

- “La intervención de la defensa en la fase de instrucción”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1997
- La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005
- “La responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal”, *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González–Cuéllar García*, Madrid, 2006
- *Introducción al derecho procesal*, Valencia 2008
- “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil en el marco del proceso penal”, *Rigor doctrinal y práctica forense. José Luis Vázquez Sotelo*, Barcelona, 2009
- “La reforma del sistema de medidas cautelares”, *La reforma del proceso penal*, (dir. ASENSIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O. coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011
- *Derecho procesal penal*, Valencia, 2012
- BACIGALUPO E., “Descriminalización y prevención”, *Revista Poder Judicial*, núm. esp. II, 1987
- El debido proceso*, Buenos Aires, 2005
- “La posición del fiscal en la investigación penal”, *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005
- BADIE F. “El Ministerio Público francés”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, núm. VI, Madrid, 2001
- BANACLOCHE PALAO J. (con ZARZALEJOS NIETO J.), *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, Madrid, 2010
- BELING E., *Derecho procesal penal*, Barcelona, 1943
- BLASCO SOTO C., “El derecho de asistencia letrada en la instrucción del proceso penal”, *Sobre la reforma de la Justicia penal, Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008
- BONET NAVARRO J., “La transformación de proceso por delito a juicio de faltas y el derecho a un juez imparcial (análisis jurisprudencial)”, *Tribunales de Justicia*, núm. 7, 1997
- BRISEÑO SIERRA H., “El principio acusatorio en el proceso penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 77, 1969

- BUJOSA VADELL L., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal internacional*, Barcelona, 2008
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA J., “La reforma del proceso penal español en el Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 27 de julio de 2011”, *Diario La Ley*, 8 de octubre de 2012
- BYRNE E., “The Adversary System: Who Needs It?” *Ethics and the legal profession*, Nueva York, 1986
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ F., Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal, Prólogo, Ministerio de Justicia, Madrid, 2011
- CABEZUDO RODRÍGUEZ N., “Sobre la conveniencia de atribuir la dirección penal al Ministerio Fiscal”, *Sobre la reforma de la Justicia penal, Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008
- “El último (y controvertible) credo en materia de política criminal: Justicia restaurativa y mediación penal”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 86, 2011
- CALDERÓN CUADRADO M.P., “El legislador ante la garantía procesal del recurso en el orden jurisdiccional penal. Una aproximación a la reforma proyectada”, *Sobre la reforma de la Justicia penal, Revista jurídica de Castilla y León*, núm.14, 2008
- CALAMANDREI P., *Elogio de los Jueces escrito por un abogado*, Madrid, 2009
- CARMONA RUANO M., “Recursos contra sentencias. Revisión del hecho probado”, *La ley del jurado: problemas de aplicación práctica. Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003
- CARNELUTTI F., “Poner en su puesto al Ministerio Público”, compilado en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Buenos Aires, 1960
- CASTILLEJO MANZANARES R. *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, (con MORENO CATENA V.), Valencia, 1999
- Los nuevos procesos penales*, (con AA.VV.), Valencia, 2004
- “Hacia un nuevo proceso penal: investigación y juicio de acusación”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. 29, 2009
- Hacia un nuevo proceso penal. Cambios necesarios*, Madrid, 2010
- “Problemas que plantea la actual aplicación de la Ley integral”, *Violencia de género, Justicia restaurativa y mediación*, (dir. CASTILLEJO MANZANARES R., coord. CATALINA BENAVENTE M. A.), Madrid, 2011

—“El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 26, 2011

—“Medios de investigación en la lucha contra la criminalidad organizada”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 27, 2012

—“La prueba de ADN en los delitos contra la libertad sexual”, *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, (dir. CASTILLEJO MANZANARES R., coord. SANDE MAYO M. J.), Madrid, 2012

—“Mediación en el ámbito familiar”, *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, (dir. SOLETO MUÑOZ H.), Madrid, 2013

—“El Ministerio Fiscal y el Tribunal de Garantías en la investigación de los hechos delictivos”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 32, 2013

CICERO M. T., *El proceso de Verres. De su pretura en Sicilia*

CHOZAS ALONSO J. M., “La conformidad penal española y el patteggiamento italiano. Breve estudio de derecho comparado”, *Revista La Ley*, núm. 114

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA M., “Investigación e instrucción en el proceso penal”, *Las reformas procesales, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 58, 2004

CONDE CORREIA J., “Sistema de procedimiento penal portugués”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, (con DE MORAES ROCHA J.L.), Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002

CONDE–PUMPIDO FERREIRO C., “El principio de oportunidad reglada: su posible incorporación al sistema del proceso penal español”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989

—*El Ministerio Fiscal*, Navarra, 1999

CORTÉS DOMÍNGUEZ V. *Introducción al derecho procesal*, (con GIMENO SENDRA V. y MORENO CATENA V.), Madrid, 2003

—*Derecho procesal penal*, (con MORENO CATENA V.), Valencia, 2010

COTTU C., *De l'administration de la justice in criminelle en Angleterre*, París, 1820

CRONIN K., *Evidence, advocacy and ethical practice: a criminal trial commentary*, (con HUNTER I.), Sydney, 1995

CUADRADO SALINAS C., “Discrecionalidad del fiscal y flexibilización de la acción penal. El interés público en una administración eficaz de la Justicia”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 18, 2009

—*La investigación en el proceso penal*, Madrid, 2010

- “El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada”, *La reforma del proceso penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011
- D’AQUINO T., SANTO, *Summa Theologiae, Secunda Secundae*
- DE DOMINGO PÉREZ T., *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, 2001
- DE LA OLIVA SANTOS A., *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la Justicia penal*, Barcelona, 1988
- “El futuro del proceso penal y del Ministerio Fiscal”, *Tribunales de Justicia*, núm. 1, enero de 1997
- Derecho procesal penal*, (con AA.VV.), Madrid, 2007
- “El protagonismo directivo en la instrucción, el Ministerio Fiscal y el modelo procesal penal”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México D.F. 2008, vol. XII
- DE MORAES ROCHA J.L., “Sistema de procedimiento penal portugués”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, (con CONDE CORREIA J.), Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002
- DELMAS–MARTY, M., *Procédures Pénales d’Europe*, Paris, 1955
- DEL MORAL GARCÍA, “Consejo Fiscal y nombramientos”, *Centro de Estudios Jurídicos*, Ministerio de Justicia, 2005
- “El Ministerio Fiscal en el proceso penal. Incidencia de la reforma de su Estatuto orgánico”, *Nuevos retos de la Justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008
- DELITALA G., *Il fatto nella teoría generale del reato*, Padova, 1930
- DE URBANO CASTRILLO E. “Investigación e instrucción: diferencias y garantías a la luz del modelo vigente. Alternativas de futuro”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 42, 2002
- DÍEZ–PICAZO GIMÉNEZ L.M., *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Barcelona, 2000
- La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005
- DOIG DÍAZ Y., “La motivación del veredicto. A propósito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Revista General de Derecho Procesal*, 2, 2003

- “La conformidad «premiada» en los Juicios Rápidos”, *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2004
- “El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción en el Código Procesal Penal Peruano”, *El Ministerio Fiscal director de la instrucción*, (dir. GIMENO SENDRA V.), Madrid, 2006
- “Reflexiones acerca de la Justicia negociada en el futuro proceso penal español”, *Nuevos retos de la Justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008
- DZIENKOWSKI J. S., “Lawyering in a Hybrid Adversary System”, *W. Mary Univ. Law Review*, Vol. 38, 1996
- ESER A., *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, Buenos Aires, 1992
- ESMEÍN A., *Histoire de la procedure criminelle en France et spécialement de la procedure inquisitoire, depuis le Xlle siècle jusqu a nos jours*, París, 1882
- ESPARZA LEIBAR, I, *El principio del proceso debido*, Barcelona 1995
- ESTIRADO DE CABO C., “Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento”, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 136, 2008
- FAVE W. R., *Criminal Procedure*, (con ISRAEL J H), Univ. St. Paul de Minnesota, 1991
- FERNÁNDEZ APARICIO J. M., “La necesaria autonomía del Ministerio Fiscal español”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Univ. Nacional de Educación a Distancia, núm. 24, 2004
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M., “En torno al principio acusatorio y a la eficacia probatoria de la declaración de la víctima (Comentario a la Sentencia de la sección 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 25 de noviembre de 2002)”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003
- Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005
- “La caución en las medidas cautelares”, *Práctica de tribunales: Revista de Derecho Procesal civil y mercantil*, núm. 30, 2006

- “La valoración de pruebas personales y el estándar de duda razonable”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, Universidad de Alcalá, núm. 15, 2007
- “La reforma del recurso de apelación penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 11, 2007
- FISHER S. Z., “In search of the virtuous prosecutor: a conceptual framework”, *Criminal Law*, 1988
- FLORES PRADA I., *El Ministerio Fiscal en España*, Valencia, 1999
- La prueba anticipada en el proceso penal italiano*, Valencia, 2011
- FLOWERS R. K., “A Code of their own: updating the Ethics Codes to include the non Adversarial roles of Federal Prosecutors”, *Boston College Law Review*, Vol.37, 1996
- FONT SERRA E., *La acción civil en el proceso penal. Tratamiento procesal*, Madrid, 1991
- FORTAS, “Thurman Arnold and the theatre of the law”, *Yale Law Review*, 1970
- FRANKEL M. E., *Partisan Justice*, Nueva York, 1980
- FREDERICK B., *The anatomy of discretion: an analysis of prosecutorial decision making. Technical report*, (con STEMEN D.), US Department of Justice, Chicago, 2012
- FREEDMAN M., *Lawyers' ethics in an Adversary System*, Nueva York, 1975
- Professionalism in the American Adversary System*, Boston, 1992
- FUENTES SORIANO O., “La iniciación cuasi pública de los procesos por delitos sexuales”, *Anuario de Derecho Penal*, núm. 1999–2000
- El Ministerio Fiscal. *Consideraciones para su reforma*, Fundación Alternativas, Madrid, 2003
- “Violencia de género: la respuesta de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral”, *Revista General de Derecho procesal*, núm 5, 2004
- La investigación por el Fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos*, Valencia, 2005
- La posición del Fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005
- “La protección de los derechos de la víctima”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete*, (coord. GIMENO SENDRA V.), Madrid, 2007

- “La instrucción por el Fiscal en un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la Justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008
- “Sobre el Fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011
- GARBERÍ LLOBREGAT J., “¿Fiscal instructor?: pocas ventajas y un enorme inconveniente”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14
- GARCÍA MORILLO J., “La legitimación democrática del Ministerio fiscal”, *Claves de razón práctica*, núm. 86, 1998
- GASCON INCHAUSTI F., “Instrucción penal en el derecho comparado”, *Cuadernos digitales de formación*, Consejo General del Poder Judicial, núm.4, 2011
- GERSHMAN B. L., “The prosecutor's duty to truth”, *George Town University Journal of legal ethics*, 2001
- GIMENO SENDRA V., *Fundamentos del derecho procesal*, Madrid, 1988
- “Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Revista Poder Judicial*, 1988
- “El juez imparcial en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista Poder Judicial*, núm. VI, 1989
- “El control de los jueces por la sociedad”, *Revista Poder Judicial*, núm. 48, 1997
- Introducción al derecho procesal*, (con MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.), Madrid, 2003
- *Derecho procesal penal*, Madrid, 2004
- “La reforma de la LECrim y la posición del MF en la investigación penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006
- “Hacia un nuevo proceso penal”, *Nuevos retos de la Justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008
- GIORDANO F. P., *Le indagini preliminari, poteri e limiti del Pubblico Ministero e della Polizia Giudiziaria*, Milan, 2002.
- GOLDSCHMIDT J., “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal”, *Derecho, derecho penal y proceso*, *Problemas fundamentales del Derecho*, Vol. 1, Madrid, 2010

- GOLDSTEIN H, “Categorizing and structuring discretion”, *Policing a free Society*, Cambridge, 1977, págs. 95–100.
- GÓMEZ COLOMER J. L., “La investigación criminal: problemas actuales y perspectivas de unificación internacional”, *Revista Poder Judicial*, núm. 64, 2001, pág. 211
- “El sistema procesal penal alemán: su historia y principios más relevantes”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002
- “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica” *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006
- GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Vol. I y II, Barcelona, 1947
- Derecho procesal penal*, (con HERCE QUEMADA V.), Madrid, 1987
- “Condiciones de punibilidad y condiciones de procedibilidad”, *Derecho y proceso*, Navarra, 2009
- GÓMEZ SÁNCHEZ Y., “El fiscal en los inicios del constitucionalismo español”, *Revista de derecho político*, núm. 83, 2012
- GUZMÁN FLUJA, V., “La investigación penal ¿jueces o fiscales?”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 92, 2011
- GOODPASTER G., “On the Theory of American Adversary Criminal Trial”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 78, Chicago, 1987
- GRANO J. D., *Confessions, truth and the law*, Michigan, 1993
- HAMPTON C., *Criminal Procedure*, Londres, 1982
- HARDING C., *Sentencing and the Penal System*, (con KOFFMAN L.), Londres, 1995
- HARTMANN A., “Die Bundesweite TOA Statistik” *Bundesministerium der Justz*, (con STROEZEL H), Bonn, 1996
- HUNTER I., *Evidence, advocacy and ethical practice: a criminal trial commentary*, (con CRONIN K.), Sydney, 1995
- HAWKINS W., *A treatise of the pleas of the Crown*, Londres, 1717
- HERCE QUEMADA V., (con GÓMEZ ORBANEJA E.), *Derecho procesal penal*, Madrid, 1987
- HUNNISETT R.F., “The eighteenth century coroners and their clerks”, *Archaeological and Natural History Magazine*, núm. 123, 1982

- ISRAEL J. H., *Criminal Procedure*, (con FAVE W. R.), Univ. St. Paul de Minnesota, 1991
- JIMÉNEZ–SALINAS COLOMER E., *La mediación penal*, Barcelona, 1999
- JIMÉNEZ VILLAREJO C., “Los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica del Ministerio Fiscal”, aportación a la versión original del Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Barcelona, 1995
- KAPLAN J., “The prosecutorial discretion”, *U.L. Review*, 1965, pág. 174–178
- KOFFMAN L., *Sentencing and the Penal System*, (con HARDING C.), Londres, 1995
- KOHLER J., *Philosophy of Law*, Nueva York, 1921
- KUNEN J., *How can you defend those people: the making of a criminal lawyer*, Nueva York, 1983
- KURLAND P. B., “Public prosecution in England 1854–1879: an essay in english legislative history”, (con WATERS D. W.), *Duke Law Journal*, 1953
- LABORINHO B., *Procès pénal et droits de l’homme; vers une conscience européenne*, (dir. DELMAS–MARTY M), París, 1992
- LACOSTE G., “Sistema procesal francés”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de derecho judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002
- LANGBEIN J. H., *The origins of adversary criminal trial*, Oxford/Nueva York, 2003
- LÓPEZ AGUILAR J. F., *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Madrid, 1996
- LÓPEZ GARRIDO D., *Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. Trabajos parlamentarios*, Secretaría General del Congreso de los Diputados, Madrid, 1984.
- LÓPEZ LÓPEZ A.M., *Ministerio Fiscal: principios orgánicos y funcionales*, Madrid, 2001
- “La difícil transición hacia un sistema procesal acusatorio: tentaciones inquisitivas del juez de menores”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, núm. 20, 2002
- LUBAN A., “The Adversary System Excuse”, *The good lawyer*, New Jersey, 1983
- Legal ethics and human dignity*, Cambridge, 2007
- MACFARLANE B., “Convicting the Innocent: a triple failure of the justice system”, *Manitoba Law journal*, Vol. 31
- MALTBY W. S., *The black legend in England: the development of antispanish sentiment: 1558–1560*, Durham, 1968
- MARCHENA GÓMEZ M., *El Ministerio Fiscal: su presente y su futuro*, Madrid, 1992

- MARTÍN OSTOS J.S., *Introducción al derecho procesal*, Sevilla, 2004
especialidades procesales del enjuiciamiento de menores
- MARTÍN PALLÍN J.A., “¿Tiene futuro el juez de instrucción?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, núm. 5, 2001
—“¿Es constitucional la conformidad?”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006
- MARTÍN PASTOR J., “La reforma del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: ¿un Ministerio Fiscal más autónomo o más problemático?”, *Revista General de Derecho procesal*, núm. 14, 2001
—*El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Bolonia, 2005
—“Algunas manifestaciones de la aproximación entre el proceso penal y el proceso civil”, *La convergencia entre el derecho civil y penal ¿una dirección adecuada?*, (coord. ARMENTA DEU T.), Madrid, 2013
- MARTÍNEZ ARRIETA, A., “Principio acusatorio: Teoría general y aplicación práctica”, *los principios del proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1992
- MARTÍNEZ DALMAU R., en *Aspectos constitucionales del Ministerio Fiscal*, Valencia, 1999
- MENKEL–MEADOW C., “The Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World”, *W & Mary Univ. Law Review*, Vol. 38, 1996
- MILLER A., “The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?” *Minnesota. Law Review*, 1984
- MILLER J., *Popery and politics in England: 1660–1668*, Cambridge, 1973
- MONTERO AROCA J., “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal basada en la razón”, *XV Congreso mexicano de derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, (con AA.VV.), 1998
— “Recursos contra sentencias”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica. Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, Consejo General del Poder Judicial, 2003
— “La investigación penal ¿jueces o fiscales?”, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011
—*Derecho Jurisdiccional*, Vols. I y III, (con GÓMEZ COLOMER J. L., MONTÓN REDONDO A. y BARONA VILAR S.), Valencia, 2013

- MOVILLA ÁLVAREZ C., *El Poder Judicial*, (con ANDRÉS IBÁÑEZ P.), Madrid, 1986
- MORALES PRATS F., “La investigación penal ¿jueces o fiscales?”, *Revista Poder Judicial*, núm. 92, 2011
- MORENO CATENA V., *La persecución de los delitos en el Convenio de Schengen*, (con CASTILLEJO MANZANARES R.), Valencia, 1999
- “El proceso penal español. Algunas alternativas para la reforma”, *Cuadernos de Derecho Judicial, Sistemas penales europeos*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002
- “Algunas notas sobre la instrucción en el proceso penal y en el juicio por jurados”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003
- Introducción al derecho procesal*, (con GIMENO SENDRA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ V.), Madrid, 2003
- “El papel del juez y del fiscal durante la investigación del delito”, *Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 32, 2005
- “El recurso de apelación y la doble instancia penal”, *Estudio de los nuevos recursos en el orden penal, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial núm. 149, 2007
- “La necesidad de un nuevo modelo de instrucción”, *Nuevos retos de la Justicia penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O.), Madrid, 2008
- Derecho procesal penal*, (con CORTÉS DOMÍNGUEZ V.), Valencia, 2010
- MUERZA ESPARZA J., *Derecho procesal penal*, (con AA.VV.), Madrid, 2007
- NICASTRO G. M., “El sistema procesal italiano”, *Sistemas penales europeos, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 4, 2002
- OCHOA MONZÓ V., “La acción popular”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011, pág.121.
- ORTEGO PÉREZ F., “El juicio de acusación y la proyectada reforma de la Ley Enjuiciamiento Criminal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 69, año 2003

- ORTELLS RAMOS, M., “Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político–jurídica”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1990
- “Principio acusatorio, poderes oficiales del juzgador y principio de contradicción. Una crítica de cambio jurisprudencial sobre correlación entre acusación y sentencia”, *Justicia: revista de Derecho Procesal*, núm. 4, 1991
- “Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal” *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, 1993
- Las Medidas cautelares*, Madrid, 2000
- PALOMO HERRERO Y., “La pretensión civil deducible en el proceso penal”, *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 14, 2008
- PEDRAZ PENALVA E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid, 1985
- “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989
- PINTO DOS SANTOS F. J. “El nuevo código de proceso penal portugués”, *Jueces para la Democracia*, diciembre 1988
- POSSLEY M., “Preventable Error: a Report on Prosecutorial Misconduct in California 1997–2009”, (con RIDOLFI K.), *Santa Clara University*, California, 2010
- PRIETO–CASTRO FERRÁNDIZ L., *Constitución dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1953
- QUINN E. D., “Standards of materiality governing the prosecutorial duty to disclose evidence to the defense”, *Alaska Law Review*, Vol.6, 1989
- QUINTERO OLIVARES G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *Revista Poder judicial*, núm. Espacial XVII, 1999
- “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 16, Madrid, 2004
- RAMOS MÉNDEZ F., *El proceso penal*, Barcelona, 2000
- RESNICK, “Due process and procedure justice”, *Yearbook of the American Society for political and legal philosophy*, Nueva York, 1977
- RIDOLFI K. “Preventable Error: a Report on Prosecutorial Misconduct in California 1997–2009”, (con POSSLEY M.), *Santa Clara University*, California, 2010

- RÍOS MARTÍN J. C., “Conclusiones del curso la mediación civil y penal sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigido a jueces de familia y penales”, *La mediación civil y penal. Un año de experiencia, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 136, 2008
- RITTER A., “El Ministerio Fiscal Alemán: Naturaleza, funciones, sus relaciones con los demás poderes del Estado”, *Revista de Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº. VI, Madrid, 2001
- RIZO GÓMEZ B., “El ejercicio de la acción civil en el proceso penal”, *La reforma del Código Penal*, (dir. ASECIO MELLADO J. M. y FUENTES SORIANO O., coord. CUADRADO SALINAS C.), Madrid, 2011
- ROXIN C., *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Madrid, 1997,
—*Derecho procesal penal —Stafverfahrensrecht—*, Buenos Aires, 2003
- RUIZ VADILLO E., “El principio de oportunidad reglada” *La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989
—“Algunas breves consideraciones sobre las dilaciones indebidas en el proceso penal español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1690, Madrid, 1993
- SALAS CALERO L., “El jurado en casos penales en Estados Unidos”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 45, 2003
- SANZ MORENO F., *Constitución española – trabajos parlamentarios*, IV volúmenes, publicaciones de las Cortes Generales, Madrid, 1980
- SENÉS MOTILLA M.C., “Derecho a un proceso equitativo, público y en un plazo razonable”, *El espacio europeo de libertad, seguridad y Justicia: avances y derechos fundamentales en materia procesal*, (coord. CALDERÓN CUADRADO M. P e IGLESIAS BUHIGUES J. L), Madrid, 2009
- SERRA DOMÍNGUEZ M., “Ministerio Fiscal”, *Nueva enciclopedia jurídica Seix*, XVI, Barcelona, 1978
- SHAFFER T., “Unique, novel, and unsound adversary ethic”, *Notre Dame Law School Review*, 1988
- SPAULDING N., “The rule of law in action: a defense of Adversary System values”, *Cornell Law Review*, Vol. 93
- STEMEN D., *The Anatomy of Discretion: an Analysis of Prosecutorial Decision Making*, Technical Report, (con FREDERICK B), US Department of Justice, Chicago, 2012

- STROEZEL H “Die Bundesweite TOA Statistik” *Bundesministerium der Justz*, (con HARTMANN A.), Bonn, 1996
- SCHÜNEMANN B., “Crisis del procedimiento penal (¿Marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo?)”, *Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 1991
- SWARD E. E., “Values, ideology, and the evolution of the Adversary System”, *Indiana Law Journal*, Vol. 64, 1989
- THAMAN S. C., “La decisión sobre la culpabilidad en el jurado norteamericano” *La ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003
- TODOLÍ GÓMEZ A., *La potestad de acusar del Ministerio Fiscal en el proceso penal español: naturaleza, posibilidades de su ejercicio discrecional, alcance de sus diferentes controles y propuestas de mejora del sistema*, Tesis doctoral, (dir. MARTÍN PASTOR J.), Universidad de Valencia, 2013
- TORRES–DULCE LIFANTE E., “La reforma de la instrucción en el proceso penal y el fiscal investigador”, *La posición del fiscal en la investigación penal. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, (con AA.VV.), Navarra, 2005
- UGLOW S., *Criminal Justice*, Londres, 1995
- ULPIANO, *Digesto*, Libro I
- UNILLEVER R., “The neutral prosecutor: the obligation of dispassion in a passionate pursuit”, *Fordham Law Review*, 2000
- VARONA VILAR S., “Mediación penal: un instrumento para la tutela penal”, *Revista Poder Judicial*, núm. 94, 2012
- VÁZQUEZ SOTELO J.L., “Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal”, *Crisis de la Justicia y reformas procesales*, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988
- VERGER GRAU J., “Investigación teórico práctica del juicio ante jurado en Francia y en Norteamérica”, *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica, Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 45, 2003
- “Una modalidad alternativa al ejercicio de la acción penal”, *Poder Judicial*, núm. especial XIX, Madrid, 2006

- WATERS D. W., “Public prosecution in England 1854–1879: an essay in english legislative history”, (con KURLAND P. B.), *Duke Law Journal*, 1953
- WELZEL H., *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1947
- WRIGHT R. F., “How Prosecutor Elections Fail Us”, *Wake Forest University–Ohio State Journal of Criminal Law*, 2008
- WILSON G., *Cases and material in constitutional and administrative law*, Cambridge, 1976
- ZARATE CONDE A., “Las órdenes e instrucciones particulares del Ministerio Fiscal: una propuesta de reforma a la luz del sistema francés” *Diario La Ley*, 11 de octubre de 2012
- ZARZALEJOS NIETO J., *Aspectos fundamentales del derecho procesal penal*, (con BANACLOCHE PALAO J.), Madrid, 2010

