

El fiscal instructor, ¿es necesario?*

Teresa Armenta Deu
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona*

SUMARIO: PLANTEAMIENTO.— I. SITUACIÓN ACTUAL: 1. *La posición del fiscal en la instrucción y las últimas reformas procesales:* A) Con carácter previo: breve referencia a su integración orgánica; B) Funciones investigadoras y acusadoras del fiscal en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988; C) Funciones investigadoras y acusadoras del Ministerio Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado; D) La Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su pretendido carácter de modelo para la reforma del proceso penal de adultos; E) La reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de enjuiciamiento rápido y del procedimiento abreviado, de 28 de octubre de 2002.— II. DOS OPCIONES DIFERENTES EN SENDOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO: 1) *Francia;* 2) *Alemania.*— III. LAS ORIENTACIONES DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y EL MODELO DE LA CPI: 1) *El sistema propuesto por la Comisión de expertos encargada de elaborar un «Corpus Iuris» de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea;* 2) *El «Libro Verde»;* 3) *La Corte Penal Internacional.*— IV. REFLEXIONES FINALES: OMISIÓN DE LA CUESTIÓN EN LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS MÁS RECIENTES Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS CON MAYOR FRECUENCIA: 1) *La falta de mención en las iniciativas legislativas más recientes;* 2) *Argumentos:* A) La consagración del acusatorio; B) Imparcialidad y juicio de acusación; C) Fiscal instructor, acusación popular y acusación particular; y D) Fiscal instructor y principio de oportunidad. 3) *¿Es realmente necesario un fiscal instructor?*

PLANTEAMIENTO

Sobre el Ministerio Fiscal y sus funciones, singularmente en el proceso penal, se han formulado en los últimos años diferentes juicios críticos apelando a un pretendido imponderable en virtud del cual éste debe asumir la dirección de la fase investigadora del citado proceso. La discusión sigue abierta y su reiteración ha situado al Ministerio Fiscal ante una «crisis de identidad» a la búsqueda permanente de una función puesta en entredicho y que a mi juicio se define claramente tanto en la Constitución como en su Estatuto Orgánico y en las funciones que en el marco penal le asigna la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

* Este trabajo se incluye en el *Libro homenaje al Profesor Eduardo Font*, Madrid, C.E.J.A.J.

El análisis que pretendo realizar no persigue cerrar el tema. Casi al contrario, busca cuestionar si debería seguir abierto. Y de no entenderse así, sentar las bases para dilucidar, cuál es su incidencia y significado en el conjunto del sistema, las ventajas que un fiscal instructor ofrecería y los inconvenientes, así como los necesarios contrapesos para un deseable equilibrio entre los diversos elementos implicados (dependencia o independencia del ejecutivo; imparcialidad y garantías; posición respecto de la policía judicial; posición respecto de las restantes partes acusadoras; funciones instructoras a su alcance....).

Con tal objeto, el análisis se inicia con la evolución seguida en las múltiples reformas procesales penales de los últimos años, la perspectiva comparada a partir de dos países que han tomado opciones contrarias, los proyectos armonizadores de la UE y el modelo de la CPI, para terminar con las últimas reformas procesales y orgánicas y una breve referencia al corolario de cuestiones que generalmente se anudan al referido imponderable de encomendar la instrucción al fiscal.

I. SITUACIÓN ACTUAL

Si trazáramos una línea evolutiva en la normas que han regido el proceso penal y las funciones del fiscal, a partir de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 hasta la más reciente Reforma parcial de este Texto Legal, de 24 de octubre de 2002; pasando por el Estatuto Orgánico (Ley 50/1981, de 30 de diciembre); la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado y la Ley Orgánica de Responsabilidad de los Menores; las variaciones no ofrecen una dirección única o confluyente hacia una concreta configuración.

1. La posición del fiscal en la instrucción y el ejercicio de la acusación a través de las últimas reformas procesales:

A) *Con carácter previo: breve referencia a su integración orgánica*

Históricamente, el MF aparece integrado en el poder ejecutivo, como abogado del monarca y su patrimonio; posteriormente, custodiando todos los Derechos del Estado con amplia actividad en el orden punitivo y; finalmente, defendiendo a la Sociedad y al individuo¹.

Hoy en día, su pertenencia al ejecutivo o al judicial es objeto de posiciones encontradas, si bien la inmensa mayoría de los autores –con independencia de

¹ Para una aproximación al perfil histórico de la figura, antes de que se viera influenciada por el «Ministère Public» francés allá a finales del siglo XVIII comienzos del XIX en: *Memoria Fiscal* de COVIÁN y JUNCO de 1921; DE LA PLAZA, *Derecho Procesal civil*; Madrid, 1951 y JIMÉNEZ ASEÑO, «Organización judicial española» y «Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal» en *Revista de Derecho Procesal Ibero-americana*, 1960, p. 592ss. Recogiendo toda la influencia francesa, *vid.* PRIETO-CASTRO, *Derecho de Tribunales*, Madrid, 1986, p. 474. Una completa visión del órgano acusador en Inglaterra, País de Gales y EEUU de Norteamérica la realiza Luis María Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar*, Ariel, Barcelona, 2000, *passim*.

consideraciones más o menos coherentes en torno a otros puntos estrechamente relacionados con éste— lo incluyen entre los órganos de la administración, con mayor o menor autonomía funcional.

Para este sector de la doctrina son argumentos determinantes: el estar fuera del principio de exclusividad jurisdiccional (117.3 CE) y no gozar de la garantía de la inamovilidad e independencia, consustanciales a los miembros del poder judicial².

Quienes han sostenido su pertenencia al poder judicial, fundamentan tal parecer, en la inclusión de su regulación constitucional en el Título VI de la CE dedicado al Poder Judicial (art. 124 CE) y, en la literalidad del artículo 2 de su Estatuto Orgánico, a cuyo tenor el MF está integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial³.

Expuestos de manera sucinta —pese a la abundante literatura que en los últimos años ha originado⁴— los argumentos son los que siguen. En cuanto al primer grupo, la exclusión del principio de exclusividad jurisdiccional se infiere sin mayor dificultad del propio artículo 117, III CE, que no menciona de manera alguna a la Fiscalía⁵. La independencia —o su falta, como segundo gran óbice argüido— es una característica esencial de los órganos judiciales, dentro de los que aspectos como la inamovilidad o la responsabilidad no son sino factores que la garantizan⁶. Dicha independencia es difícilmente predicable de la Fiscalía, empezando por el tenor literal del mismo artículo 124.2 CE⁷

² FAIRÉN GUILLÉN, *El Ministerio Fiscal en la reforma procesal de 1988* en Tapia enero-febrero 1989 y mayo-junio del propio año, p.63ss. y 57ss., respectivamente; DE LA OLIVA SANTOS, *Jueces imparciales, Fiscales «investigadores» y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988, cit., pp. 91 a 95; GIMENO SENDRA, «El Ministerio fiscal y el artículo 124 de la CE», en AAVV, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, y, del mismo autor, «Las partes acusadoras» en *El nuevo proceso penal AAVV, Derecho procesal penal*, Madrid, 3.ª ed.; MORENO CATENA, «Derecho Procesal», AAVV *Derecho procesal penal*, Madrid, 3.ª ed. y ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal entre 'viejo' y 'nuevo' proceso» en AAVV, *La reforma del proceso penal*, Madrid, 1990, p. 81ss.

³ JIMÉNEZ VILLAREJO, «El ministerio fiscal, dentro del Poder Judicial» en *Poder Judicial*, 1982, p. 81 ss.
⁴ En cuanto a la atribución al fiscal de la dirección de la instrucción, véase por todos, RUIZ VADILLO, «La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal» en *Poder Judicial*, p. 53 ss., y especialmente la nota 14 donde se cita los numerosos artículos sobre la cuestión.

⁵ «El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». Algunos autores, como MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, T.I. 1989, p. 99 ss., diferencian en dicho preceptos —y el art. 2.1 LOPOJ, que lo repite— los siguientes aspectos: el monopolio estatal; el monopolio judicial y un sentido negativo, contemplado en el art. 117.4 CE y 2.2 LOPJ.

⁶ Entre otros, MONTERO AROCA, *Derecho jurisdiccional*, cit., p. 118 ss.; y ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal...», cit. *passim*. Otra característica como el régimen de prohibiciones e incompatibilidades no es valorada, a estos efectos de manera similar, por los autores citados.

⁷ «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». Dicha dependencia, desde el punto de vista interno se articula a través de las directrices que el Fiscal General del Estado puede impartir (art. 25.1 EOMF) o mediante el requerimiento contemplado en el art. 26 del mismo texto legal. De manera paralela contempla esta sumisión —íntimamente relacionada con la característica de unidad de actuación— la solución arbitrada en el art. 27 EOMF en cuanto a eventuales actuaciones del fiscal conforme a las instrucciones recibidas, más en desacuerdo con su personal criterio.

Desde la perspectiva externa, a pesar de la suavización llevada a cabo en el tenor literal de los artículos 8 a 12 EOMF respecto de sus precedentes, que configuraban al fiscal como «órgano de comunicación entre el Gobierno y los Tribunales de justicia» (art. 35 Ley Orgánica del Estado); el actual Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal sigue contemplando en su art. 8.2 la comunicación entre Gobierno y MF a través del Fiscal General del Estado y por conducto del Ministerio de Justicia. Bien es cierto que en el mismo artículo octavo se dice textualmente 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» y que «el Fiscal

y siguiendo por su falta de inamovilidad⁸.

En lo que se refiere al objeto de este análisis, tampoco parece esencial ni a la configuración constitucional del fiscal ni al ejercicio de sus funciones en el proceso penal, la tan reiterada independencia. Incluso al contrario, es perfectamente posible predicar las bondades de su estrecha relación con el ejecutivo. Otra cosa es encontrar el necesario equilibrio entre dicha relación y una autonomía operativa, así como las garantías precisas frente a órdenes incompatibles con su deontología⁹. A esta consideración cabe añadir su diferente función respecto de aquélla encomendada a los órganos jurisdiccionales¹⁰.

Quizá podría concluirse, como hace la doctrina alemana y parte de la española, que el fiscal se integra en un concepto amplio de «administración de justicia», que sin convertir a sus miembros en equiparables a los jurisdiccionales, colabora con éstos y otros, como los secretarios judiciales o los abogados del Estado, en funciones imprescindibles para la buena marcha de la citada administración.

Para finalizar este *excursus*, puede ser útil una breve mención a algunas afirmaciones vertidas sobre la posición del fiscal en el conjunto del sistema institucional del Estado y los fundamentos o justificaciones de la misma¹¹. A la normalización democrática que se consolida por la Constitución se le ha pretendido dar, en algún caso, un alcance desmesurado y confuso, al advertir en el Gobierno una instancia democráticamente legitimada y, a partir de él, una extensión de dicha legitimación democrática a todo el aparato dependiente del Gobierno y, también, al Ministerio Fiscal.

Ante esos planteamientos conviene efectuar dos matizaciones fundamentales.

La primera para destacar, el aludido, y cierto, efecto normalizador, legitimador si se quiere, del conjunto del sistema y de todos sus elementos que en el orden constitucional se fundamenta. La segunda, para significar que esa legitimación que a cada orden alcanza se da en el medida en que ocupe, sin extra-

General del Estado, oída la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, resolverá sobre la viabilidad o procedencia de las actuaciones interesadas y expondrá su resolución al Gobierno de forma razonada».

⁸ Característica ésta exigida como imprescindible para el ejercicio de la función jurisdiccional por la inmensa mayoría de la doctrina, tanto nacional como extranjera. Nótese que una de las causas de traslado es: «disidencias graves con el Fiscal Jefe...»; a ello cabe añadir la causa contemplada en el citado art. 42 EOMF («Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, los Fiscales Jefes de los respectivos órganos podrán ser removidos por el Gobierno a propuesta del Fiscal General del Estado, que deberá oír previamente al Consejo Fiscal y al interesado»). Vid. T. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Barcelona, PPU, 1991, p. 153 ss.

⁹ Ésta es la opción legislativa de la mayoría de los países, Francia, Alemania, Portugal. Niegan, asimismo, la exigencia de independencia, V. MORENO CATENA, «El enjuiciamiento de delitos menos graves. Apuntes sobre la imparcialidad del juzgador» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, septiembre 1987, n.º 1468, p. 86 ss. Así lo entiende también Luis M.ª DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar*, cit., p. 186.

¹⁰ «(...) promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social» tal como encomienda el art. 124.1 CE al Fiscal; en lugar de la función de «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» según la definición que del ejercicio de la función jurisdiccional efectúa el art. 117.3 CE.

¹¹ En posiciones claramente diferentes: GIMENO SENDRA, «Las partes acusadoras» en *El nuevo proceso...*, 1989, p. 65 ss., de una parte y, DE LA OLIVA, *Jueces Imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, 1988, p. 90 y ANDRÉS IBÁÑEZ, «El Ministerio Fiscal entre 'viejo' y 'nuevo' proceso» en *La reforma del proceso penal*, p. 81 ss. y, especialmente, p. 86, de otra.

limitarse, el lugar que en ese orden le corresponde con las cualidades y títulos que le asisten. Y aquí puede decirse que el de la legitimación democrática, entendida como representatividad, no es uno de ellos en el caso del Ministerio Fiscal, ni tan siquiera del Gobierno, del que procederían las instrucciones para su actuación. El calificativo de democrático lo predica el texto constitucional del modelo de Estado (artículo 1.1 CE). A partir de ahí puede decirse que el Gobierno —en la medida que forma parte del Estado— participa de esa nota, pero no puede afirmarse en modo alguno que el Gobierno es democrático¹². Así, en el caso del Gobierno, su formación no está abierta a un proceso electoral y el artículo 66.1 CE deja muy claro que la representación del pueblo español la ostentan las Cortes. La legalidad a la que, en todo caso, debe someterse el fiscal (artículo 124 CE), está presidida por la Constitución y las leyes que de las Cortes emanen como expresión de la voluntad popular, sin que sea en modo alguno admisible una doble fuente de legitimación de normas con efectos externos —que serían sin duda algunas instrucciones— al estilo del constitucionalismo de principios del siglo XIX, resultado de la reacción monárquica¹³.

B) *Funciones investigadoras y acusadoras del fiscal en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1988*

Una de las tendencias comunes en las recientes reformas de las regulaciones procesales penales europeas ha sido el orientar las facultades de la Fiscalía hacia la dirección de la fase instructora del proceso, con diferentes controles según el sistema procesal de que se trate¹⁴. Dicha orientación va generalmente

¹² La representatividad y el componente democrático se da, por ejemplo, en otras realidades, aunque tengan una clara naturaleza administrativa, como son los Municipios. Los responsables de su gobierno y administración son directamente elegidos por el conjunto de los vecinos y por tanto existe una responsabilidad inmediata de su gestión. En el orden que me ocupa, el ejemplo más claro lo supone el fiscal de muchos de los Estados y ciudades de los EEUU. (Son excepciones a la elegibilidad directa, por ejemplo, Alaska, Delaware y Rhode Island, en donde los designa el fiscal general). En los mismos, el fiscal se somete periódicamente —y con él toda su gestión de política criminal— al refrendo de sus conciudadanos, en elecciones libres y directas a las que son presentados, en la mayoría de los supuestos, los dos partidos mayoritarios. Cfr. WEIGEND, *Anklagepflicht und Ermessen*, cit., p. 98 ss. En este sistema americano sí puede hablarse de legitimación democrática del fiscal. En efecto, en el mismo se pone de manifiesto con toda claridad la responsabilidad directa del fiscal frente a los ciudadanos, a la par, que se compensa, cara a éstos últimos, el amplio campo de discrecionalidad que el fiscal disfruta.

¹³ Es el conocido dualismo que representa la afirmación del principio monárquico y principio democrático, como doble fuente de legitimación, también normativa, superada definitivamente hace ya más de un siglo.

¹⁴ En Portugal, pese a la exigencia constitucional del principio de jurisdiccionalidad de la instrucción (art. 32.4 de la *Constituição da República Portuguesa*) la «ficción legal» de la intervención del juez en el *inquérito* y de una posible instrucción complementaria, ésta sí, judicial, ha salvado la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 53.2 b) y 262 a 285 CPPP de 17 de febrero de 1987; M. LOPES MAIA GONÇALVES, *Código de Processo penal*, Almedina, Coimbra, 1988 y J. FIGUEREIDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal» en *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo penal*, Coimbra, Almedina, 1991, p. 23 ss. En Italia, el CPPI se modificó por *Decreto del Presidente della Repubblica*, de 22 de septiembre de 1988, atribuyendo a la llamada *indagini preliminari* al Ministerio Público, si bien con la necesaria colaboración del *Giudice per le indagini preliminari*, M. CHIAVARO, «Dal giudice istruttore al giudice per le indagini preliminari», en *La riforma del processo penale*, Torino, Utet, 1988, p. 80 ss.; GAITO (coordinador), *Accusa penale e ruolo del Pubblico Ministero*, Napoli, Jovene editore, 1991, *passim*.

unida a una innegable influencia de los sistemas anglo-germánicos en los ordenamientos nacionales y en el comunitario e internacional. Por otra parte, en la citada tendencia prevalece la idea de que la instrucción constituye una fase encaminada a fundamentar la acusación y no tanto a preparar el juicio¹⁵.

Históricamente la entrada del fiscal en el trámite investigador del proceso penal se produce para instrumentar la necesaria separación entre órgano acusador y órgano juzgador, de acuerdo con el sistema acusatorio. La dirección de dicha fase continúa, empero, como competencia del juez instructor, quien dirige a la policía, correspondiendo al fiscal la inspección de las actuaciones que se lleven a cabo¹⁶, así como aquéllas que se contemplan en el artículo 5 EOMF.

En el proceso penal abreviado, la LO 7/1988, de 28 de diciembre inició una línea de ampliación del marco de las competencias de la Fiscalía que no ha tenido la esperada aplicación práctica y tampoco se ha visto confirmada en sucesivas modificaciones, a excepción de la que introdujo el Procedimiento de Responsabilidad de los Menores. En efecto, la citada Reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que introdujo el procedimiento abreviado se quedó a medio camino entre lo perseguido e incluido en la norma positiva —singularmente el artículo 785bis— y lo efectivamente aplicado¹⁷; de hecho, las instrucciones dirigidas por la Fiscalía han invocado el artículo 5 del EOMF.

Por otra parte, el antiguo artículo —781 LECrim— dedicado exclusivamente a las atribuciones del fiscal en el proceso abreviado, no contenía ninguna novedad definitiva respecto de la regulación aplicable al proceso penal ordinario. Resalta únicamente la función vigilante y rogatoria del fiscal en orden a la aceleración procedimental. Cabe señalar, quizás, el deber del fiscal de instar del juez la adopción de las medidas contempladas en el artículo 785 LECrim —éstas sí, innovadoras, aunque dirigidas al juez— para agilizar la tramitación¹⁸, e insistir en el deber de dar instrucciones a la policía judicial o solicitar del juez una serie de medidas tendentes a la repetida finalidad aceleradora, concreta-

¹⁵ La Circular 1/1989 de la FGE señala expresamente: «(.) la fase de investigación judicial ha sufrido en este proceso —el abreviado— un esencial cambio de naturaleza y finalidad con respecto al tradicional sumario. En efecto, el fin de las diligencias previas en el procedimiento abreviado es, fundamentalmente, no preparar el enjuiciamiento, como el sumario, sino preparar la acusación (.)». De esta forma, los otros fines de la instrucción, la necesaria investigación del efectivo acaecimiento del hecho delictivo y sus circunstancias, así como el aseguramiento de la eventual resolución que posteriormente recaiga, no son desdeñados, pero se conciben con carácter complementario o necesario para aquél otro tema principal.

¹⁶ *Vid.* art. 303 en relación con el 306 ss. LECrim. En el art. 306 se dice textualmente: «(.) los Jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente».

¹⁷ Si se observa la regulación resultante y, sobre todo, la evolución del Anteproyecto y posterior Proyecto puede constatarse, que siendo la idea del legislador encomendar la dirección y responsabilidad de la fase investigadora al fiscal, el rechazo de la práctica totalidad de los estamentos afectados y los múltiples problemas técnicos y jurídicos anunciados por los mismos, abortaron aquel primer intento, cuya plasmación vigente más aproximada es el art. 785bis LECrim. que —de no existir el 785 LECrim y la obligación de cesar en las diligencias en cuanto se tenga conocimiento de la instrucción judicial— supondría, prácticamente, el logro del repetido propósito.

¹⁸ En efecto, en el mismo y después de repetir las atribuciones ya inferidas de la regulación del proceso ordinario: ejercer las acciones penal y civil y velar por el respeto de las garantías procesales del imputado y la protección de la víctima y de los perjudicados por el delito; el precepto se limita a hacer especial hincapié en la misión de impulso y simplificación de la fase instructora.

mente: instar la adopción de medidas cautelares; dar instrucciones a la policía para el más eficaz cumplimiento de sus funciones¹⁹; y aportar medios de prueba o solicitar del juez la práctica de los mismos²⁰.

Corresponde al fiscal, asimismo, instar la finalización de la investigación tan pronto se estimen practicadas todas las actuaciones necesarias para resolver sobre la acción penal, así como desarrollar las siguientes funciones: recibir denuncias (artículos 5,2 EOMF y 259 y 264 LECrim); ordenar la detención preventiva de la persona sospechosa (artículo 5,2if EOMF) y, hacer comparecer ante sí a cualquier persona para recibirle declaración²¹. Se le reconoce también la posibilidad de decretar el archivo de las actuaciones: «cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el juez de instrucción»²². Finalmente, corresponde al fiscal: a) instar del juez la práctica de diligencias complementarias, ante la imposibilidad de formular el escrito de acusación; b) pedir el sobreseimiento, c) o solicitar la apertura del juicio oral, formulando escrito de acusación. Quedan fuera de su ámbito de competencias las resoluciones que afecten a la acción penal, en cuanto implican ejercicio de la potestad sobre la admisibilidad del pronunciamiento de fondo *ex artículo 24.1 CE*²³.

A la hora de formular el juicio de acusación, elaborando el correspondiente escrito, la solicitud de diligencias complementarias puede proceder del fiscal, en cuyo caso, y salvo que los motivos sean los contemplados en los núme-

¹⁹ Actuaciones que, a tenor de la Instrucción 2/1988 de la FGE, se fundamentan también en el art. 20 del RD 769/1987 sobre policía judicial, en virtud del cual el fiscal dirigirá a esta última en las «(...)diligencias de investigación criminal formalmente concretadas a un supuesto presuntamente delictivo pero con carácter previo a la apertura de la correspondiente actuación judicial». En tal sentido, la Circular 1/1989 FGE.

²⁰ Esta última facultad no puede ser entendida –sobre todo en su primera parte (aportando medios de prueba)– como el reconocimiento al fiscal de la capacidad para generar actos de prueba, ya que dicha función sólo es predicable de los órganos jurisdiccionales. Se deberá, pues, instar la intervención del juez de instrucción, si se pretende que un determinado acto goce de valor probatorio, así como velar por el efectivo cumplimiento del contradictorio (art.781,2 LECrim). El fiscal sólo podrá intervenir –en el supuesto de asegurar las futuras fuentes de prueba– hasta el momento en que el juez instructor pueda hacerlo propio. Dicha intervención, a pesar del tenor del art. 5.3 EOMF y 28 RD769/1087 (presunción de autenticidad de sus actuaciones), no debe interpretarse en el sentido ya mencionado de otorgar a las actuaciones valor probatorio.

²¹ Esta última función debiera corresponder, por su naturaleza y en opinión de de la OLIVA, única-mente al órgano judicial, cfr. *Jueces imparciales...*, cit., p. 121, nota 104.

²² Esta posibilidad de rechazo de las denuncias manifiestamente infundadas, estando dirigida a una mayor diligencia en la tramitación, encuentra, no obstante, muchas cortapisas para su efectiva aplicación, así: 1) la provisionalidad del archivo que sólo durará hasta tanto cualquier denunciante reitere su denuncia ante el órgano jurisdiccional; 2) el que sólo será posible ante incoación *ex officio* de las actuaciones por el fiscal, ya que las denuncias y querrelas de los particulares, deben presentarse también ante el juez (art. 789,1 LECrim); y 3) su viabilidad en el supuesto de «falta de tipicidad del hecho. No se contempla, empero, la procedencia del archivo por falta de autor conocido.

²³ El derecho a la tutela judicial efectiva implica que las resoluciones sobre la acción penal en el procedimiento preliminar deben gozar de la garantía jurisdiccional. M. ORTELLS RAMOS, «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: Límites constitucionales y valoración jurídico-política» en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, n. 2. pp. 223 ss.; J. L. GÓMEZ COLOMER, «La Instrucción del proceso penal por el Ministerio Fiscal: Aspectos estructurales a la luz del Derecho comparado», AAVV, *La reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Profesor Klaus Tiedemann)*, Castelló de la Plana, Universitá Jaume I, Diputación de Castelló, pp. 459 ss.

ros 1,2,3,7 y 10 del artículo 8 CP, se acordará por el juez, dejando sin efecto la prisión y demás medidas cautelares adoptadas. En tanto, si se solicitan por el acusador particular, el juez no estará vinculado a la petición, y simplemente podrá decidir la remisión de la causa al superior jerárquico, para que resuelva si procede o no sostener la acusación²⁴.

La solicitud de apertura del juicio oral y consiguiente formulación del escrito de acusación constituyen una doble característica del sistema. De una parte, del principio acusatorio: la necesidad de que para la apertura del proceso sea imprescindible el ejercicio de una acción. De otra, de las funciones del fiscal, quien cumple así uno –si no, el– cometido más significativo de su actividad en el proceso penal. El escrito de acusación se adecuará a los requisitos exigidos en la propia LECrim²⁵. El órgano jurisdiccional deberá, por último, velar por la fundamentación de la acusación, pudiendo rechazar la petición en dos únicos supuestos²⁶. De ahí que un eventual traslado de la investigación al fiscal pasaría necesariamente por un control jurisdiccional de la fase intermedia o juicio de acusación. En esta hipótesis, correspondería al juez examinar la decisión de no ejercicio del MF y la solicitud de sobreseimiento y archivo de la causa; así como su contraria. En el primer caso, como garantía del interés público en la persecución penal. En el segundo, para evitar el imputado tener que someterse a un juicio sin suficiente fundamento. Además, como el MF comparte el ejercicio de la acción penal, las restantes partes acusadoras deberían pronunciarse al respecto.

Con arreglo a la ordenación procesal después de la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2002, el control del ejercicio de la acusación se realiza a través de diversos instrumentos. Por un lado, el ofrecimiento de acciones a los perjudicados no constituidos como partes, obligatorio en el procedimiento ordinario²⁷ y facultativo en el abreviado y en el enjuiciamiento rápido²⁸. Por otro, el traslado al superior jerárquico cuando nadie acuda a sostener la acusación²⁹.

La cuestión se plantearía en los casos en que el juez valore como errónea la decisión del fiscal de no ejercitar la acción penal, ya sea en atención a argumentos jurídicos, ya en atención a datos fácticos³⁰. O, en el supuesto contrario,

²⁴ A diferencia del proceso ordinario, donde en caso similar el juez puede ofrecer el ejercicio de la acción a los interesados en el mismo –actuación considerada siempre como una manifestación del respeto hacia el p.acusatorio– la regulación actual limita tal ofrecimiento al superior del fiscal, lo que sin dificultad debe entenderse como una muestra más de la tendencia al predominio de este último, tanto en sus funciones instructoras como en aquellas otras derivadas de su condición de titular de la acción penal.

²⁵ Art. 790.V LECrim.

²⁶ Que el hecho no sea constitutivo de delito y/o que no existan indicios racionales de criminalidad contra el acusado.

²⁷ Arts. 642 y 643 LECrim.

²⁸ Arts. 782.2 a) LECrim y 801.5 LECrim. para el enjuiciamiento rápido.

²⁹ El art. 644 LECrim, en lo relativo al sumario; art. 782.2.c) para el abreviado y art. 801.5 if. para la modalidad de enjuiciamiento rápido.

³⁰ Como la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala, el legislador español siguió el ejemplo del CPP austriaco (pgf. 109 StPO austriaco. Opción contraria a la seguida en la vecina Alemania, donde la *Klageerzwingungsverfahren* o acción para obligar al ejercicio de la acción penal, actúa como contrapeso de la escasa participación de la víctima en el proceso, permitiéndole actuar contra la resolución de archivo del fiscal, salvo en los casos de aplicación del principio de oportunidad. Una visión sucinta en mi obra *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, PPU, 1991, p. 138 ss.

cuando se solicita la apertura del juicio oral y se ejercita la acción penal, llevando a cabo el mismo juicio, ahora *a contrario sensu*. En este último supuesto, sea cuál sea el fundamento de la disensión, el acusatorio obliga al ejercicio de la acción penal por parte de alguno de los acusadores, salvo que el órgano jurisdiccional considere que el hecho no es constitutivo de delito. Pese a que a partir de entonces la acción penal deviene irrectratable y a que no existe posterior control judicial, abrir el juicio oral a sabiendas de que no se ha obtenido material suficiente que pueda acarrear una condena conduciría a provocar indeseables absoluciones e impunidades con fuerza de cosa juzgada³¹.

Si el juez entiende que la acción penal debe ser ejercitada en contra del parecer del fiscal y éste es el único acusador, o no siendo así, ninguna otro acusador ejercita la acción; precisamente como contrapeso a la asunción de la investigación por el fiscal y garantía de la salvaguarda del interés público subyacente, se debería contemplar la posibilidad de que el juez pudiera instar el ejercicio de la acción por el fiscal, pudiendo incluso obligarle si concurren los requisitos legales y de hecho a tal efecto³².

C) *Funciones investigadoras y acusadoras del Ministerio Fiscal en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado*

Pese a que la lectura de la Exposición de Motivos y el esquema «perseguidamente acusatorio» de la instrucción hicieran pensar otra cosa, la LOTJ no amplía ni modifica el régimen general de las facultades de investigación del MF³³. El artículo 24 LOTJ no ha introducido novedad alguna en este sentido, aunque sí ha potenciado, en cambio, su papel en el juicio de acusación.

En atención a la singularidad que conlleva la aplicación del artículo 24 LOTJ, en cuanto exige una imputación verosímil para incoar el procedimiento, la estructura de la investigación y con ella de la actuación del fiscal ofrecen particularidades, tanto si el delito no se encuentra entre los previstos en el artículo 757 de la LECrim, como si así es. En el primer supuesto, ante la presentación de denuncia o atestado, el fiscal podrá solicitar directamente la incoación del proceso o realizar u ordenar aquellas diligencias encaminadas a la comprobación del hecho denunciado (artículo 5.2 EOMF); pero no se encuentra obligado a asumir investigación alguna. Alcanzado dicho objetivo deberá archivar o solicitar la apertura del proceso. Si el delito se comprende en lo previsto en el artículo 757 LECrim, la aplicación del artículo 773.2 LECrim

³¹ G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *El periodo intermedio del proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 630.

³² Entre otros, ORTELLS RAMOS, «Nuevos poderes para el Ministerio Fiscal en el proceso penal: límites constitucionales y valoración político-jurídica» en *Revista de Derecho Procesal*, 1990, n. 2, p. 235.

³³ Sobre el objetivo, basta leer la Exposición de Motivos. Sin embargo, hay que recordar que el esquema triangular (acusador, acusado, órgano director/investigador) vertebración propia del proceso acusatorio, se garantiza tanto si dirige la instrucción el MF o un juez diferente al que luego enjuicie. Sobre este último aspecto, T. ARMENTA DEU, *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, PPU, 1995, especialmente, p. 35 ss.

(de idéntico contenido al antiguo 785bis LECrim) obliga al MF a practicar u ordenar la práctica de las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes. Ahora bien, a semejanza del procedimiento abreviado, la investigación finaliza esclarecidos los hechos, con independencia de lograr o no la identificación de un presunto responsable³⁴. El juez instructor puede practicar, al incoarse el procedimiento, las llamadas «diligencias inaplazables» (artículo 24.1f LOTJ), así como acordar «diligencias complementarias», siempre y cuando tengan efectivamente tal carácter, es decir, su objeto venga previamente delimitado objetiva y subjetivamente.

Atendiendo a la perspectiva que nos interesa, la fase instructora de este procedimiento se caracteriza por el traslado a dicha etapa de lo que constituye el juicio de acusación en el proceso ordinario de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En aras de potenciar el acusatorio, el artículo 26 LOTJ anticipa a dicha fase investigadora la necesaria instancia de alguna de las partes acusadoras, de manera que a diferencia del sistema previsto en la LECrim, donde el juez puede dirigir la investigación sobre cualquier persona, sin necesidad de que lo solicite ninguna parte, o incluso en contra del criterio de alguna, en el procedimiento ante el jurado tal actuación es imposible³⁵.

Esta configuración, que no deja de presentar ventajas³⁶, ofrece un claro ejemplo de los riesgos inherentes a determinadas líneas de reforma. Singularmente, dejar sin contrapeso la facultad del fiscal, si, como es frecuente, resulta el único acusador, para decidir la impunidad de determinadas personas incluso a partir de la propia fase investigadora. La estructura tripartita del principio acusatorio vuelve a encontrar dificultades en la situación del fiscal como «parte imparcial» que instruye y puede llegar a decidir sobre el juicio de acusación.

No deja de ser cierto que con este esquema pueden evitarse investigaciones injustificadas, pero el precio en términos de credibilidad del sistema, especialmente en cuanto a la actuación imparcial del MF, puede resultar excesivamente alto.

D) *La Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y su eventual carácter de modelo para la reforma del proceso penal de adultos*

La configuración del proceso para determinar la responsabilidad penal de los menores por Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, introdujo notables cambios en el sistema de enjuiciamiento penal, en atención, se argumentó, a un criterio determinante: el superior interés del menor. Paradójicamente, habien-

³⁴ Arts. 27.3; 27.4 y 32.3 LOTJ.

³⁵ Así lo entiende J. VEGAS TORRES, *Comentarios a la Ley del Jurado AAVV* (coordinador Andrés de la OLIVA), Cceura, Madrid, 1999, p. 298. *Id.*, asimismo, M. ORTELLS RAMOS, «Sobre la instrucción previa en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado», en *Tribunales de Justicia*, n.º 2, febrero 1998, pp. 16 5 ss.

³⁶ Entre ellas permitir la más pronta exculpación del imputado sin fundamento.

do fundado gran parte de las novedades en la especialidad, hoy en día se apela a su estructura como eventual modelo y banco de pruebas de algunas reformas en el proceso penal de adultos³⁷. No faltan opiniones, sin embargo, que ponen en tela de juicio la efectividad práctica de tal pretendida naturaleza de avanzada empírica³⁸. Uno de los argumentos al primer efecto señalado es que atribuyendo la instrucción al MF se reinstaura el acusatorio³⁹. Esta afirmación no necesita mayor comentario: el Tribunal Constitucional viene reiterando que la garantía de la imparcialidad a través del sistema acusatorio se salvaguarda tanto a través de un juez investigador cuanto de un fiscal con funciones semejantes⁴⁰.

En todo caso y en lo que al fiscal afecta, su intervención y cometidos se sustentan en el principio de especialización, la proximidad jurídica hacia el menor y el propósito educativo⁴¹. En función de todas estas circunstancias se le encomienda la fase inicial del «expediente», que, por otra parte, no es asimilable a la investigadora de un proceso ordinario por delitos graves o un procedi-

³⁷ Este parangón no se elige al azar. La Memoria de la Fiscalía de 2001 señala expresamente: *el procedimiento de menores va a ser banco de pruebas y piedra de toque de tal importancia, (...) que posiblemente sirva para inclinar en uno u otro sentido esa balanza todavía incierta que sopesa las ventajas e inconvenientes de que el MF se convierta en instructor de las causas penales*, Memoria FGE, 2001, p. 316. Resulta cuando menos chocante apelar a dicho ejemplo, cuando, como la propia Exposición de Motivos de la LORPM, incorporar otro sistema de enjuiciamiento penal, se atribuye a la existencia de sustanciales diferencias entre la responsabilidad de los menores y la responsabilidad de adultos. De hecho, en la LORPM se presta gran atención a numerosos extremos sobre la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y no se dedica ni una línea a las novedades procedimentales, más allá de aquellas como las diferentes aplicaciones del principio de oportunidad (sobresimiento del expediente o el acuerdo menor-victima). Aluden a tal condición de «adelanto empírico» Memoria de la FGE de 1998; J. A. ESPINA RAMOS, «Algunas reflexiones sobre la instrucción por el Ministerio Fiscal» en *Noticias Jurídicas* (<http://www.noticiasjuridicas.com>) Enero 2000; V. GIMENO SENDRA, «El proceso penal de menores» en *Diario La Ley*, año XXII, n.º 5386, lunes, 1 de octubre de 2001, pp. 1-5 y A. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, «La investigación del Ministerio Fiscal», en AAVV, *La reforma del proceso penal*. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1989, pp. 255 ss.

³⁸ DOLZ LAGO (Fiscal coordinador de menores de la Comunidad Valenciana) da noticia de que en la práctica no puede hablarse de una instrucción en manos del fiscal, quien ha devenido *una oficina administrativa de recolección de documentos*. De este mismo autor, un completo análisis incluido en la Memoria de la FGE de 1995, con el significativo título «El Fiscal y la reforma de menores: Balance de experiencias tras la Ley Orgánica 4/1992», recoge la experiencia de las Fiscalías de Madrid, Barcelona, Lleida y Valencia, en el sentido señalado. En resumen la experiencia resulta de imposible referencia por la escasa relevancia del quehacer del fiscal como instructor, debido fundamentalmente a la enorme incidencia de mecanismos de oportunidad que cluden la instrucción y el proceso. Memoria FGE 1995, cit., pp. 877 ss.

Nótese, por otro lado, que al margen de la descalificación del posible parangón, la esencia de la denuncia coincide con la que manifiesta la doctrina alemana respecto del proceso de adultos en el que el fiscal es un «órgano con cabeza pero sin manos».

³⁹ Se apela a la STC 60/1995, de 17 de marzo, en torno a su pronunciamiento sobre la LO 4/1992 y su expresa referencia a la STC 36/1991. Sin embargo, en la propia STC 60/1995 se cita la Sentencia del TEDH (caso Nortier) de 24 de agosto de 1993, en la que se desestimó una sentencia contra Holanda sustentada en el hecho de que un mismo Juez de Menores conocía tanto de la totalidad de la fase instructora como del juicio oral.

⁴⁰ SSTC 106/1989 y entre otras muchas 32/1994, que recogen algunas posteriores.

⁴¹ El propio artículo 24 (Actuación instructora del MF) señala que la actividad instructora tendrá como objeto tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador.... Véase, asimismo, el texto de la Introducción de la Circular 1/2000 de la Fiscalía General del Estado, relativa a los criterios de aplicación de la L.O. 5/2000, de 12 de enero, de responsabilidad penal de los menores.

miento abreviado, ni en su estructura⁴², ni en cuanto a la intervención de otras partes acusadoras y singularmente de la víctima⁴³, ni menos aún en cuanto a las diligencias que solicita el letrado del menor, que, salvo que afecten a derechos fundamentales, se deben instar del MF⁴⁴.

Además, si, como se ha reiterado, el reproche de imparcialidad en la fase instructora del procedimiento de adultos recae sobre los prejuicios que pueden originarse en el juez instructor ante la orden o práctica de determinadas diligencias, la articulación de estas últimas en el procedimiento de responsabilidad de los menores difícilmente superarán dicho juicio, ya que no sólo son instadas sino, además, admitidas o rechazadas por quien decide sobre la apertura del expediente⁴⁵. El hecho de que tal petición pueda ser reproducida ante el juez de menores no resta un ápice a la valoración de parcialidad del MF; permite, eso sí, la revisión de dicha decisión por un órgano, esta vez imparcial⁴⁶.

A esta circunstancia preocupante, pese a que encuentre alguna justificación en aras del superior interés del menor, pero no desde luego en el ámbito del proceso penal ordinario, se unen dos más. Que no se haya establecido un plazo máximo para terminar la instrucción por parte del Ministerio Fiscal. Y, por otro lado, la falta de control sobre diversas decisiones del fiscal en las diligencias preliminares.

La inadmisión de la denuncia o el archivo por estimar que no se trata de delito o no existe autor conocido se notifica al sujeto que la ha formulado (artículo 16.2 *if* LORPM) pero, al contrario de lo que ocurriría en aplicación del artículo 785bis.1 LECrim, esta decisión no puede ser reiterada ante Juez de Instrucción alguno, deviniendo exenta de control jurisdiccional. Idéntica ausencia de control jurisdiccional aparece en el supuesto de admisión de la denuncia y posterior desistimiento de incoación del expediente, tras haber practicado las diligencias que el MF estime conveniente y haberse corregido el menor en el ámbito educativo y familiar, y siempre que los hechos denunciados sean menos graves y el menor no sea reincidente (art. 18.I y II LORPM).

Esta articulación de la discrecionalidad, indiscutible desde un punto de vista dogmático, acaso se compadezca con el superior interés del menor y la

⁴² Nótese las decisiones que puede adoptar el MF a partir de la notificación de la detención del menor y antes de resolver abrir propiamente el expediente: desistir de la incoación por corrección en el ámbito educativo y familiar (art. 18 LORPM); sobrecer por conciliación o reparación entre el menor y la víctima (art. 19 LORPM); remitir al órgano competente, si estima no es hecho que corresponda a la competencia del juzgado de menores (art. 21 LORPM), o finalmente, incoar el expediente (art. 22 LORPM).

⁴³ Art. 25 (Participación del perjudicado e inexistencia de acción particular y popular).

⁴⁴ Dan cuenta de todas estas especialidades la Exposición de Motivos de la LORPM; las Circulares de la Fiscalía General del Estado, 1/2000, de 18 de diciembre de 2000, y 2/2001 y la Instrucción 2/2000, de la Fiscalía General del Estado, de 27 de diciembre de 2000.

⁴⁵ Elevando el tono de la crítica hacia la posible inconstitucionalidad se había manifestado J. C. RÍOS MARTÍN, *El menor infractor ante la ley penal*, Comares, Granada, 1993. Crítica también la estructuración de la investigación en la LORPM, LÓPEZ CABALLERO, «La intervención del MF en el nuevo procedimiento de menores», en AAVV, *Fiscalía General del Estado. Memoria de 1994*, p. 834.

⁴⁶ C. SALAS DONADO, «Proceso penal de menores: Especialidades derivadas del interés de los menores y opciones de política criminal», Tesis Doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Girona el 19 de diciembre de 2002. Inédita.

tutela de éste, tal como se encomienda al MF; pero resulta imposible de trasladar al proceso penal ordinario sin subvenir sus principios más elementales, lo que impide de plano invocarlo como modelo o banco de pruebas de la reforma procesal penal.

E) *La reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de enjuiciamiento rápido y del procedimiento abreviado, de 28 de octubre de 2002*

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, no incorpora modificación sustancial alguna en cuanto a las funciones del MF en el seno del proceso penal. Al Ministerio Fiscal se hace referencia en el Título II, «Del procedimiento Abreviado», para señalar las actuaciones de la policía así tenga conocimiento de un hecho delictivo y, posteriormente, se le dedica el artículo 773 LECrim, en el que el segundo párrafo reproduce, palabra por palabra, el antiguo artículo 785bis LECrim, en tanto el primer párrafo hace lo propio respecto al antiguo 781 LECrim, que ya incorporaba modificaciones atañentes al Jurado y al enjuiciamiento a través del artículo 790.1, en virtud de la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Como recalca el artículo 773.1 LECrim: el MF supervisa las actuaciones que instan las partes personadas (artículo 311 LECrim); impulsa y simplifica la tramitación del procedimiento, velando por el respeto de las garantías (artículo 773.1) y muy especialmente, decide sobre el ejercicio de la acción penal (artículo 773.1.3 en relación con el artículo 780.1, todos de la LECrim)⁴⁷. Como se ve, nada sustancialmente diverso de lo expuesto anteriormente. El segundo párrafo del mismo artículo 773 LECrim, por su parte, incorpora una suerte de investigación preprocesal a cargo del MF, que es copia del anterior artículo 785bis, ya comentado, es decir, que, junto a la facultad de iniciar la práctica de diligencias para comprobar el hecho o la responsabilidad de los partícipes y decretar el archivo si el hecho no reviste los caracteres de delito (artículo 773.1.I LECrim.), se reconoce la facultad de hacer comparecer ante sí a cualquier persona para declarar (artículo 773.2.II LECrim) y se establece la necesidad de que el fiscal cese en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos (artículo 773.2.III LECrim).

En el segundo apartado, dedicado a la función del fiscal en torno al juicio de acusación, deben resaltarse dos aspectos. De un lado, la consagración de la posición privilegiada del órgano oficial de la acusación a la hora de solicitar la práctica de diligencias —ahora llamadas indispensables— para formular escrito

⁴⁷ Nótese que el art. 773.1.III LECrim señala expresamente la facultad del Fiscal General del Estado de impartir órdenes e instrucciones —que nadie duda ni discute, por descontado— especialmente respecto a la aplicación de lo dispuesto en el art. 780.1 LECrim; es decir, a la hora de informar el juez que ha decidido abrir el JO, si formula escrito de acusación o solicita diligencias complementarias. Por otro lado, se hace, asimismo, hincapié en que se comunique inmediatamente al fiscal la incoación de procedimiento para las causas ante el Tribunal del jurado *quien comparecerá e intervendrá*.

de acusación; y de otro, el distinto tratamiento legal que se otorga a la falta de presentación del escrito de acusación por el fiscal, en el procedimiento abreviado y en el enjuiciamiento rápido.

En cuanto a la solicitud de práctica de diligencias, el artículo 780 LECrim reitera el trato privilegiado que se contenía en el artículo 790.2.I y II LECrim y que el Tribunal Constitucional declaró conforme a la Norma Fundamental en su sentencia 186/90.

Acordado por el juez que debe seguirse los trámites del procedimiento abreviado, se ordena el traslado de las diligencias previas al MF y a las acusaciones personadas para que en el plazo común de diez días formulen escrito de acusación, soliciten el sobreseimiento o, excepcionalmente, pidan la práctica de diligencias indispensables para formular acusación (artículo 780.1.I LECrim). Si quien solicita estas últimas, es el MF, manifestando la imposibilidad de formular escrito de acusación «por falta de hechos esenciales para la tipificación de los hechos», el juez acordará lo solicitado (artículo 780.2.I LECrim). Si idéntica petición proviene de la acusación o acusaciones personadas, el juez resolverá lo que estime procedente (artículo 780.2.II LECrim). Tampoco se ha innovado en esta materia⁴⁸.

En el régimen legal que se contempla ante la falta de presentación del escrito de acusación en el enjuiciamiento rápido y en el procedimiento abreviado, la diferencia es relevante. En este último, el artículo 781.2 LECrim prevé la prórroga del plazo de 10 días (artículo 780.1 LECrim) para presentar el escrito de acusación (instar el sobreseimiento o solicitar diligencias esenciales). Transcurridos los 10 días de prórroga, si el MF no presentara dicho escrito, el Juez de Instrucción requerirá al superior jerárquico para que en otros diez días haga lo propio, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo. Si a pesar de tal requerimiento no se presenta el escrito de acusación (artículo 781.3) a falta de otro acusador habrá que esperar al ejercicio de la acción⁴⁹.

De forma diferente, el artículo 800.5 LECrim, para los trámites del enjuiciamiento rápido, prevé el sobreseimiento libre ante la falta de presentación del

⁴⁸ La Proposición de Ley 122/000199 contenía una redacción del art. 780 que no establecía distinción alguno respecto a la vinculación de las diligencias complementarias en atención a quien las solicitara (BOC, Congreso de los Diputados, Serie B, n.º. 223-1, p. 9. En la tramitación parlamentaria, sendas Enmiendas de IU (9 y 12), PSOE (113), CIU (142) y el PP (186) recogidas en la Transaccional 3, dieron lugar al texto aprobado. La justificación aplababa, en síntesis, a la *imparcialidad que rige la actuación del MF en defensa de la legalidad y del interés público que hace que sea el más idóneo para sustentar la acusación que deberá defender en el acto del juicio oral*.

⁴⁹ La Proposición citada en nota anterior añadía un punto seguido final al párrafo 3 del art. 781 en donde se señalaba: Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre. Lo mismo se entenderá cuando la acusación particular no presente su escrito dentro de plazo. La Enmienda Transaccional 4, que recogía las formuladas por IU (10); CC (82), EA (114), PSOE (114) y 143 (CIU), contempló la redacción posteriormente aprobada. Las razones que justificaron tales enmiendas era suponer la impunidad de determinados delitos (IU), desconocer el principio de obligatoriedad de la acción penal (CC), el carácter público de la acción penal y el interés público que subyace en la misma, que impide introducir (...) un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción penal. La renuncia al *ius puniendi* por parte del Estado por el mero incumplimiento de un plazo plantea serias dudas de inconstitucionalidad desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva (PSOE).

citado escrito de acusación, una vez cumplidos los plazos y tras requerir a los perjudicados y ofendidos por el delito, así como al superior jerárquico del fiscal, a quien se concede dos días más para presentar él mismo el reiterado escrito de acusación⁵⁰. En este último caso, frente a los argumentos materiales, como la escasez de medios y la insuficiencia del plazo concedido para decidir sobre el ejercicio de la acción (incluida su prórroga), así como frente a los referidos a crear así ámbitos de impunidad o una nueva causa de sobreseimiento libre más allá de los supuestos previstos legalmente, el legislador ha ponderado el derecho del acusado a una resolución más pronta, el de la propia sociedad en igual sentido y en definitiva toda la batería de argumentos utilizados en el seno de la propia reforma a la hora de reforzar el enjuiciamiento rápido o incorporar mecanismos de negociación en la resolución del conflicto penal, incluidas las limitaciones y renunciaciones del derecho de defensa en los casos de conformidad, por ejemplo.

II. DOS OPCIONES DIFERENTES EN SENDOS EJEMPLOS DE DERECHO COMPARADO

1) *Francia*, que respeta la esencia del sistema acusatorio (quien acusa no juzga) incorpora la figura del MF, pero encomienda la instrucción a un juez (art. 81 CPP), 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 CPP⁵¹ y al práctico monopolio del fiscal en el ejercicio de la acción penal.

El CPP de 1808 instituyó el sistema «acusatorio formal»: un órgano, el Ministerio Público, dependiente del ejecutivo se encargaba del ejercicio de la acusación (acusatorio) correspondiendo, sin embargo, a la autoridad judicial la responsabilidad de investigar los hechos delictivos e iniciar el proceso. Existía un control, empero, sobre el uso correcto de la facultad de acusar (en régimen de monopolio, ya que la acción pública se había abolido). Desaparecido, como en Inglaterra el jurado de acusación, se crea la *chambre d'accusation*, órgano compuesto por jueces⁵².

La reforma procesal de enero de 1993, inspirada en el «Informe Delmas Marty» que postulaba encomendar a la Fiscalía las funciones de investigación

⁵⁰ Tal como hacía el Proyecto también para el procedimiento abreviado, en el citado párrafo se señala: *Si el MF no presentare su escrito de acusación (...) el juez, sin perjuicio de emplazar a los interesados en el ejercicio de la acción penal (...) requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que en el plazo de 2dd, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presenta dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura del JO y que considera procedente el SL.*

⁵¹ Recuérdese que en Francia no hay Fiscal General del Estado y la autoridad última corresponde al Ministro de Justicia.

⁵² Un completo análisis de la fiscalía en Francia y la actual situación la realiza L. M. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *El poder de acusar*, Ariel, 2000, Barcelona, p. 113 ss.

y a otro juez las decisiones sobre derechos fundamentales, fue modificada por otra de 24 de agosto de 1993, devolviendo al juez de instrucción las facultades para decidir sobre la prisión preventiva⁵³. La sospecha de prejuicios recaída en el juez por ser quien investiga y debe decidir sobre la existencia de acción penal (hechos presuntamente delictivos e imputado) se traslada al fiscal, quien concentraría en su persona la investigación sobre la concurrencia de tales hechos y sujetos y la decisión sobre el ejercicio de la acción. Ésta es una de las principales conclusiones de la llamada «Comisión Truché»⁵⁴.

Otra de las principales conclusiones del citado Informe se centra en entender que hoy en día el verdadero peligro para las garantías constitucionales del ciudadano subyace en el equilibrio a lograr entre la instrucción y la acusación, así como en la protección de los derechos del acusado, de manera que el órgano acusador no pueda adoptar determinadas medidas que arrojen una carga excesiva de parcialidad y se ponga de relieve la falta de distanciamiento psicológico de quien habiendo conducido la investigación debe luego sostener la acusación. En caso contrario, los rasgos inquisitorios se trasladan acarreado el riesgo de arbitrariedades en la investigación y el peligro de invasión indebida de la vida privada.

Recientemente la *Loi N.º 2000-516, du 15 juin 2000, renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, ha consagrado la atribución de la competencia de la detención provisional a un juez diferente del instructor (*le juge des libertés et de la détention*), en aras de preservar la imparcialidad del órgano instructor, incorporando paralelamente el *double regard* (doble garantía) del juez de las libertades y del juez de instrucción cuando este último deniega la libertad provisional. El juez de las libertades y de la detención decide en los supuestos limitativos de la libertad⁵⁵, controlará el tiempo de la investigación preliminar (*enquêtes préliminaires*); y fuera del ámbito estricto del procedimiento penal, se le atribuye la competencia para decidir la expulsión de los extranjeros y los internamientos psiquiátricos⁵⁶.

2) En el sistema de la *República Federal de Alemania* el modelo de Fiscal proviene del *Ministère Public* francés, introducido en Alemania a través de la vigencia en Renania del *Code d'Instruction Criminelle* de 1808. En su configuración predominó la idea que defendían los partidarios de conseguir a través de su figura los siguientes objetivos: a) división de la función acusadora y juzgadora repartiéndolas a dos sujetos diferentes; b) decantamiento hacia la con-

⁵³ Vid. «El caso francés» en la obra colectiva *Crisis del sistema político, criminalización de la vida pública e independencia judicial*, en Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1998, p. 137 ss.

⁵⁴ Este «Informe de la Comisión de Reflexión sobre la Justicia», elaborado en Francia en 1977, recibe el nombre del presidente de la Corte de Casación al que se encomendó su presidencia.

⁵⁵ Prolongación de la *garde à vue* y autorización de pesquisas en materia de terrorismo y estupefacientes (art. 706-23 CPPF); visitas domiciliarias en materia fiscal (art. L 16B y L 38 del Libro de Procedimientos fiscales), así como todas las medidas anteriormente atribuidas al Presidente *du tribunal de grande instance*.

⁵⁶ Una visión de conjunto de esta importante reforma parcial: AAVV, «Une nouvelle procédure pénale?» en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n.º 1, Janvier-Mars 2001, pp. 1-216; F. LE GUNEHÉC, «Loi n.º 2000-516 du 15 Juin 2000. Renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes», en *La Semaine Juridique. Édition Générale*, n.º 26-28 juin 2000, p. 1223 ss.

figuración del fiscal como órgano de investigación objetivo, frente al modelo angloamericano de partes; y c) control de la actividad policial por mecanismos propios de un Estado de Derecho⁵⁷.

Por otra parte, y desde la perspectiva de la organización político-territorial del Estado, la Fiscalía se distribuyó en dos escalones diferentes: el Federal y el de los diversos Estados⁵⁸. En lo relativo a su inserción en el sistema funcional del Estado, la doctrina no es pacífica⁵⁹.

En lo relativo a la función investigadora y persecutoria, pese a tener fundamento la afirmación que señala al Fiscal como el «señor del procedimiento de averiguación», ni se prescinde del todo de la intervención judicial, ni el peso de toda la actuación en esta fase procesal recae sobre dicho órgano⁶⁰. El fiscal responde de la efectiva delimitación de los hechos⁶¹ y decide sobre el ejercicio de la acción penal⁶².

⁵⁷ C. ROXIN, «Rechtsstellung und Zukunftsaufgaben der Staatsanwaltschaft» en *DRZ*, 1969, p. 385.

⁵⁸ Una pirámide termina en el Ministro federal de justicia, a través del Fiscal General de la Federación y la otra en el correspondiente Ministro de justicia del Estado Federado, a través del Fiscal General de dicho Estado. El Ministro de Justicia de la Federación y el Fiscal General de la misma carecen de derecho de control o intervención en la Administración de justicia de cada Estado Federado. Se habla, así, de «directrices externas» refiriéndose a las existentes entre Ministerio y Fiscales Generales y «directrices internas» en cuanto a las que emite cada Fiscal General al resto de sus Fiscales.

⁵⁹ Quienes sostienen que la Fiscalía, o bien pertenece al ejecutivo, o bien, en todo caso, no puede ser incluida entre los órganos del judicial aportan tres razones de peso: la sumisión a las directivas tanto de orden interno como externo que informa su actuación; su no inclusión en la Ley Fundamental de Bonn al referirse al Poder judicial en el artículo 92; y la falta de cosa juzgada de sus decisiones. Otros autores, por su parte, consideran que la naturaleza de su actividad, presidida por la averiguación de la verdad y obtención de la justicia y, sometida al principio de legalidad, convierte su quehacer, en este campo de actuación del proceso penal, en perfectamente equiparable a aquél desarrollado por los órganos jurisdiccionales. A este respecto, la mayoría de la doctrina diferencia entre las ya nombradas directrices internas y las externas. En tanto que las primeras se consideran plenamente compatibles con una concepción independiente del Fiscal, las segundas presentan mayores dificultades.

⁶⁰ La Ley, atendiendo a la importancia de las medidas, quiere que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su admisibilidad. Para ello, dado que la fase investigadora del proceso corresponde al Fiscal, se contempla, a estos únicos efectos, la figura del «juez investigador». La intervención de este «juez investigador» se produce de dos maneras diversas: a) por iniciativa propia y b) a instancias de la Fiscalía. En el primer caso se encuentran los actos de investigación urgentes (165 StPO) y la promulgación de oficio de la orden de prisión (125 StPO). En el segundo: la interrupción de la prescripción (78c StGB); el aseguramiento de los medios de prueba (251 y 254 StPO); ordenar en casos no excepcionales el secuestro y embargo (98; 111c, 1 y 111n, 1 StPO) y las investigaciones corporales referidas en los párrafos 81a, 2 y 81c, 3 StPO; ordenar el levantamiento de los puestos de control (111, 2 StPO); ordenar la retirada provisional del permiso de conducir (111a StPO); y el internamiento provisional en centro médico especializado (126a StPO).

⁶¹ a) recibir denuncias y solicitudes de iniciación del proceso penal; b) dirigir y coordinar todo el proceso investigador a los efectos de recabar el material inculpatario y exculpatario, así como de toda circunstancia que sea de importancia para la determinación de consecuencias jurídicas; c) adoptar determinadas medidas, en caso de necesidad, que, tal como se ha señalado, de otra manera, corresponderían al órgano judicial: detención provisional sin previa orden judicial en casos flagrantes; secuestro de bienes muebles; registros; organización de puestos de control en calles y plazas (pgf. 111 StPO); ordenación de secuestros y embargos, durante una semana, pasada la cual se precisará confirmación judicial (pgf. 111e StPO); secuestro de obra escrita, siempre que no sea periodística o asimilable y obtenga confirmación judicial en tres días (pgf. 111n StPO); detención para constatar la identidad con condiciones muy específicas (pgf. 163 b y StPO).

A resaltar, en torno a este aspecto, que aun presentándose condiciones excepcionales, la Fiscalía no puede adoptar las siguientes medidas: retirar provisionalmente el permiso de conducir; ordenar la prisión provisional y prohibir provisionalmente el ejercicio de la profesión en las condiciones que prescribe el pgf. 132a StPO, esto es, siempre que quepa prever como muy probable que recaerá dicha sanción según lo dispuesto en el pgf. 70 StGB.

⁶² F. KUNICK, *Die Staatsanwaltschaftliche Tätigkeit*, 1975, *passim*.

Del fiscal alemán se afirma, no obstante, que es «una cabeza sin manos», de ahí que el pgf. 152 GVG establezca la obligación de colaboración y ayuda al órgano acusador y director de la fase investigadora, por parte de determinados funcionarios, pertenecientes o no al cuerpo policía y que actuarán, bien de oficio, bien a las órdenes de la Fiscalía⁶³.

Actualmente, en clara conexión con este último aspecto, destacan en Alemania las continuas llamadas de atención que recaen sobre la «policialización» de la investigación en el proceso penal⁶⁴. Frente a la percepción de la creciente importancia de la fase investigadora y a la necesidad de incrementar las garantías en la misma, se desecha la vuelta a un juez instructor, a modo de garante jurisdiccional⁶⁵, pero, simultáneamente, se alerta sobre el imparable expansionismo de la policía a la hora de reclamar para sí la dirección de la etapa investigadora del proceso penal, de la que —se alega— es su verdadero ejecutor⁶⁶. Esta reivindicación, común, por otra parte, a otros ordenamientos como el norteamericano⁶⁷, se ha contagiado, incluso, a alguno tan alejado como el español, donde se cuestiona por qué no pasar directamente de la instrucción del juez a la de la policía⁶⁸.

III. LAS ORIENTACIONES DE LA LEGISLACIÓN COMUNITARIA Y EL MODELO DE LA CPI

1) En el sistema propuesto por la Comisión de expertos encargada de elaborar un «*Corpus Iuris*» de disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea (CI), junto a un MF a cuyo cargo está el inicio de las investigaciones y su dirección, se prevé la intervención de un denominado «juez de las libertades» (*juge des libertés*) en la fase instructora y a la hora de

⁶³ FELTES, «Die Erledigung von Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft (Bemerkungen zur Rolle und Funktion der Staatsanwaltschaft) «Polizei-Staatsanwaltschaft-Gericht» en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 1974, p. 129 ss.

⁶⁴ No es un tema nuevo. Ya en 1975, una Comisión interministerial de justicia e interior elaboró una serie de directrices sobre la relación policía-fiscalía, incluyendo numerosas normas que evidencian una peligrosa tendencia a trasladar funciones judiciales al ejecutivo. Sobre este importante tema pueden verse: JESCHECK-LEIBINGER, *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, 1979, *passim*; GÖRGEN, *Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei*, 1973, *passim*; del mismo autor, «Die Polizei als Staatsanwaltschaft vor der Staatsanwaltschaft?» en *DRiZ*, 1976, p. 11 ss. y; RIEGEL, «Neue Aspekte des polizeilichen Befugnisrecht u.s.w.» en *NJW*, 1981, p. 229 ss.

⁶⁵ AAVV, *Alternativ-Entwurf: Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV)*, Beck, Munich, 2001. Asimismo, JUNG, «Einheit und Vielfalt der Reformen des Strafprozessrechts in Europa», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 2/2002, p. 70.

⁶⁶ SCHÜNEMANN, «Polizei und Staatsanwaltschaft», Teil 1, *Kriminalistik*, n.º 2, 1999, pp. 74 a 79 y con el mismo título, Teil 2, *Kriminalistik*, n.º 3, 1999, pp. 146 a 152. En español, *vid.* KAI AMBOS, «Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción» en *Tribunales*, n.º 3, marzo 2002, p. 15 ss.

⁶⁷ E. BITTNER, *Aspects of Police Work*, Northeastern University Press, Boston, 1990. Desde una perspectiva europea está muy bien descrito por N. SCHMID, *Das amerikanische Strafverfahren. Eine Einführung*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986.

⁶⁸ ILLERA SUÁREZ-BÁRCENA, «El modelo de investigación penal de la Constitución Española de 1978: los papeles asignados al juez, al fiscal y a la policía judicial» en *Revista del Ministerio Fiscal*, n. 5, 1998, p. 97 ss.

formular el «juicio de acusación»⁶⁹. El periodo de enjuiciamiento queda en manos de cada Estado miembro, quien designará el juez de entre los nacionales, aplicando las normas de competencia de Derecho interno⁷⁰.

El fiscal europeo (FE) es el responsable de la instrucción. Ésta se inicia *ex officio* o a instancias de cualquier ciudadano, siempre y cuando, trasladada la denuncia, el fiscal aprecie que constituyen alguna de las cuestiones planteadas en los artículos 1 a 8 del *Corpus Iuris*.

Este fiscal es independiente tanto de las autoridades nacionales como de los órganos comunitarios y está compuesto por un Fiscal General Europeo, con sede en Bruselas y Fiscales Europeos Delegados en cada capital de cada Estado miembro. Su actividad está sometida al principio de legalidad con tres excepciones (art. 19.4 CI).

El Fiscal Europeo (FE) debe ser informado de los hechos que puedan constituir las infracciones anteriormente señaladas tanto por las autoridades nacionales (policía, fiscales, jueces de instrucción, agente de las administraciones nacionales, etc., artículo 19.1 CI), el órgano comunitario competente (la UCLAF), cualquier ciudadano o la propia Comisión. Las autoridades tienen la obligación de solicitar la intervención del FE a más tardar a la hora de ejercitar la acusación o en el momento de dictar medidas cautelares. Si las investigaciones realizadas por las autoridades nacionales revelan la existencia de alguna de las repetidas infracciones, el expediente debe ser remitido inmediatamente al FE.

El ejercicio de la acción se atribuye al FE casi en régimen de exclusiva. Junto a este FE pueden actuar los fiscales nacionales, aunque únicamente si así lo exigen los intereses nacionales en cuestión (artículo 22.1 CI). No se prevé la posibilidad de que se constituyan como parte ni el ofendido por el delito, ni el acusador popular.

La participación del juez de garantías en la fase preparatoria del proceso (artículo 25 CI) se orienta fundamentalmente a cumplimentar la «garantía jurisdiccional»; consecuencia obligada de atribuir la instrucción al fiscal europeo, a la hora de adoptar cualquier medida limitativa de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, así como para examinar la regularidad del procedimiento preparatorio desarrollado, antes de reenviarlo a la jurisdicción nacional correspondiente. Entre sus atribuciones más relevantes se encuentra la de cursar la «orden de detención europea» a instancias del Fiscal Europeo (artículo 25 CI).

A este juez se le encomienda un claro control sobre el «juicio de acusación» si la decisión del FE resuelve enviar el caso a juicio, como veremos (art. 25,3 CI).

Si la resolución del juicio de acusación consiste en no acusar, la decisión es irrecurrible, salvo en el supuesto de que acepte remitir la solución a una trans-

⁶⁹ Se trata de un juez nacional con arreglo a las normas orgánicas del país de que se trate (art. 25 bis CI).

⁷⁰ Sin perjuicio de la reserva de competencia a favor del Tribunal de Luxemburgo, competente para resolver los conflictos de competencia (art. 26.1 CI).

acción. Se concibe así el ejercicio de la discrecionalidad como debe ser, sin posible control judicial posterior, con la excepción señalada, lo que no deja de suscitar serias preocupaciones⁷¹. La decisión puede ser: a) trasladar las actuaciones a las autoridades nacionales para que continúen el procedimiento; b) archivar las actuaciones, cuando el acusado reconozca su culpabilidad, repare el daño causado y restituya los fondos; o, c) autorizar para que la autoridad nacional que instó la persecución, transija, siempre y cuando lo haga con arreglo a lo establecido en el artículo 22.2.b CI.

Sí se prevé, en cambio, la recurribilidad de la resolución que decide acusar (artículo 21.3.if CI). La decisión debe ser notificada en las mismas condiciones que la de no acusar (artículo 21.2 CI) mencionando el nombre y dirección del acusado, la descripción de los hechos y su calificación, así como la jurisdicción nacional a la que se remite.

El juez de las libertades es el órgano encargado de revisar tal decisión (artículo 21.3 CI) conforme a lo dispuesto en el artículo 25 bis. 3 CI. La atribución de esta facultad a dicho órgano ha sido criticada poniendo en duda la imparcialidad de este órgano –no se olvide nacional– y la conveniencia de ser sustituido por un órgano comunitario, concretamente, una Sala del Tribunal Europeo de Justicia. El fondo de esta crítica confirma la relevancia que tiene el juicio de acusación, sobre todo en su faceta positiva. Resulta ilustrativo, en efecto, que una de las primeras alarmas ante la mera regulación del *Corpus Iuris*, aun antes de entrar en vigor y precisamente proveniente de uno de los miembros de la comisión redactora (Cristine van den Wyngaert), se encamine a cuestionar, no tanto la existencia de control sobre la resolución positiva del juicio de acusación, cuanto la figura del juez de las libertades a estos efectos⁷².

El juez de las libertades convocará a una audiencia al MFE y al acusado para confirmar los cargos que fundamentan la decisión de enviar el caso para su enjuiciamiento. Se enjuiciará si el caso está en condiciones de ser juzgado, así como si a tenor de las pruebas –mejor diligencias– realizadas durante la investigación aparecen razones suficientes para creer que el acusado cometió el delito que se le imputa. La resolución del juez de las libertades puede, a su vez, ser objeto de recurso por parte del MFE y del acusado. Dicho recurso debe ser regulado por cada Estado miembro, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35 CI (complementariedad del Derecho nacional)⁷³.

Finalmente, el repetido «juez de las libertades» revisará, además, la regularidad del procedimiento.

2) El último objetivo armonizador en el ámbito comunitario lo constituye la Propuesta de la Comisión de las Comunidades Europeas, denominada

⁷¹ M. CHIAVARIO, «Linee del sistema processuale penale comunitario» en PICOTTI (editor), *Posibilità e limiti di un Diritto Penale dell'Unione europea*, p. 200.

⁷² Cfr. «Corpus Iuris, Ministerio Fiscal Europeo y juicios nacionales para eurocrimenes: ¿es necesaria una Sala de Justicia Europea para la fase previa? Corpus iuris, european public prosecution and national trials for eurocrimenes: is there a need for a European pre-trial chamber?», *Agonn*. N.º 24, October 1999.

⁷³ *La mise en oeuvre du Corpus Iuris dans les Etats membres*, M. DELMAS-MARTY y J. A. E. VERVAELE (eds.), Vol. I, Intersentia, 2000, Annexe III.

Libro Verde sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios y la creación de un Fiscal Europeo. Sin entrar ahora en el amplio abanico de cuestiones que tan sugerente tema plantea, sí quiero destacar una única cuestión en apoyo de la tesis sobre el juicio de acusación. A tenor de un esquema semejante al señalado del *Corpus Iuris*, en el que la investigación y acusación se encomiendan al fiscal, en este caso el Fiscal Europeo (FE), se prevé la existencia de un «juez de garantías» para subvenir a la garantía jurisdiccional de determinadas actuaciones, como todas aquellas limitativas de derechos fundamentales. El apartado 6.4 del citado Libro Verde, a la hora de desarrollar la «Garantía de la intervención de un juez», señala como propia de esta última: *Al final de la fase preparatoria, sobre la base de la decisión del Fiscal Europeo, el juez que ejerce la función de control de la apertura del juicio confirma los cargos en virtud de los cuales el Fiscal Europeo se propone actuar, así como la validez del sometimiento al tribunal en cuestión. Se trata de examinar si las pruebas son suficientes y admisibles y si el procedimiento seguido es regular, con el fin de evitar un proceso ilegítimo y la consiguiente estigmatización del acusado.*

A partir de este texto, la propia Comisión Europea abre un haz de interrogantes en torno a la opinión respecto al esquema general propuesto para el Fiscal Europeo, a saber, sobre su ámbito de acción, sus facultades y su articulación con los sistemas penales nacionales que resultan particularmente expresivos. En lo que a nuestro análisis afecta caben destacar dos cuestiones: ¿a quién debe confiarse la función de control de los actos de investigación realizados bajo la autoridad del Fiscal Europeo? (Pregunta n.º 12) y ¿a quién debe confiarse la función de control de la decisión sobre la apertura del juicio? (Pregunta n.º 13).

3) La última variante de los sistemas a los que quiero hacer referencia es *la Corte Penal Internacional*. Regulada en el Estatuto de Roma⁷⁴, encomienda la investigación al Fiscal (art. 15ss. ER) circunstancia que en un principio permitiría entender mínimas o inexistentes las funciones judiciales en esta fase. Ahora bien, esta competencia se ejerce de manera tutelada, ya que, tanto la

⁷⁴ Firmado en Roma en julio de 1998 y ratificación por el Reino de España mediante Instrumento de 19 de octubre de 2002. Su efectiva aplicación en nuestro país precisa de la adecuación normativa interna.

Sobre la CPI se ha escrito mucho. Entre otros: M. Cherif BASSIOUNI (coord.), «La Corte Penal Internacional. Ratificación y aplicación por las legislaciones nacionales». N.º monográfico (en francés, inglés y español) de la *Revue Internationale de Droit Penal/International Review of Penal Law*, Erès, Toulouse, 2000; AAVV, CARRILLO SALCEDO (coord.), *La criminalización de la barbarie*, CGPI, Madrid, 2000; DE MIQUEL ZARAGOZA, «Nota sobre el Estatuto de la CPI», en *Boletín Oficial del Ministerio de Justicia, Suplemento al Boletín*, n.º 1836.7. p. 13 ss.; Kai AMBOS (con O. GUERRERO JULIAN), *El Estatuto de Roma (La Corte Penal Internacional)*, Universidad Externado de Colombia, 1999; C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (coordinadora), *Creación de una jurisdicción penal internacional*, Colección Escuela Diplomática, n. 4.º, Madrid, 2000; J. A. ALCAIDE FERNÁNDEZ, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales ¿Tiempo de ingeniería jurisdiccional?», en *La criminalidad...* cit.; R. GÓMEZ GUILLAMÓN, «La creación de la CPI. Antecedentes», en *Rev. Española de Derecho Militar*, n.º extraordinario conmemorativo y monográfico sobre la CPI; M. ARCOS VARGAS, «La imprescindible cooperación de los Estados con la CPI» en *La criminalización...*, cit.; Kai AMBOS, «Elementos del crimen así como reglas de procedimiento y prueba de la CPI», *La Ley*, año XXI, n.º 5212; A. RODRÍGUEZ CARRIÓN, «Una evaluación no necesariamente crítica del Estatuto de la Corte Penal Internacional», en *La criminalización...*, cit.

decisión de ejercitar la acción penal, cuanto la adopción de determinadas medidas en la instrucción, se encuentra sometida a la autorización de un órgano de la Corte, la Sala de Cuestiones Preliminares (art. 15.3 ER).

El inicio del proceso se atribuye al fiscal, ya sea de oficio, ya a instancias de un Estado miembro o del Consejo de Seguridad de la ONU⁷⁵. Cabe que inicie una investigación si, previo análisis de la documentación aportada, unida a la que pueda recabar él mismo con arreglo al artículo 15.2 ER, obtiene la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. Ésta examina si existe fundamento suficiente para investigar y si los hechos son alguno de los contemplados en los artículos 1 a 8 del Estatuto (artículo 15.4 ER)⁷⁶. La aprobación debe ser mayoritaria (al menos dos de tres). Si la Sala de Cuestiones Preliminares no autoriza la investigación, el Fiscal podrá presentar ulteriores solicitudes basadas en nuevos hechos o pruebas (artículo 15.5 ER).

Tras las indagaciones que estime pertinentes, y en las que resultarán decisivas la cooperación internacional y la asistencia judicial (Parte IX, arts. 86 ss. del ER), el fiscal puede resolver no abrir la investigación porque no haya elementos suficientes para estimar que se ha cometido un crimen competencia de la Corte; o que la causa será inadmitida; o porque aun existiendo motivos suficientes para abrir la investigación *existen razones para creer que, aun teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia*. Tanto en este como en los anteriores supuesto se concede facultades revisoras de la decisión de fiscal a dicha Sala de Cuestiones Preliminares.

Si se pronuncia a favor de abrir la investigación, remitirá a la Sala de Cuestiones Preliminares una petición de autorización a tal efecto (artículo 15,3 ER). Será esta Sala quien decida mediante resolución irrecurrible (artículo 15.5 ER).

La investigación se sujeta al «principio de subsidiariedad»⁷⁷. El fiscal debe dar traslado al Estado en que se hubiera debido desarrollar la investigación para que asuma su competencia solicitando la inhibición de la Corte. Esta inhibición está sujeta a recurso del Estado o del propio fiscal (artículos 18.4; 19.6 y 81.1.a ER.)⁷⁸.

⁷⁵ Las ONG no tienen reconocida una iniciativa a tal efecto; sin embargo, puede ser objeto de consultas por el Fiscal, para comprobar la veracidad de la denuncia (art. 15.2 ER).

⁷⁶ La CPI sólo puede ejercer su competencia tras la remisión al Fiscal de una situación fáctica que conlleve la posible comisión de uno o varios crímenes definidos por el Estatuto. La remisión puede hacerse por: a) un Estado parte [art. 13 (b), 14; b) el Consejo de Seguridad de la ONU (art. 13 (b)); o c) un Estado no parte (art. 12 (3)).

⁷⁷ Este principio se coherencia con el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI. Conforme a este último, con independencia de la limitación temporal o espacial y del ámbito objetivo, la Corte sólo actuará cuando el Estado competente no esté dispuesto a enjuiciar la situación o no pueda hacerlo (Preambulo y artículo 17, entre otros). *Vid.* mi trabajo «La comunicación entre la Corte Penal Internacional y los Estados», en AAVV, *La Soberanía de los Estados y la Corte Penal Internacional*, Memoria del Foro Internacional del mismo nombre, México 2002, p. 217 ss.

⁷⁸ El desarrollo de la investigación se regula en el art. 54 ER, en cuanto a la actividad del Fiscal, y en el 55 ER en lo relativo a los derechos de los sujetos sometidos a dicha actividad.

La Sala de Cuestiones Preliminares tiene atribuidas un amplio abanico de funciones en la fase instructora que afecta al «juicio de acusación».

Ha de aprobar la solicitud del Fiscal de emitir una orden de detención (artículo 58 ER) y una vez se entregue al individuo, deberá confirmar los cargos (artículo 60.2 ER)⁷⁹; adoptará las medidas necesarias para preconstituir la prueba en casos en que se presente una oportunidad única de proceder a una investigación (artículo 56 ER); dictará determinadas órdenes y providencias necesarias para la investigación (artículo 57 ER); y, a solicitud del fiscal, emitirá orden de detención o comparecencia (artículo 58 ER). Destacar, asimismo, que el fiscal precisará la colaboración de la Sala de Cuestiones Preliminares a la hora de desarrollar determinadas actividades cuando éstas deben tener lugar en el territorio de otros Estados firmantes del Estatuto de Roma [artículo 56.1.b); 56.2. a) a f); 57; 58 y 59 ER]. Incluso cabe la posibilidad de que la Sala de Cuestiones Preliminares complete la actividad investigadora del fiscal, si la estima insuficiente [artículo 56.3. a) ER]. Esta actuación de oficio puede ser recurrida por el propio fiscal [artículo 56.3.b) ER].

Finalmente, y dentro ya de las primeras diligencias en la Corte, la repetida Sala debe asegurarse de que el acusado conoce los crímenes que se le imputan, decidir sobre la libertad del detenido y celebrar una audiencia en la que el fiscal se pronunciará sobre si confirma los cargos e informará de las pruebas en que fundamenta su decisión y a la que acudirá el acusado con su defensor. Será la Sala quien confirmará los cargos o no, y en su caso, instará al fiscal para recabar nuevas pruebas (artículo 61 ER).

IV. REFLEXIONES FINALES: OMISIÓN DE LA CUESTIÓN EN LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS MÁS RECIENTES Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS ARGUMENTOS UTILIZADOS CON MAYOR FRECUENCIA

1) Ni del Libro Blanco del Ministerio Fiscal⁸⁰, ni de la lectura de la última Memoria de la Fiscalía General del Estado cabe deducir un pronunciamiento respecto al tema que nos ha venido ocupando.

El primero supedita una eventual asunción por el Fiscal de la instrucción a *importantes reformas, del sistema legal*⁸¹; *estructurales*⁸² y *organizativas*⁸³, a la

⁷⁹ Vid. KUNJI SHIBAHARA, «Article 61: Confirmation of the Charges before Trial», en *Commentary on Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes*, Otto Triffterer, ed. 1999, pp. 783-792.

⁸⁰ Libro Blanco del Ministerio Fiscal, Madrid, Ministerio de Justicia, 1996.

⁸¹ En el proceso penal: como permitir a los particulares, finalizada la instrucción del fiscal, acudir al Juez para que realice una instrucción suplementaria si la cree necesaria; que las «pruebas» (sic) realizadas por los Fiscales se realicen con conocimiento de la defensa, pudiendo ésta en otro caso acudir al Juez; y en el ejercicio de las acciones para buscar el monopolio del MF o regular la coexistencia de acusadores; o regular el principio de oportunidad. Libro Blanco del Ministerio Fiscal, p. 72.

⁸² Incremento de la plantilla; creación en cada lugar de la Oficina Fiscal de medios materiales y personales; y adscripción permanente a la citada oficina de funcionarios de la Policía Judicial, Asistentes Sociales, así como comunicación directa con el Instituto de Medicina Legal. Libro Blanco....cit., p. 74.

par que reclama la dependencia funcional de la Policía Judicial al Fiscal, con carácter exclusivo.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2001, por referirnos tan sólo a la más reciente⁸⁴, comienza por manifestar su neutralidad al respecto en los siguientes términos: *Se trata, en fin, de ofrecer a quien ostenta la adecuada capacidad decisoria alguno de los puntos que han motivado la reflexión y el debate. La Fiscalía General es consciente de las dificultades de distinto signo que toda reforma de carácter procesal y orgánico lleva consigo. De ahí que la redacción de alguna de las propuestas que a continuación se consignan han sido ajenas a toda ponderación acerca de su viabilidad o su conveniencia en el orden político.* A continuación, transcribe las sugerencias de más de doce fiscalías en las que se exponen las razones favorables y las objeciones a la repetida asunción de la instrucción por el Ministerio Fiscal, sin que quepa extraer una posición mayoritaria, que sólo aparece a la hora de denunciar la necesidad de un incremento de medios personales y materiales a disposición de la fiscalía y en atención al incremento de funciones derivado de las reformas legales ya vigentes⁸⁵.

Sin embargo, el apartado 9 del Pacto de Estado para la Justicia⁸⁶ contempla el MF y su Estatuto Orgánico como una de las materias necesitadas de reformas. Así, se señala: *En lo funcional, habrá de estarse principalmente a lo que disponga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Y más adelante, en el principio 17 *in fine*, vuelve a diferir el debate sobre el modelo de instrucción a la elaboración de una nueva ley procesal penal en estos términos: *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, con 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.*

Fruto del citado Pacto de Estado para la Justicia aparecen dos textos directamente conectados con el tema: la reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, de 24 de octubre de 2002, a la que ya nos hemos referido y donde no se percibe ninguna novedad; y el Proyecto de Reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal presentado a las Cortes el 7 de octubre de 2002.

⁸³ Ante la posible crítica de falta de imparcialidad —señala el citado Libro Blanco— conviene profundizar en los mecanismos de disensión entre las instrucciones generales y los casos concretos, así como producir en su regulación orgánica las modificaciones necesarias para garantizar no sólo la sumisión exclusiva a la ley, sino que también parezca que tal sumisión exclusiva es la única que existe. Libro Blanco...cit., p. 74.

⁸⁴ Con anterioridad desde la de 1986 todas vienen dando noticia de la discusión abierta al respecto.

⁸⁵ Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley de responsabilidad del Menor.

⁸⁶ Gobierno de la Nación y Partidos Popular y Socialista, *Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*, suscrito el 28 de mayo de 2001.

Este Proyecto de Reforma del EOMF incorpora una serie de preceptos y apartados relativos a las funciones del MF en el marco del proceso penal, en los que tampoco se detecta una decidida opción de política legislativa, más allá de consagrar la que sí se asumió en lo relativo a la responsabilidad penal del menor⁸⁷. Así, el artículo 3 EOMF, junto al apartado 5, incluye, otro, el 13, donde se recuerda el ámbito de sus funciones en dicha materia⁸⁸, a la par que en el artículo 4, LORPM, se refuerza su intervención en las diligencias instructoras de este procedimiento especial⁸⁹.

En resumen, la tan discutida posición del MF en el proceso penal, especialmente en lo relativo a la instrucción y el juicio de acusación, sus requisitos, condicionantes y consecuencias se dejan de momento pendientes de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁹⁰. Decisión prudente si se tiene en cuenta el calado de la misma, la falta de acuerdo al respecto y no haberse demostrado su carácter imprescindible. Decisión que incluso debería supeditarse a la opción que en lo orgánico y funcional se acogiera en la anunciada reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en una modificación más ambiciosa del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y no al revés.

Sea como fuere, merece la pena examinar los principales «lugares comunes» a que se hace referencia al tratar el tema que viene ocupándonos.

⁸⁷ La atribución al MF de la iniciación del expediente, en el art. 16 LOPM y de los arts. 23ss LOPM, donde se señala la actuación instructora del citado órgano.

⁸⁸ Ejercer en materia de responsabilidad penal de menores las funciones que le encomiende la legislación específica debiendo orientar su actuación a la satisfacción del interés superior del menor.

⁸⁹ El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de las funciones encomendadas en el artículo anterior, podrá: 1. Interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, pudiendo pedir que se le dé vista de los mismos cualquiera que sea su estado, para velar por el exacto cumplimiento de las leyes, plazos y términos, promoviendo, en su caso, las correcciones oportunas. Asimismo, podrá pedir información de los hechos que hubieran dado lugar a un procedimiento, de cualquier clase que sea, cuando existan motivos racionales para estimar que su conocimiento pueda ser competencia de un órgano distinto del que está actuando; 2. Visitar en cualquier momento los centros o establecimientos de detención, penitenciarios o de internamiento de cualquier clase de su respectivo territorio, examinar los expedientes de los internos y recabar cuanta información estime conveniente; 3. Requerir el auxilio de las autoridades de cualquier clase y de sus agentes; 4. Dar a cuantos funcionarios constituyen la Policía Judicial las órdenes e instrucciones procedentes en cada caso; 5. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario. La intervención del Fiscal en procesos no penales se producirá en último lugar salvo que la Ley disponga otra cosa o actúe como demandante. Las autoridades, funcionarios u organismos requeridos por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de las facultades que se enumeran en los párrafos precedentes, deberán atender inexcusablemente el requerimiento dentro de los límites legales.

⁹⁰ La Exposición de Motivos del Proyecto de EOMF señala: *La elección de las materias que van a ser objeto de modificación legal ha sido, pues, decidida a partir de los contenidos del Pacto de Estado, a su vez, analizados conforme a la experiencia de los últimos años relativa al funcionamiento de la institución. Es probable que existan otras muchas cuestiones que podían haber sido objeto de ponderación y mejora. Sin embargo, conviene tener presente que el EOMF es un texto que no puede ser concebido de forma aislada respecto de otros instrumentos jurídicos íntimamente conectados a lo que pudiera considerarse el espacio funcional ordinario del Ministerio Fiscal.*

2. Argumentos:

A) *La consagración del acusatorio*

Tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el Tribunal Constitucional se han pronunciado a favor de un modelo de enjuiciamiento penal que respete la esencia del sistema acusatorio. Sistema acusatorio que sabemos se estructura de manera bien diferente en los diversos países de la UE y en los EEUU de Norteamérica. En este último país, como en Inglaterra, las diferencias son tan sustanciales que el modelo es difícilmente trasladable sin mayores análisis y reformas orgánicas de mucho mayor calado. En cuanto a la Europa Continental y más en concreto los países de nuestra entorno cultural, pese a que la investigación se encomienda formalmente al fiscal, y no sin recurrir en ocasiones a verdaderas «ficciones jurídicas» como en el CPP de Portugal, tal opción debe examinarse en el conjunto del sistema en que se integra, con los contrapesos adoptados para equilibrar el sistema y sin olvidar que, como el CPP francés y la propia LECrim ponen en evidencia, no es la única opción posible. Si atendemos al ámbito de las iniciativas comunitarias, amén de la innegable influencia del sistema angloamericano, acoger el modelo de investigación encomendada al fiscal puede ser fácilmente interpretado como un acto de puro pragmatismo, en la medida que constituye la única posibilidad material de articular una investigación centralizada, en la que, por otro lado, prevalecen las actuaciones no jurisdiccionales y si éstas surgen hay que acudir a un juez de garantías y a la imprescindible colaboración de los órganos jurisdiccionales del país implicado. En cuanto al modelo de la CPI, nótese que si bien la iniciativa —y no exclusiva— corresponde al fiscal, el ejercicio de la acción o incluso la decisión de no perseguir, se supedita al control directo de la Sala de Cuestiones Preliminares, órgano jurisdiccional de la CPI.

Además, el fiscal investigador tampoco supone, en puridad, llevar el principio acusatorio a la instrucción. En primer término, porque dicha fase se encamina a investigar, preparar el juicio y hacer constar la perpetración de los delitos y las circunstancias que puedan influir en la calificación y culpabilidad (art. 299 LECrim). Y de ahí, en segundo término, porque en dicha fase no se ejercita acción penal alguna⁹¹.

Cuestión diferente sería reclamar la instauración de un sistema acusatorio tripartito (acusador-acusado-órgano imparcial) también en esta fase, pero en

⁹¹ De hecho, en el complejo tema de la correlación entre acusación y sentencia, en el que la acción tiene un significado esencial en cuanto a su delimitación y al momento en que se entiende fijada, la STC 302/2000 señala claramente: *resulta posible la modificación no esencial de los hechos imputados desde que comienza la instrucción hasta que se fija definitivamente la acusación en los escritos de calificación o acusación definitiva* (FJ. n.º 3). Niegan, asimismo, que se ejercite la acción en tal momento DE LA OLIVA SANTOS, «El futuro del proceso penal y el papel del Ministerio Fiscal», en *Tribunales de Justicia*, n.1. Encro 1997, p. 9 ss.; y J. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1997. Igual parecer sostenía en mi obra *Principio acusatorio y derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 273.

tal hipótesis —que es a la que parecen referirse en realidad algunos autores⁹²— el análisis debe centrarse en la imparcialidad, que respecto del fiscal y el enjuiciamiento quedan aparentemente garantizados, pero pueden ponerse fácilmente en entredicho si se refieren a lo que constituye la esencia y finalidad de la instrucción: el juicio sobre la acusación.

Y todo, volviendo a recalcar que la garantía del acusatorio se cumple en tanto el juez que instruye no es el que juzga⁹³.

B) Imparcialidad y juicio de acusación

Hace cuarenta años se advertía del peligro para el acusatorio si se trasladan las funciones instructoras al órgano oficial de la acusación⁹⁴. En palabras formuladas por otro autor, esta vez alemán y en fecha mucho más reciente, el fiscal podía devenir «un juez anterior a otro juez»⁹⁵.

No se puede sostener que la garantía de imparcialidad abarca la función acusadora y la enjuiciadora (quien acusa no juzga) pero no la investigadora (quien investiga no acusa). Si es cierto que el enjuiciador no puede estar prevenido a la hora de juzgar, garantía semejante debe informar la labor de quien

⁹² *Memoria de la Fiscalía General del Estado* de 1988 (Fiscal General, Moscoso del Prado), p. 15; *Memoria de la Fiscalía General del Estado* de 1990 (Fiscal General, Torres Boursault) p. 19 ss.; MORENO CATENA, «Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa», en AAVV, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, VI, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, p. 221 ss.; J. L. POLO RODRÍGUEZ, «El fiscal investigador e instructor» en AAVV, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal* VI, cit., p. 11 ss.; y J.L. GÓMEZ COLOMER, *La instrucción...*, cit., p. 490.

⁹³ J. GOLDSCHMIDT, al hilo de un análisis sobre la Ley de Enjuiciamiento Criminal —en lo relativo, naturalmente, a la originaria configuración del proceso ordinario por delitos graves, en 1882— en una serie de conferencias en la Universidad Complutense, señalaba desde su autoridad: *tampoco el dominio aparente que corresponde al principio inquisitivo en el sumario puede perjudicar al predominio del principio acusatorio. Primeramente, el juez que instruye el sumario no es el que después ha de fallar (...) el Juez de Instrucción tiene que formar el sumario de los delitos bajo la inspección del Fiscal (art. 306 LECrim), es decir: el sumario es en último término una inquisición del acusador.* Resulta muy aleccionador recoger sus siguientes palabras, no sólo por su sentido, sino además teniendo en cuenta que se pronunciaban en 1935: *Es muy interesante el hecho de que las tendencias, que llevan a cabo el principio acusatorio, culminan en la petición de sustituir el sumario del Juez Instructor por la información propia del Fiscal. Un Proyecto alemán del año 1920 propuso esta regla. El poder de intervención que el art. 306 LECrim concede al Fiscal hace innecesaria una reforma como la propuesta, puesto que en vuelve ya una realización del principio acusatorio con respecto al sumario.* «Categorías del Derecho procesal penal» en *Problemas Jurídicos y políticos del Proceso penal* (Conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935), Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1935, p. 59.

⁹⁴ VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, *Curso de derecho procesal penal II*, 1962, p. 17 ss. Como añade certeramente: «...el sistema de instrucción por el fiscal, que parece ser más ortodoxo con el acusatorio, oculta, en definitiva, si se refuerzan sus poderes, un sistema inquisitorio...» El fiscal acaba convirtiéndose en juez de instrucción, desapareciendo el acusatorio. Quien era sujeto impulsor ha devenido juez, cayendo el principio por tierra.

⁹⁵ E. KAUSCH, *Der Staatsanwalt. Ein Richter vor dem Richter?*, Köln, 1980. Magnífica monografía, muy ilustrativa a los efectos que nos ocupan. Desde 1991 creo en el acierto de dicho juicio, con la única salvedad de que un cambio total en la configuración orgánica y funcional del Ministerio Fiscal, así como del sistema y finalidades de nuestro proceso penal puedan modificar radicalmente tal opinión. Mi opinión en: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 145 a 180.

decide y, por ende, juzga, sobre la acusación⁹⁶. Máxime cuando el ejercicio de dicha acusación es ineludible para la existencia misma del juicio.

Cuando el sistema se configura de otro modo, sin que la función investigadora quede incluida en la garantía de imparcialidad, o bien es porque se diseña ésta como una fase meramente policial, a semejanza del proceso inglés o norteamericano, y que la dirija el fiscal es innecesario y puede entenderse incluso como entorpecedor y costoso; o bien precisa de un órgano como el juez de garantías, que junto a salvaguardar determinadas diligencias investigadoras que precisan de la intervención jurisdiccional revise con plenas facultades revocadoras la decisión de acusar, es decir, el juicio de acusación⁹⁷.

A título de ejemplo: si en el modelo del proceso penal ordinario (sumario o abreviado) las críticas hacia el juez investigador se centran en su potencial falta de imparcialidad y en el hecho de que puede encaminar sus actuaciones o aquellas que encomienda a la policía judicial hacia la búsqueda de potenciales pruebas de cargo; es ciertamente difícil no sostener parecer semejante al analizar el proceso de responsabilidad de los menores, incluso con mayor fundamento, cuando quien dirige tales actuaciones es el mismo sujeto que a falta de otros acusadores decide en régimen de exclusiva sobre el ejercicio de la acción penal.

C) *Ministerio Fiscal, acusación popular y acusación particular*

Cuando se acomete la reforma del proceso penal apelando a una plena incorporación del acusatorio, resultan frecuentes e ilustrativas las continuas referencias a las restantes partes acusadoras. Tanto en el Libro Blanco del Ministerio Fiscal, como en sucesivas Memorias de la Fiscalía General del Estado se invoca continuamente la necesidad de limitar el uso de la acción popular y de «redimensionar» la acusación privada. Esta tendencia, que fue la opción originaria en ordenamientos como el alemán o el francés, nada tiene que ver

⁹⁶ Si, como se afirma, es un contrasentido que el mismo juez investigue y simultáneamente deba garantizar la legalidad; consideración semejante o más crítica aún puede formularse respecto de un fiscal que a iguales funciones de garantía en posición imparcial debe aunar la dirección de una fase encaminada a enjuiciar el fundamento de la acusación. Formula el primer juicio T. VIVES ANTÓN, «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal» en *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1995, p. 102.

⁹⁷ En cuanto al modelo anglosajón, es el requerido por aquellos que defienden la investigación como *actuación primaria y no actividad* sustitutiva, fuera del actuar jurisdiccional, actividad administrativa, en términos de T. S. VIVES ANTÓN, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal Penal II La reforma del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanc, 1992, p. 116.

Respecto a la figura del juez de garantías, si bien resulta incuestionable que contribuiría a dar una imagen más neutral a la hora de adoptar medidas, especialmente aquellas que inciden en bienes jurídicos sobre los que existe una sensibilidad más alta y salvaría la necesaria jurisdiccionalidad de actuaciones como la recepción y dirección de la prueba anticipada; debe analizarse tomando en consideración, al menos, dos cuestiones. Por una parte, la necesidad de que dicho órgano actúe paralelamente aunque sin inmiscuirse en la instrucción, ya que de otra manera difícilmente podrá adoptar las resoluciones que se le encomiendan con el necesario conocimiento de causa. Por otro lado, implica un notable incremento de una planta judicial, que, aun en las circunstancias actuales, se estima insuficiente.

con consolidar el principio acusatorio aunque tampoco pueda decirse que lo perjudica.

Sí resulta cierto, empero, que consagra la mayor incidencia del principio de oficialidad en el ejercicio de la acción penal, y de ahí la configuración que se adoptó en los países citados, donde se entiende que el ejercicio de la acción penal y su control han de quedar en manos públicas y sólo en determinados y muy escasos delitos venir filtrado previamente por la denuncia del perjudicado. En otras palabras, justo el planteamiento contrario a la original articulación del acusatorio, en donde es precisamente cualquier ciudadano quien debe ejercitar la acción pública, tal como sucede en Inglaterra, aunque después se haya necesitado de la creación de órganos como la *Royal Crown Prosecution* o el *Attorney General*.

En una segunda valoración se afirma que la atribución al fiscal de la investigación limitaría sensiblemente la igualdad de armas y la posición de los acusadores no oficiales, circunstancia que aún pudiendo atender a una causa razonable de discriminación —el carácter público del órgano oficial de la acusación— no se explica suficientemente, a mi juicio, en términos de refuerzo del acusatorio.

El arco de sugerencias en torno a la necesidad de redimensionar las acusaciones popular y particular abarca una mayor o menor restricción de la incorporación e intervención de los acusadores no oficiales, desde limitar su participación a la fase investigadora a atribuirles una intervención subsidiaria a la acusación oficial⁹⁸. En cualquier caso, toda propuesta encuentra como límite la imposibilidad de la desaparición de las acusaciones popular y particular, tanto por el contenido del artículo 125 CE que reconoce el derecho de los ciudadanos a ejercer la acusación popular⁹⁹, cuanto del derecho a la tutela judicial efectiva del perjudicado por la infracción penal *ex* artículo 24.1 CE¹⁰⁰.

⁹⁸ En este último sentido V. MORENO CATENA, «La justicia penal y su reforma» en *Justicia*, 1988, n.º II, p. 315 y V. GIMENO SENDRA, «Los procedimientos penales simplificados (Principio de oportunidad y proceso penal monitorio)» en *Poder Judicial*, Número Especial, II, p. 46. En el primero, A. MATEOS RODRÍGUEZ-ARIAS, «El Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento Penal italiano. Su función investigadora y sus relaciones con la Policía Judicial», en *Poder Judicial*, n.º 34, Junio 1944, p. 266.

⁹⁹ En esta materia la doctrina constitucional ha sufrido alguna variación. En una primera línea interpretativa se considera como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24.1 CE, y de los intereses legítimos y personales de todos los miembros que componen la sociedad (STC 62/1983, de 11 de julio). En atención a una segunda hermenéutica, la acción popular se identifica con los derechos legítimos que facultan el acceso a los tribunales, pero no implica en sí mismo un derecho de acceso a la jurisdicción (STC 147/1985, de 29 de octubre). Finalmente, existe una tercera configuración entre ambas, en atención a la cual, sin negar su integración en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, considera que la legitimación del actor popular no deriva directamente del art. 24.1 CE, sino del art. 125 CE (SSTC 50/1998 y 79/1999).

¹⁰⁰ STC 34/1994, de 31 de enero. Ya la STC 1/1985 había sentado la doctrina sobre la necesidad de desarrollar una actividad instructora, junto al derecho a promover la actuación jurisdiccional y el de participar en la causa, así como el de que el Juez de Instrucción realice la investigación que el caso requiera.

D) *Fiscal instructor y principio de oportunidad*

Como ya señalara GOLDSCHMIDT: *el principio de oportunidad no es de ninguna manera una consecuencia o un aumento del principio acusatorio*¹⁰¹.

El sistema acusatorio y el principio de oportunidad no son en absoluto inescindibles. Ambos operan en planos diferentes. El primero implica una opción de política criminal que configura el ejercicio de la acción penal con mayores o menores ámbitos de discrecionalidad. El segundo se sintetiza en el ejercicio por sujetos diferentes de las funciones investigadora y juzgadora (y, en su caso, acusadora).

Que quede garantizada la atribución a órganos diferentes de la instrucción y el enjuiciamiento, o a la investigación y la acusación, no beneficia ni perjudica la concesión de ámbitos más o menos amplios de discrecionalidad. Otra cosa es la configuración en régimen de exclusiva del ejercicio de la acción, máxime si éste se atribuye al órgano oficial. En este caso, es obvio que presenta menos obstáculos instaurar o ampliar la aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el MF, pero sólo, si además, es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal. De no ser así, el ejercicio de la discrecionalidad resulta indudablemente mediatizado por el ejercicio de las facultades y derechos de las restantes partes acusadoras. Ahora bien, manteniendo el juez instructor no se percibe óbice alguno para aplicar el principio de oportunidad al ejercicio de la acusación, más allá claro está de la existencia de otros acusadores y de las que puedan derivarse de la valoración sobre el propio principio¹⁰².

Paradójicamente y en contra de lo que frecuentemente se invoca, la mayor consolidación del acusatorio —que no pasa necesariamente por reforzar la oficialidad— sí se alcanzaría a través de incrementar la participación de las restantes partes acusadoras, lo que obstaculizarías en buena medida, sin embargo, la aplicación del principio de oportunidad.

3. ¿Es realmente necesario un fiscal instructor?

El diseño de un modelo en el que el fiscal dirija la investigación y resuelva sobre la acusación, ciertamente salvaguarda la esencia del sistema acusatorio,

¹⁰¹ «Principios de la política criminal» en *Problemas...* cit., p. 73. Tras su clarividente afirmación: *Los principios de la política procesal de una nación no son sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución, y ya al hilo del concreto análisis del principio de legalidad y oportunidad, afirma: La decisión entre configuración acusatoria e inquisitiva del proceso no lleva consigo todavía precisamente una decisión de la cuestión, si en todos los casos en que hay un hecho punible, la persecución ha de ser obligatoria (llamado principio de legalidad) o si hay que tomar en cuenta también consideraciones de oportunidad, sobre todo el interés público (principio de oportunidad); pues aun cuando es más natural someter al juez que ha de proceder de oficio al principio de legalidad, sin embargo, no se excluye otro arreglo de la ley; y viceversa, el derecho de acusación se puede combinar con un deber correspondiente.* Ob. cit., loc. cit.

¹⁰² Sobre el principio de oportunidad mi obra *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*, cit., p. 181 ss.

en cuanto no enjuiciará definitivamente, como tampoco lo haría el juez instructor que no tuviera competencia para enjuiciar, aunque quizás ofreciera, además, una mejor imagen al exterior. Ahora bien, tal vertebración abre un número importante de dudas sobre la posición imparcial del acusador. Si, además, para alcanzar tal modelo, como se dice, es necesario limitar la intervención de las restantes partes acusadoras y suprimir o reducir sensiblemente la aplicación del principio de legalidad, el precio de dicho diseño es restringir en buena medida otros aspectos del propio sistema acusatorio y, unido ello, sin causa cuya comprensión alcance, de otro principio como el de legalidad, dejando en manos del fiscal la efectiva realización del proceso penal y, lo que entraña mayores riesgos, sin que se incorporen simultáneamente determinados contrapesos y responsabilidades (la legitimación democrática, por ejemplo) como los existentes en otros países¹⁰³.

Al vuelco fundamental del sistema y de los mecanismos equilibradores que implicarían todas las modificaciones señaladas, puede añadirse, en primer término, que el nuestro no es el único en que se atribuye al juez la instrucción. Así sucede también en Francia, sin que se haya detectado ningún temor a que la realidad de otros países conduzca a reformar su sistema procesal penal. Unido a ello, cada modelo debe examinarse en el marco que ofrecen otras cuestiones conexas, como la estructura orgánica del fiscal en cada país; los principios a los que se somete su actuación y el juego de responsabilidades que se articula. Finalmente, incluso si miramos fuera de nuestras fronteras, hasta en un país que incorporó desde 1929 la instrucción del fiscal y que suele utilizarse como referencia, Alemania, se cuestiona hoy en día, al hilo de la creciente relevancia que está adquiriendo la fase instructora del proceso, recuperar el juez instructor, y, aun negando tal necesidad, se dan voces de alarma hacia la irresistible tendencia a trasladar la función instructora a la policía, poniendo en tela de juicio las aparentemente consolidadas tendencias a trasladar las garantías de la fase de juicio a esta otra de investigación; algo imposible si se configura como un quehacer esencialmente administrativo. En cuanto a la expresa referencia al sistema incorporado por el Tratado de Roma para la Corte Penal Internacional, valga como elemento para la reflexión que en el mismo el fiscal instruye pero no dispone del ejercicio de la acción penal (quien instruye, no acusa).

¹⁰³ En Francia rige el principio de oportunidad, pero el fiscal no dirige la investigación. Alemania ha avanzado en la lucha contra la pequeña criminalidad más por otras vías como el proceso monitorio que a través de la aplicación del principio de oportunidad, que, por otra parte, abarca tan sólo hasta delitos castigados con un año de prisión. En los EEUU de Norteamérica opera la legitimidad democrática.

